

Anno 2025

Numero 3
(Settembre-Dicembre)

Anno 2025

Numero 3
(Settembre-Dicembre)

Consiglio Scientifico/Scientific Council

Francisco Aldecoa Luzárraga, Guido Alpař, Domenico Amirante, Fulvio Attinà, Paola Bilancia, Roberto L. Blanco Valdés, Giuseppe Bronzini, Paolo Cappellini, Sabino Cassese, Giuseppe Cataldi, Giovanni Cazzetta, Omar Chessa, Bartolomé Claverot, Floriana Colao, Pietro Costa, Virgilio Dastoli, Maria D'Arienzo, Guerino D'Ignazio, Thomas Duve, Giorgio Fontana, Luigi Ferrajoli, Francesco Fimmanò, Ricardo M. Freire Soares, Stefano Giubboni, Tania Groppi, Jean-Louis Halperin, Lucien Jaume, Luigi Lacché, Jorge Lozano Miralles, Alberto Lucarelli, Maria Luisa Maniscalco, Marc Maresceau, Giuseppe Martinico, Marco Mascia, Luca Mezzetti, Laura Montanari, Leonardo Morlino, Giovanni Moschella, Ulrike Müßig, Giulio Napolitano, Vittorio Emanuele Parsi, Yves Petit, Julio Pinheiro Faro, Calogero Pizzolo, Elise Poillot, Oreste Pollicino, Lia Pop, Daniela Preda, Diego Quaglioni, Paolo Ridola, Roberto Romboli, Lucia Serena Rossi, Antonio Ruggeri, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Carmela Salazar, Ingo Wolfgang Sarlet, Luca Scuccimarra, Jo Shaw, Pierre Serrand, Alessandro Somma, Bernardo Sordi, Antonino Spadaro, Claudia Storti, Antonio Tizzano, Ferdinando Treggiari, Chiara Tripodina, Michel Troper, Vincenzo Zeno Zencovich, Fabio Zucca

Comitato Direzione/Directors board

Direttore/Chief Editor

Luigi Moccia

Co-Direttori/Co-Editors

Francisco Balaguer Callejón, Silvio Gambino, Stéphane Pierré-Caps

Comitato Editoriale/Editorial Board: Curatori di area - Area editors

Comparazione e integrazione giuridica: Katia Blairon, Ermanno Calzolaio, Salvatore Casabona, Giampaolo Gerbasì, Salvatore Mancuso, Antonello Miranda, Alessandra Pera, Laura Vagni

Diritto costituzionale e pubblico: Augusto Aguilar, Giuseppe Campanelli, Gianluca Famiglietti, Alberto Randazzo, Alessio Rauti

Diritto internazionale e tutela internazionale dei diritti umani: Celeste Chiarello, Michele Corleto, Marco Fasciglione, Vasco Fronzoni, Diego Praino, Natale Rampazzo, Valentina Rossi

Diritto privato: Maria Caterina Baruffi, Mirzia Bianca, Laura Carpaneto, Giovanna Chiappetta, Ilaria Queirolo, Adele Pastena, Francesco Pesce

Istituzioni e politiche UE: Massimo Fragola, Paolo Ponzano, Raffaele Torino

Politica comparata e Relazioni internazionali: Emidio Diodato, Iole Fontana, Daniela Irrera, Francesco Olmastroni, Francesco Raniolo

Storia dell'integrazione europea: Luca Barbaini, Antonella Braga, Raffaella Cinquanta, Stefano Dell'Acqua, Giorgio Grimaldi

Storia e teoria del diritto: Eliana Augusti, Riccardo Cavallo, Riccardo Ferrante, Marco Fioravanti, Loredana Garlati, Adolfo Giuliani, Massimiliano Gregorio, Anna Gianna Manca, Marco Miletto, Luigi Nuzzo, Mario Piccinini, Carlo Sabbatini, Irene Stolzi, Monica Stronati, Carmelo Elio Tavilla, Chiara Maria Valsecchi, Cristina Vano

Comitato di Redazione/Editorial Team

Ugo Adamo, Anna Alberti, Roberta Allocca, Giovanni Barozzi Reggiani, Giuseppe Barra Caracciolo, Giulia Battaglia, Bruno Brancati, Fabiana Briganti, Chiara De Capitani, Armando De Crescenzo, Claudio Di Maio, Valentina Faggiani, Anna Fazzini, Alessia Fusco, Antonello Lo Calzo, Greta Massa Gallerano, Giuseppe Mecca, Lucia Miglietti, Alessandro Nato, Walter Nocito, Marianna Pace, Flora Pirozzi, Valentina Pupo, Fernando Puzzo, Martina Rubino De Ritis, Valeria Tarditi, Sirio Zolea

editore Centro Altiero Spinelli, c/o ME-Italia, via Angelo Brunetti, 60, 00186 Roma numero 2/2025, pubblicato nel mese di agosto 2025

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.



Indice

Parte I

saggi e contributi

Silvio GAMBINO	
<i>Costituzionalismo liberale e costituzionalismo sociale nell'esperienza italiana e in quella spagnola</i>	1
Mario HERNÁNDEZ RAMOS	
<i>La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'Intelligenza Artificiale e i Diritti Umani, la Democrazia e lo Stato di Diritto. Il primo trattato internazionale in materia</i>	31
Joaquín SARRIÓN ESTEVE	
<i>Investigación científica e Inteligencia Artificial: perspectivas constitucionales</i>	51

Parte II

rubriche

Lucia MIGLIETTI	
<i>L'impatto dell'intelligenza artificiale sull'ermeneutica giuridica</i>	1
Dario DI NUCCI	
<i>La relazione bilaterale franco-tedesca nel nuovo scenario internazionale</i>	19
Walter NOCITO	
<i>Regionalismo e riforme. Manutenzione e realismo critico</i>	35
Amalia LOZANO ESPAÑA	
<i>Algoritmos, Inteligencia Artificial y procesos electorales: riesgos para el pluralismo político y la integridad democrática</i>	45
Marta LUCENA PÉREZ	
<i>La respuesta ante el desafío de la inteligencia artificial en el espacio europeo: el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea y su relación con el Convenio Marco del Consejo de Europa</i>	63
Rosamaria TRISTANO	
<i>Food consumption and legal protection: a comparative analysis of Italian and English legal frameworks</i>	81
Giovanni CALABRÒ, Giulia CODACCI PISANELLI	
<i>Consumer protection in digital markets: the Italian Competition Authority's experience</i>	99

Parte I

saggi e contributi

Costituzionalismo liberale e costituzionalismo sociale nell'esperienza italiana e in quella spagnola

Silvio GAMBINO*

Sommario: 1. Dallo Stato liberal-democratico allo Stato democratico-sociale: evoluzione e trasformazione della forma statale contemporanea 2. Il costituzionalismo sociale, fra costituzioni contemporanee, leggi e corti costituzionali: esperienza italiana e spagnola 3. Attuazione e crisi dello Stato sociale, democratico e di diritto nel costituzionalismo contemporaneo

1. Dallo Stato liberal-democratico allo Stato democratico-sociale: evoluzione e trasformazione della forma statale contemporanea

Nello studio delle basi giuridiche dello Stato liberal-democratico – sviluppatosi in Europa alla fine del sec. XVIII e durante il sec. XIX – e delle stesse evoluzioni/trasformazioni (dell'idea e dei contenuti) del costituzionalismo affermatosi nei Paesi europei a seguito della sconfitta dei regimi totalitari (nel corso degli anni '30-'40), la dottrina conviene largamente sulla natura (e sui contenuti) delle costituzioni più recenti varate dopo il secondo dopoguerra, sottolineandone due principali profili. Nel primo a rilevare è un significativo processo di razionalizzazione delle forme di governo, soprattutto di quelle a base parlamentare ma anche di quelle relative a forme di Stato a monarchia costituzionale caratterizzate al loro interno da una graduale (e nel tempo sempre più marcata) autonomizzazione dell'Esecutivo¹. Nel secondo profilo – indubbiamente più significativo nel crescente processo di democratizzazione – rileva maggiormente il superamento della forma di Stato liberal-democratica emersa dalle rivoluzioni liberali in favore di un nuovo modello (*sociale, democratico e di diritto*) fondato sulla universalizzazione del suffragio e sulla partecipazione diffusa dei cittadini alla formazione della volontà dello Stato. A tale trasformazione del costituzionalismo – unitamente al principio di eguaglianza formale e all'affermazione dei diritti (gius-)naturali –, tuttavia, si deve aggiungere l'affermazione costituzionale del principio di eguaglianza sostanziale e con esso – unitamente ad un rafforzamento dei compiti dello Stato – la previsione costituzionale di nuovi e più ampi cataloghi di diritti (politici, partecipativi, civili, economici e sociali). Tale evoluzione nell'ordinamento costituzionale, come si vedrà meglio in seguito (con riguardo specifico alla esperienza costituzionale spagnola e a quella italiana), assegna allo Stato la finalità di assicurare la piena attuazione del principio di eguaglianza, da realizzarsi mediante l'integrazione (per via legislativa e per via giurisdizionale) fra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale. Le finalità perseguite dalla forma statale che ne risultano, nel loro complesso, – per richiamarci, in tal senso, ad un'autorevole e molto celebrata intuizione filosofico-politica – sono quelle di realizzare l'obiettivo della "libertà eguale" (eguaglianza nella libertà e libertà nell'eguaglianza)². A mano a mano che le nuove costituzioni vengono adottate dai popoli europei liberati dalle dittature che li avevano soggiogati dagli anni '20 agli anni '40 del secolo scorso, le stesse si conformano a tali nuove finalità assegnate alla forma

* Emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato, Università della Calabria.

¹ C. Mortati, *Le forme di governo*, Padova, 1973; B. Mirkine Guetézévitch, *Le costituzioni europee*, Milano, 1954.

² N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, in G. Neppi Modona (cur.), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, 1997; Id., *L'età dei diritti*, Torino, 1990; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992; G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

di Stato accolta nelle costituzioni contemporanee. Tuttavia, ciò si realizza con formule variegata, talora fondandosi sulla previsione – oltre che del principio di democraticità – di clausole di socialità, talaltra mediante la positivizzazione costituzionale di principi fondamentali, di valori costituzionali e di nuovi cataloghi di diritti che si aggiungono ai diritti naturali della tradizione tardo-settecentesca. Quanto alle forme istituzionali della democrazia accolte nelle nuove costituzioni adottate (attraverso assemblee costituenti ovvero tramite parlamenti costituenti), costituisce un dato comunemente osservabile nella loro totalità la previsione generalizzata di disposizioni costituzionali in tema di libertà politiche, a partire dalla universalizzazione del diritto di voto (libero ed eguale) come modalità di partecipazione politica alla formazione della volontà dello Stato, accompagnandosi con l'attività svolta dai partiti politici in tale concorso partecipativo e avvalendosi anche di formule di democrazia (semi-)dirette previste e costituzionalmente garantite.

Anche la Spagna democratica (del dopo-Franco) segue tale percorso innovativo³, risultando facilitata in ciò dalla stessa possibilità di avvalersi delle esperienze costituzionali europee già pienamente consolidate dopo un ventennio di vigenza delle nuove carte costituzionali⁴. Nel 1978, così, la Spagna adotta la sua Costituzione in un quadro caratterizzato da una transizione *pactada* (concordata sulla base di negoziazioni politiche avviate già prima della morte del *Caudillo*), nella quale, accanto a nuovi soggetti, costituiti dai partiti politici espressi dalla democrazia anti e post-franchista, partecipano il Re – con riconosciute capacità di mediazione politica e istituzionale – e (una parte del)le stesse forze politiche conservatrici, una volta che quelle espressamente antidemocratiche, in ragione della loro ispirazione alle ragioni della continuità con il previgente regime franchista, si astengono dal parteciparvi (salvo a tentare rotture democratiche appena se ne fosse presentata l'occasione)⁵.

Analizzare i principi ispiratori dell'ordinamento costituzionale spagnolo e le relative clausole di socialità, di democraticità e di legalità, per come sancite nell'art. 1.1 della Costituzione – secondo cui *“la Spagna si costituisce in Stato sociale e democratico di diritto, che propugna come valori superiori del*

³ G. de Vergottini, *Una Costituzione democratica per la Spagna*, Milano, 1978; G. Lombardi, *La nuova Costituzione di Spagna*, Torino, 1979; A. Predieri, *Le fonti del diritto nella Costituzione spagnola*, in E. García de Enterría, A. Predieri, *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982; A. Pizzorusso, *Su alcune particolarità della Costituzione spagnola del 1979. Osservazioni comparatistiche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988; G. Rolla (cur.), *Il X anniversario della Costituzione spagnola*, Siena, 1989; M.A. Aparicio, *Lineamenti di diritto costituzionale spagnolo*, Torino, 1992; J. García Morillo, *La democracia en España*, Madrid, 1996; R.L. Blanco Valdés, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Torino, 1999; J.F. López Aguilar, *Lo stato autonomico spagnolo. Stato composto asimmetrico e fatti differenziali nella Costituzione spagnola del 1978*, Padova, 1999; E. García, *Spagna*, in AA.VV., *Le costituzioni dei Paesi dell'Unione europea*, Padova, 2001; R. Scarciglia, D. Del Ben, *Spagna*, Bologna, 2005; M. Iacometti, *La Spagna*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009; L. Pegoraro, *Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978. Recezioni ed 'esportazioni'*, in F. Fernández Segado, *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, 2003.

⁴ J. Pérez Royo, *Estado de Derecho*, in *Enciclopedia jurídica básica*, II, Madrid, 1995; Id., *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social*, in *REDC*, 10/1984; E. Álvarez Conde, *El Estado social y democrático de derecho*, in *Curso de Derecho constitucional*, I, Madrid, 1996; E. Álvarez Conde, *El Estado liberal como Estado de derecho*, in *Curso de derecho constitucional*, I, Madrid, 1996; M. Aragón Reyes, *Constitución y Estado de derecho*, in *España: un presente para el futuro*, II, Madrid, 1984; Id., *Constitución y democracia*, Madrid, 1989; Id., *Los problemas del Estado social*, in *Sistema*, 118-119/1994; L. Parejo, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983; L. López Guerra, *Introducción al derecho constitucional*, Madrid, 1994; L. López Guerra, *Las dimensiones del Estado social de derecho*, in *Sistema*, 38-39/1980; E. Díaz, *El Estado democrático de derecho en la Constitución de 1978*, in *Sistema*, 41/1978; A. Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1984; F. Balaguer Callejón (coord.), *Manual de derecho constitucional*, I, Madrid, 2005; G. Cámara, J. Cano, *Estudios sobre el Estado social*, Madrid, 1993; A.J. Porras Nadales, *Estado social y Estado autonómico*, in *Estudios de derecho Público: Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Madrid, 1997; G. Ruiz-Rico Ruiz, *El Estado social autonómico: eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los Estatutos de Autonomía*, in *REDC*, 65/2002; P. Lucas Verdú, *Constitución española de 1978 y sociedad democrática avanzada*, in *Revista de derecho político*, 10/1981; C. de Cabo, *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986; J. Corcuera, M.A. García Herrera, *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1988; M.A. García Herrera, G. Maestro Buelga, *Regulación constitucional y posibilidad del Estado social*, in *R.V.A.P.*, 22/1988; AA.VV., *El Estado social*, Madrid, 1986.

⁵ R.L. Blanco Valdés, V. Sanjurjo Rivo, *Per comprendere la transizione politica spagnola (un contributo)*, in S. Gambino (cur.), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, 2009; B. Clavero, *España, 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, 2014; R. Morodo, *La transición política*, Madrid, 1984; J.M. Maravall, *La política de la transición. 1975-1980*, Madrid, 1981; J.F. Tezanos, R. Cotarelo, A. de Blas, *La transición democrática española*, Madrid, 1989.

proprio ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l'eguaglianza e il pluralismo politico" – nonché l'insieme delle sue disposizioni costituzionali potrà apparire quanto mai ricco di risultati se l'analisi viene inquadrata in un contesto più ampio. In tale (più vasto) approccio, si può meglio dar conto del complesso processo evolutivo che va dal costituzionalismo moderno a quello contemporaneo, attraversando le stesse rotture costituzionali registrate nella prima metà del secolo scorso, che vedono l'affermarsi in quasi tutti i Paesi europei (tranne il Regno Unito) di regimi totalitari e, al contempo, l'emergere del (modello di) 'Partito-Stato' (che diverrà 'Stato-Partito', nelle esperienze dei totalitarismi degli anni '20 del '900), sulla falsariga di quanto era avvenuto nell'U.R.S.S. a seguito del successo della rivoluzione bolscevica (del 1917) e della riorganizzazione costituzionale dello Stato sovietico sulla base di un sistema a partito unico.

Unitamente al rilievo del processo storico-politico nell'evoluzione/trasformazione della forma di Stato, è opportuno richiamare lo stesso apporto della cultura nella sua idoneità a fecondare e sostenere il superamento delle stesse concezioni individualistiche rigidamente legate, nella fase precedente, a risalenti concezioni del mercato e delle sue leggi, con esse assicurando il sostegno alla (realizzazione della) democrazia intesa anche come una conquista rivolta (se non proprio al superamento) al temperamento delle antinomie e del conflitto presente nelle società moderne. Il superamento del principio individualistico alla base della cultura e delle costituzioni liberal-democratiche, unitamente all'affermazione della loro dimensione politico-sociale, necessaria come base di riferimento per la rimozione delle diseguaglianze da parte dello Stato, in tal modo, costituiscono tasselli fondamentali per la stessa comprensione della forma statuale nell'ottica dello *Stato democratico e sociale di diritto* seguita dai costituenti europei del secondo dopoguerra e con essa dello stesso ripensamento della natura e dei compiti del diritto costituzionale contemporaneo.

Analizzare lo Stato moderno (nella sua originaria connotazione liberal-democratica), tracciarne i profili fondamentali relativamente all'affermazione dei diritti fondamentali (che si emancipano in modo progressivo dalla loro formulazione originaria di 'diritti naturali', di 'libertà negative' condizionate dall'appartenenza sociale dei soggetti), tuttavia, costituisce impresa difficile (e dai risultati non sempre certi), dovendo l'analisi confinare in modo necessario con gli esiti della ricerca storica (ma anche con quella socio-politologica). Cogliere tali aspetti, inoltre, significa non soltanto giustificarne l'esistenza storica ma anche comprenderne le stesse cause del declino e della relativa dissoluzione nelle forme totalitarie sperimentate nella (quasi) totalità dei Paesi europei nella prima metà del '900. Lo Stato liberal-democratico, così – può dirsi – risulta vittima del suo stesso creato: un universo di principi etici ristretti in una struttura istituzionale che si era rivelata funzionale alla garanzia di consolidati assetti economico-sociali e, pertanto, inadeguata ad accoglierne i processi evolutivi, ad affrontare quelle trasformazioni economiche, sociali e culturali che avevano investito l'Europa a partire dalla fine del XIX secolo. La libertà e l'eguaglianza, che con la loro universalità avevano accompagnato l'emancipazione dall'assolutismo, diventano, nello Stato liberal-democratico, mera 'libertà giuridica' ed 'eguaglianza davanti alla legge'⁶. Parvenza di garantismo, tuttavia, l'una e l'altra non fanno che 'segnare un cerchio' intorno allo Stato liberale connotandolo come 'Stato borghese' e rendendolo di fatto inaccessibile e lontano da una società che – con il passare del tempo – è sempre meno borghese e sempre più aperta al rinnovamento democratico (richiesto e imposto dalle lotte sociali e dai partiti che delle stesse se ne erano fatto espressione).

Nella presenza di masse organizzate in gruppi (politicamente e culturalmente omogenei al loro interno) capaci di azione e di comportamento politico, nella gran parte dei Paesi europei – fin dalla fine del XIX sec. – prende forma un mutamento strutturale del costituzionalismo e l'affermazione dei diritti non più riconducibile entro gli ambiti ristretti della democrazia liberale di stampo parlamentare⁷. A quest'ultima subentra una 'democrazia di massa' che trova il proprio fulcro organizzativo in quelle associazioni di cittadini politicamente attive che fanno (sia pure in modo graduale) dello Stato uno 'Stato

⁶ F. Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1993; A. Garrorena Morales, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, 1980.

⁷ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969.

d(e)i partiti', nel quadro più ampio (del riconoscimento) del pluralismo politico e della (recezione politica e costituzionale della) partecipazione politica (organizzata, diffusa e continua).

Se l'entrata in scena delle masse operaie⁸, prima, e di quelle popolari, in seguito (a cavallo fra l'800 e il '900), aveva consentito l'avvio di processi di profondo rinnovamento della vita pubblica, spingendosi fino alla transizione di regime e dissolvendo gradualmente la democrazia liberale, quest'ultima, tuttavia, qualora considerata a se stante, non appariva idonea a dar conto delle ragioni del suo declino. Tale crisi, infatti, non era solo la crisi di uno 'Stato monoclasse'⁹ che adeguava al pluri-classismo indotto dai processi di sviluppo economico le proprie strutture istituzionali secondo un modello politico di democrazia che cercava di (mediare e di) compensare le contraddizioni create dall'economia di mercato¹⁰. Essa era anche crisi di una teoria economica che si infrangeva sui processi evolutivi di un mercato lasciato al libero gioco delle sue forze, che sfociava, a causa dell'espansione produttiva e delle sue cicliche ricadute, in forme di concentrazione industriale (monopoli e oligopoli) e di controllo della produzione che urtavano con il 'libero progresso economico', che dalla teoria liberale veniva (acriticamente) esaltato come condizione di realizzazione del benessere generale e come garanzia della libertà e della 'felicità' del soggetto. Essa era anche crisi di una teoria politica che si dissolveva nei processi evolutivi di una società devastata dagli sradicamenti prodotti dalla rivoluzione industriale e dalle fratture sociali, forzosamente contenuta in uno Stato che, non più 'minimo' (perché non poteva più esserlo, a fronte dell'evoluzione concretamente registrata dallo sviluppo economico), estendeva gli interventi di natura assistenziale a sostegno dei ceti non possidenti, come, più in generale, la sua presenza attiva in campo economico. Sotto il profilo storico-costituzionale, così, la crisi dello Stato liberale, nel fondo, esprime la crisi di un costituzionalismo che – nato per garantire con i diritti individuali ('giusnaturali') il potere politico di una società borghese – finisce per diventare, nello scenario dei primi anni del XX sec. e attraverso la domanda crescente di garanzia dell'eguaglianza sociale, il fondamentale fattore di equilibrio tra forze sociali in conflitto¹¹. Così, se le costituzioni liberali ottocentesche aspiravano a tutelare l'esternità dello Stato rispetto all'economia e alla società, le nuove costituzioni del secondo dopoguerra si orientano verso l'accoglimento di principi e di culture ispirate agli apporti di un costituzionalismo evoluto. L'esperienza politica e costituzionale weimeriana costituisce l'approdo più significativo di tale processo. Come ogni Costituzione, tuttavia, anche quella di Weimar (1919) – permeata dalla cultura politica (e ideologica) della socialdemocrazia del tempo (che ne era alla base) – ha una storia nella quale la cultura democratica europea può riconoscersi ma, senza dubbio, più di ogni altra, può essere colta come il simbolo (e comunque un importante tentativo di riforma dello Stato) di un'epoca in transizione che – tra nuove forme e configurazioni del rapporto tra diritti e potere, tra società e Stato – sperimenta in modo originale un modello di democrazia sostanziale, che sarà destinato ad infrangere i canoni concettuali e i modelli statuali del costituzionalismo dell'800 e a schiudere una ulteriore, quanto feconda, stagione di quello contemporaneo, nella esperienza politica e costituzionale della gran parte (se non proprio tutti) dei Paesi europei, con le profonde modifiche nell'architettura complessiva (poteri e diritti) delle costituzioni del secondo dopo-guerra¹². Sancita in una Germania post-bellica piegata ai *diktat* di Versailles e lacerata dalle fratture sociali, in tale ottica, la Costituzione tedesca del 1919 – espressione della cultura costituzionale prodotta dalla più evoluta socialdemocrazia europea dei primi anni '20 – rappresenta un tentativo originale (quanto ambizioso) di modernizzare quello Stato liberale

⁸ G.U. Rescigno, *Alcune considerazioni sul rapporto partiti-Stato-cittadini*, in *Studi in onore di C. Mortati*, Padova, 1977.

⁹ M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986; Id., *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, 1977; C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977; J. Pérez Royo, *Estado social*, cit.; G. Ferrara, *Lo 'Stato pluriclasse': un protagonista del 'secolo breve'*, in S. Cassese (cur.), *Dallo stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000; V. Crisafulli, *La nostra Costituzione è potenzialmente socialista?*, in Id., *Stato, popolo e governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985.

¹⁰ J.J. Gomes Canotilho, *Tenemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales*, in *Revista del centro de estudios constitucionales*, 1/1988; F. Balaguer Callejón, *El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional*, in *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*, Coimbra, 2012.

¹¹ A. Garrorena Morales, *El Estado español*, cit.

¹² R.L. Blanco Valdés, *La construcción de la libertad*, Madrid, 2010 (nella traduzione italiana: *La costruzione della libertà. Appunti per una storia del costituzionalismo europeo*, Soveria Mannelli, 2012).

che – astratto e universale nei principi, censitario e ristretto nelle forme rappresentative – consacra come generale la volontà particolare della borghesia, muovendo verso processi di ammodernamento, di razionalizzazione istituzionale non sempre lineari e coerenti, tesi a realizzare la libertà e l'eguaglianza come patrimonio di ciascuno e di tutti¹³.

Il primo tentativo di risolvere le contraddizioni tra concezioni individualistiche e principio democratico proprie del costituzionalismo borghese si risolveva, come si ricorda, in una frattura radicale di tipo giuridico-istituzionale e al contempo teorico-politica con la forma di Stato elaborata dalla teoria liberal-democratica. Così, la rivoluzione bolscevica del 1917¹⁴, in nome dell'eguaglianza sostanziale (ispirata alle teorie marx-engelsiane), rigetta pienamente la teoria dell'eternità dello Stato propria dell'idealismo hegeliano, recidendo, in nome del potere delle masse proletarie (e delle loro avanguardie organizzate nel partito unico rivoluzionario), lo storico legame tra sovranità e Stato, annullando l'essenza e le condizioni del persistere di un ordine giuridico istituzionale solo apparentemente neutrale, che cerca nella sovranità statale la copertura formale ad un ordine cetuale precario e squilibrato, (benché) certamente lontano dalle concezioni autoritarie e gerarchiche dell'*ancien régime*, ma anche dagli ideali egualitaristici e solidaristici del '700 rivoluzionario. Ma l'evoluzione costituzionale del XX secolo (e le stesse rotture nella teoria giuridico-costituzionale), che insegue la democrazia sociale quale elemento unificante tra una libertà proclamata attraverso i diritti fondamentali e un'eguaglianza non riducibile in mere proclamazioni di principio, non si esaurisce nelle radicali rotture del costituzionalismo socialista, sperimentando, con la coeva esperienza costituzionale di Weimar, un altro itinerario (storico, politico e costituzionale) attraverso cui colmare le sfide socio-economiche dischiuse dalla rivoluzione liberale senza ricorrere ad una rivoluzione politico-giuridica, senza disgregare cioè gli assetti preesistenti, ma democratizzandoli, sino quasi a rifondarli in una direzione di tipo concorrenziale piuttosto che alternativa al socialismo. Questa soluzione (in cui la conservazione si fonde con il mutamento facendosi innovazione) passa attraverso una Costituzione che, in un Paese militarmente sconfitto, politicamente vulnerabile, socialmente frammentato, diventa fattore di conservazione della nazione tedesca. Il carattere compromissorio presente in quel testo costituzionale pare favorirne le origini e determinarne i contenuti, segnando l'esordio di una nuova dimensione del costituzionalismo, in cui la Costituzione cessa di essere una concessione *octroyée* per diventare la "linea di frontiera tra due gruppi (di classe) in lotta"¹⁵, frutto della rivoluzione legittima di un popolo che si riappropria della sua sovranità. E proprio in questa rinascita concettuale e materiale di una sovranità che risale dal basso (art. 2, Costituzione di Weimar) si ravvisa il valore costitutivo di un ordinamento costituzionale in cui la democrazia politica non s'infrange sui fattori discriminanti del censo e dell'istruzione ma vive e si arricchisce attraverso moduli istituzionali che integrano democrazia rappresentativa e democrazia diretta.

Oltre a rappresentare la pre-condizione necessaria per l'effettivo inveroamento delle libertà naturali, i nuovi diritti sanciti costituzionalmente a Weimar – i diritti sociali – rappresentano anche il fondamento di quello *status positivus* (di cui parla Jellinek¹⁶), che infrange la minimalità dello Stato ottocentesco e con essa anche la tradizione delle 'costituzioni brevi', finalizzate – come erano – a garantire le sfere di autonomia del singolo e a risolvere la sua eguaglianza nella mera soggezione alla legge. Ispirandosi alle più avanzate teorizzazioni politiche della socialdemocrazia, la democratizzazione dell'ordine sociale che i costituenti tedeschi degli anni '20 del secolo scorso intendono realizzare con i diritti sociali segna, dunque, l'affermazione di un nuovo costituzionalismo e di una nuova statualità che armonizza la regolazione politico-giuridica e l'intervento economico-sociale, secondo un modello di democrazia sostanziale in cui la conservazione del sistema di produzione capitalistico si coniuga, fondendosi, con l'affermazione del principio della priorità del sociale sull'economico. Nasce, così, quello che Fraenkel

¹³ B. Mirkine Guetzkévitch, *Le costituzioni europee*, cit.

¹⁴ La cui prima traduzione costituzionale si ha nella Costituzione Socialista Federativa Sovietica del 1918, seguita, nel 1924, dalla Costituzione dell'U.R.S.S.

¹⁵ O. Kirchheimer, *Sulla dottrina dello Stato del socialismo e del bolscevismo*, in A. Bolaffi (cur.), *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, 1982, p. 6.

¹⁶ G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, trad. it., Milano, 1912.

definisce lo Stato del capitalismo sviluppato illuminato, lo Stato che conserva e garantisce la proprietà privata ma ne sancisce al contempo la socializzazione¹⁷. Uno Stato ad economia mista, insomma – figlio del compromesso tra gruppi sociali in lotta fra loro –, che subordina (la dottrina giuridica successiva parlerà perfino di ‘funzionalizzazione’) il diritto di proprietà e quello di iniziativa economica al perseguimento di finalità sociali; una ‘costituzione economica’ e una forma di Stato – questa – che sarà destinata a riespandersi con le costituzioni del secondo dopoguerra, di cui quella italiana (1947), quella tedesca (1949), quella portoghese (1976) e quella spagnola (1978), in particolare, costituiscono un comune ideale archetipo in ragione dell’alto ‘compromesso costituzionale’ fra gruppi e culture che le relative disposizioni esprimono e sanciscono. Ma il costituzionalismo weimariano, con i suoi importanti apporti in tema di democrazia economica e sociale, non rappresenta solo il tentativo di democratizzare uno Stato liberale che s’incrina viepiù sotto il peso dei conflitti sociali del primo ‘900. Esso rappresenta anche il tentativo di razionalizzare la sua forma di organizzazione politica che si sfalda sempre più con l’allargamento della rappresentanza¹⁸. Se un elogio può farsi circa la natura di questa esperienza come ‘laboratorio costituzionale’, così, al di là dei suoi complessi ingranaggi e della relativa macchinosità, degli incerti equilibri fra ampliamento delle situazioni giuridiche costituzionalmente protette e poteri dello Stato, può forse dirsi che esso fu un grande progetto di ‘razionalizzazione’, di modernizzazione di uno Stato liberale, ‘borghese’, attraverso il pluralismo dei centri di potere e l’ampliamento del potere decisionale dello Stato, ma anche attraverso principi e valori nei quali si riflettono le più svariate prospettive sociali e culturali; un grande progetto ai confini dell’utopia politica, in cui i diritti degli individui si saldano alle idee di libertà e di giustizia, di pace interna e internazionale¹⁹. Un grande progetto, dunque, ma nulla più che un progetto illuminato di trasformazione istituzionale e politico-sociale che è destinato ad infrangersi sulla continuità delle strutture amministrative di uno Stato borghese, che si dissolve nella ideologizzazione di una classe dirigente poco idonea all’attuazione di una politica del compromesso, che s’inceppa sulla frammentazione di un Paese e di un Parlamento che un sistema partitico poco legittimato e un sistema rappresentativo di tipo speculare riescono a scomporre ma non ad integrare. Forma priva della sua sostanza, il costituzionalismo sociale concepito a Weimar, tuttavia, rappresenta l’inizio della fine di un’epoca, il tentativo originale di adeguare lo Stato liberale del XIX sec. alle esigenze dello Stato pluriclasse del XX sec., dimostrando, con il suo traumatico fallimento, che “nessuna democrazia moderna può poggiare sull’impalcatura caratteristica dello Stato liberale dell’800, ma esige che l’assetto istituzionale democratico permei tutte le strutture economiche e sociali, perché è dalla profonda e intima compenetrazione di queste nel proprio organismo che può trarre le ragioni della sua solidità”²⁰. Tuttavia, se quella di Weimar fu una “Costituzione senza decisione”²¹, un progetto, cioè, mai completamente tradotto in un programma politico d’azione, tale esperienza costituzionale non è priva di conseguenze nel secolo da poco lasciato alle spalle. Come è stato autorevolmente osservato, essa rappresenta pur sempre l’“espressione di quella fase di transizione tra forme di civilizzazione diverse nelle quali si svolge il travaglio costituzionale della nostra epoca”, il punto di riferimento politico-culturale per tutte quelle costituzioni che si accingono, all’indomani del primo conflitto mondiale, a risolvere, attraverso un ampliamento costituzionale dello spettro normativo e garantistico, le contraddizioni socio-economiche e le lacerazioni politico-ideologiche germogliate sul terreno del liberalismo e delle forme della sua statualità.

Le costituzioni che hanno origine a partire da questo periodo storico, note anche come ‘costituzioni razionalizzate’²², tuttavia, seppur impregnate della specificità delle loro vicende nazionali, non rappresentano esperienze politico-giuridico isolate; il loro dare risposta alle medesime esigenze epocali,

¹⁷ O. Kirchheimer, *Sulla dottrina dello Stato*, cit., p. LXXXIX; A. Bolaffi, *Il crepuscolo della sovranità*, Roma, 2002.

¹⁸ C. Mortati, *Le forme di governo nella Germania di Weimar*, in Id., *Le forme di governo*, Padova, 1973; A. Garrorena Morales, *Estado democrático*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid, 1995; M. Aragón, *Constitución y democracia*, Madrid, 1989.

¹⁹ G. Leibholz, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, Milano, 1996; F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, Milano, 1985, p. 220.

²⁰ C. Mortati, *Problemi di politica costituzionale*, Milano, 1972, p. 351.

²¹ O. Kirchheimer, *La Costituzione senza decisione*, in A. Bolaffi (cur.), *Costituzione senza sovrano*, cit., p. 80.

²² C. Mortati, *Problemi di politica*, cit., p. 343.

il loro essere frutto di un interscambio culturale moltiplica, infatti, quelle analogie tra le diverse esperienze che diventano caratteristiche genetiche di una nuova quanto più ampia stagione del costituzionalismo europeo. A differenza delle costituzioni ottriate del XIX sec., infatti, le costituzioni degli anni '20 del '900 non scaturivano più da una mera concessione unilaterale del Sovrano ma dall'accordo compromissorio fra le parti di una società che, articolata in gruppi sociali in conflitto, attraverso la Costituzione si ricomponevano come entità(-comunità) politica dotata del potere sovrano, e in tale quadro di regole politico-costituzionali idonee ad assicurare la democraticità della rappresentanza politica e la mediazione istituzionale fra gli interessi in campo (diritto di sciopero, diritto sindacale, contrattazione collettiva)²³. Ed è proprio questa riaffermazione della sovranità popolare a caratterizzare e connotare le costituzioni del '900, a fungere da elemento di cesura non solo ideologica e storica ma anche – e soprattutto – politica e giuridica con le costituzioni liberali dell'800. Le costituzioni contemporanee, in quanto espressione della volizione cosciente e consapevole del popolo sovrano, atto solenne e formale che suggella normativamente i contenuti del compromesso (politico e ideale) fra corpi sociali eterogenei, portatori di interessi disomogenei e conflittuali, infatti, non possono essere modificate senza il concorso di maggioranze parlamentari più ampie rispetto a quelle richieste per l'attività legislativa ordinaria. 'Garantite' da speciali procedure di revisione, esse diventano atti 'rigidi', idealmente e strutturalmente lontani da quelle leggi fondamentali dell'800 che, pur qualificandosi come 'perpetue e irrevocabili', e pur segnando una rottura con il passato dell'*ancien régime*, non costituiscono argine efficace all'attività futura e onnipotente del legislatore. L'ampliamento della dimensione garantista della Costituzione, tuttavia, non esaurisce il potenziale innovativo delle leggi fondamentali degli inizi del '900 che, nella stessa scia di Weimar – reinterpretando lo storico principio della limitazione del potere attraverso il diritto – estendono la loro attività regolativa dalla sfera politico-giuridica a quella economico-sociale, intrecciando in tal modo liberalismo e democrazia, individualismo e solidarismo. Esse si presentano, pertanto, come combinazioni complesse di principi e dimensioni diverse del costituzionalismo che trovano la loro naturale espansione in quei diritti sociali che – previsti dapprima a Weimar, e pienamente formalizzati nelle costituzioni del secondo dopoguerra – dilatano il catalogo dei diritti fondamentali della tradizione ottocentesca²⁴. Se la distinzione operata fra le costituzioni liberali dell'800 e quelle socialdemocratiche e razionalizzate del primo '900 consente di tracciare il profilo distintivo e innovativo del costituzionalismo moderno, evitando al contempo confusioni tra i caratteri che sono loro propri e quelli che appartengono all'epoca precedente, essa non impedisce, tuttavia, di scorgere e di trovare in esse quei principi e quei valori che – nonostante tutto – avevano fatto grande l'800 liberale. Nella sua originalità e nella sua innovatività, così, il costituzionalismo contemporaneo potrà scorrere tra le linee del liberalismo, arricchirsi dei suoi contenuti e, come avverrà pienamente dopo le tragedie del secondo dopoguerra, trarre ammaestramento dai suoi errori. Esso insegna come sia facile, per la democrazia, naufragare nelle bufere del totalitarismo quando l'astrattezza delle regole si vanifica nel potere reale di una parte (economicamente forte e politicamente ben rappresentata), e come i principi proclamati e non inverati abbiano come esito (inevitabile) quello della diseguaglianza. Proprio questa storica consapevolezza fa da base a tutte quelle costituzioni che – come quella italiana e quella tedesca, dapprima, e quella spagnola, a partire dal 1978 – diventano, all'indomani del secondo conflitto mondiale, la forma politica e giuridica di una società di "esseri utopici"²⁵ cementati da principi la cui condivisione prescinde da qualsivoglia posizione, appartenenza o ideologia²⁶. Questo bisogno di suggellare normativamente qualcosa di indiscutibile e di inossidabile conduce le costituzioni del secondo dopoguerra a completare l'eredità liberale attraverso la sanzione di principi, la positivizzazione costituzionale di valori

²³ *Ibid.*

²⁴ R. Jiménez Asensio, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Barcelona, 2003.

²⁵ H. Heller, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1988 (trad. it.); Id., *La crisi della dottrina dello Stato*, in Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milano, 1987 (trad. it.); Id., *Stato di diritto o dittatura?*, in Id., *L'Europa e il fascismo*, Milano, 1987 (traduzione, cura e Premessa di C. Amirante); M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, p. 316; M. Latorre, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, 2006.

²⁶ H. Heller, *Stato di diritto o dittatura?*, cit.

e di clausole qualificative dello Stato che, nel loro finalizzarsi al mantenimento di un “ordine generale giusto”²⁷, distinguono e talvolta contrappongono interessi individuali e interessi generali, portando lo Stato a fuoriuscire definitivamente dai ristretti àmbiti in cui era stato relegato dalla tradizione ‘minimale’ ottocentesca. I principi e i valori cui s’ispirano le costituzioni contemporanee, che sono principi di libertà e di giustizia sociale, dilatano il catalogo liberale dei diritti di libertà inserendovi una “libertà dal bisogno”²⁸, che esprime qualcosa di più e di diverso della pretesa del singolo ad esercitare la “signoria del proprio volere”²⁹, materializzando, in tal modo, il suo diritto ad esigere dallo Stato delle prestazioni atte ad assicurargli almeno un minimo di sicurezza e di giustizia sociale³⁰, sì da creare quelle perequazioni materiali che sole possono rendere gli uomini “liberi ed eguali in dignità e diritti” (come sancisce l’art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo). Così, le costituzioni sociali, ricalcandone le orme, arricchiscono il patrimonio liberale attraverso quei diritti sociali che, impegnando lo Stato nella ricerca di nuovi equilibri economici e sociali, nonché nel raggiungimento di sempre più ampi orizzonti di giustizia, rappresentano le radici del suo dinamismo e offrono alla democrazia del secondo dopoguerra le premesse della sua solidità. Proprio in questa saldatura dei diritti civili (‘gius-naturali’) con i diritti sociali e i diritti politici³¹ – compendiate nella formula-clausola dello *Stato sociale e democratico di diritto* – così, risiede uno degli aspetti più rilevanti del costituzionalismo contemporaneo – che è destinato a trovare piena affermazione in occasione delle esperienze costituzionali della Grecia post-colonnelli (1973-74), del Portogallo post-salazariano (1976) e della Spagna post-franchista (1978) – una nuova stagione dei diritti umani, che inizia proprio dalla loro proclamazione (cioè dal riconoscimento costituzionale che sottende la preesistenza degli stessi allo Stato), ossia dalla collocazione degli stessi su un fondamento più saldo rispetto a quello rappresentato dalla legge³².

2. Il costituzionalismo sociale, fra costituzioni contemporanee, leggi e corti costituzionali: esperienza italiana e spagnola

Sia pure con formule differenziate (e di diversa intensità ed estensione) nel riconoscimento e nella protezione delle singole e specifiche situazioni giuridiche, dopo la breve ma significativa esperienza in materia costituita dalla Costituzione di Weimar (1919), può affermarsi che, nel costituzionalismo europeo³³ del secondo dopo-guerra, risulta ormai positivizzato uno stretto rapporto fra concezione (avanzata e ‘progressiva’) della democrazia, forma di Stato e diritti fondamentali. Diversamente da quanto veniva sancito nel costituzionalismo liberale originario, tale rapporto si fonda sull’ampliamento delle situazioni giuridiche costituzionalmente protette e su una nuova concezione del concetto di libertà, ora strettamente integrato a quello di eguaglianza³⁴: non più solo l’eguaglianza che proviene dalla

²⁷ *Ibid.*, pp. 124-125.

²⁸ N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, cit.

²⁹ G. Zagrebelsky, *Il diritto*, cit., p. 124; M. Dogliani, *Introduzione*, cit., p. 316.

³⁰ N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, cit., p. 122.

³¹ *Id.*, *L’età dei diritti*, cit.

³² A. Cassese, *I diritti umani, oggi*, Roma-Bari, 2005; M. Patrono, *I diritti dell’uomo nel Paese d’Europa. Conquiste e nuove minacce nel passaggio da un millennio all’altro*, Padova, 2000; S. Panunzio (cur.), *I costituzionalisti e l’Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d’integrazione europea*, Milano, 2002; G.F. Ferrari (cur.), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; G. Rolla, *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea en perspectiva comparada. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación*, in *ReDCE*, 11/2009.

³³ P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002; G. Gozzi, *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 260; L. Ferrajoli, *Stato sociale e Stato di diritto*, in *Politica del diritto*, 1/1982; P.G. Grasso, *Stato di diritto e Stato sociale nell’attuale ordinamento italiano*, in *Il Politico*, 1/1961; G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1981; F. Modugno, *La tutela dei ‘nuovi diritti’*, in AA.VV., *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, Milano 1991; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Dem e dir.*, 4/1994.

³⁴ A. Cerri, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*; AA.VV. (Atti Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova 2 aprile 2001), *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002; R. Greco, *Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale*, in *Questioni Giustizia*, 2-3/1994; A. Di Giovine, M. Dogliani, *Dalla democrazia*

tradizione classica, che vede come intollerabili le discriminazioni fondate sulle differenze di sesso, di religione e di razza, bensì un concetto di eguaglianza che ritiene inaccettabili le differenze che si fondano sul rapporto economico e sociale, ritenendo intollerabili le differenze fondate sulla capacità di reddito. In tale concezione, i diritti sociali, unitamente a quelli classici di libertà, sono assunti come condizioni 'costitutive', indefettibili, del principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.) e, al contempo, del valore della persona, della sua dignità³⁵.

Dei diritti sociali, come è noto, la dottrina costituzionalistica parla inizialmente come di norme dirette a destinatari speciali, in particolare di diritti condizionati o imperfetti, in quanto fondati su norme che presuppongono l'esercizio della discrezionalità legislativa, la conformazione a 'principi rettori', la previsione di clausole costituzionali generali. La dottrina, tuttavia, ha colto come tale discrezionalità non concerna tanto l'*an* e il *quid*, cioè il contenuto sostanziale del diritto, bensì il solo *quando* e il *quomodo* e, comunque, come si fa bene osservare, "non in modo tale da comprimere il contenuto minimo necessario a non rendere illusoria la soddisfazione dell'interesse protetto"³⁶. Sulla base di tale approccio, che valorizza il profilo programmatico delle disposizioni costituzionali in materia di diritti sociali e la natura sia costituzionale che 'legale' che li garantisce, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, la dottrina costituzionale propone letture e tipologie maggiormente articolate, tra cui rileva, in particolare, quella che distingue fra diritti sociali 'condizionati' (nella Costituzione italiana, almeno artt. 38; 34; 32; 46.) e diritti sociali 'incondizionati' (nella Costituzione italiana, almeno artt. 36; 32, II co.; 37; 29; 30 Cost.). I primi presuppongono un intervento del legislatore, del potere politico, sul *quando*, sul *quomodo* e sull'*an*; gli altri, invece, hanno una struttura e una natura tale per cui non occorrono ulteriori interventi per assicurarne l'esercizio³⁷. Nell'esperienza costituzionale dei Paesi membri dell'Unione europea, tuttavia, non sempre è dato cogliere una positivizzazione dei diritti sociali fondamentali come situazioni giuridiche costituzionalmente (riconosciute e) protette in modo comparabile alle cd libertà negative. I diritti civili e politici, in tal senso, vengono riconosciuti da tutte le costituzioni europee contemporanee, venendo assunti come base comune di azione da parte della totalità degli Stati democratici contemporanei. Soltanto con l'evoluzione della forma statale contemporanea, a partire dal costituzionalismo successivo alla seconda guerra mondiale, si affermano, come si è osservato, nuove tipologie di diritti fondamentali fondate sulla stretta integrazione fra la nozione di libertà e quella di eguaglianza, individuandosi in tal modo una nuova famiglia di diritti – quelli sociali – basata sulla natura di tali diritti omologa nella relativa portata a quella delle tradizionali libertà civili. In tale ottica, così, i principi cui s'ispirano le costituzioni contemporanee – che sono anche principi di giustizia sociale – dilatano il catalogo liberale dei diritti di libertà, inserendovi una "libertà dal bisogno"³⁸, in tal modo materializzando il diritto a esigere dallo Stato delle prestazioni atte ad

emancipante alla democrazia senza qualità?, in *Questione Giustizia*, 1993; E. Cheli, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milano, 1995; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2002; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000; S. Bartole, *In tema di rapporti fra legislazione regionale e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1967; A. Saccomanno, *Eguaglianza sostanziale e diritti sociali nel rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in S. Gambino, *Costituzione italiana e ordinamento comunitario*, Milano, 2002.

³⁵ G.U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Annuario 1998. Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti*, Padova, 1999; M. Luciani (cur.), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1994; L. Carlassarre, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1/1995; F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011; F. Fernández Segado, *La dignità della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della persona*, in *Associazione dei costituzionalisti* (www.associazionedeicostituzionalisti.it); A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991.

³⁶ C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del Legislatore*, in *Foro italiano*, 1970, 36, 12; cui adde anche N. Trocker, *Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà*, in *Arch. Giur. Serafini*, 1/1970.

³⁷ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit.; G.A. López Daza, *Los derechos sociales en Alemania, Italia, España y Francia*, in *Criterio Juridico*, 2/2012.

³⁸ N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, cit.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 124 e, nello stesso senso, M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, p. 316; S. Gambino, *Sui c.d. diritti sociali. Un percorso accidentato, fra incertezze dei*

assicurare al soggetto (come persona e come cittadino) almeno un minimo di sicurezza³⁹ e di giustizia sociale, sì da creare quelle perequazioni materiali che sole possono rendere gli uomini “liberi ed eguali in dignità e diritti”⁴⁰.

Quanto alle modalità della loro protezione, deve sottolinearsi, previamente, che se nell’ordinamento dello Stato liberale i diritti esistevano attraverso la legge⁴¹, nello Stato costituzionale essi esistono attraverso la Costituzione, che della legge rappresenta qualcosa di più e di diverso⁴², costituendo nella pienezza della sua normatività (*higher law*) “una trasformazione essenziale”⁴³ rispetto alle previgenti costituzioni liberal-democratiche; essa, infatti, è la fonte primaria della produzione giuridica e il centro di riferimento di una società che riconosce in essa lo specchio della propria cultura e nei suoi dettati il fondamento delle proprie speranze. I principi, i valori, i diritti che essa contempla e che la società condivide rappresentano perciò un patrimonio da salvaguardare da quella mutevolezza di intenti e di interessi che di norma si riflettono nella legge. Ma ciò è possibile solo nella misura in cui questo patrimonio si pone come una “dotazione giuridica” dei suoi titolari, al di sopra della legge ed al riparo dalle sue contingenze⁴⁴. Da qui quel collocarsi delle costituzioni del secondo dopo-guerra nella sfera più alta del diritto dove lo *jus* cessa di essere *lex* e dove i diritti cessano di essere una regola posta dal legislatore per diventare pretese soggettive assolute, che precedono lo stesso Stato, limitandolo al loro rispetto nel concreto esercizio del suo potere. Il costituzionalismo contemporaneo – in tale ottica – realizza una sostituzione della sovranità della Costituzione a quella della legge, che trasforma i diritti fondamentali in diritti inviolabili. La Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (1948), la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950) e tutte le altre carte internazionali adottate nel secondo dopoguerra confermano e dilatano l’azione degli Stati democratici in materia di protezione dei diritti umani (a partire dalla dignità), contribuendo a segnare i caratteri di questa nuova epoca come “l’età dei diritti”⁴⁵. Nella rinascita dei diritti umani del secondo dopo-guerra, così, è possibile ritrovare le radici culturali e politiche di un’età che cerca di liberarsi per sempre dai fantasmi del passato. Nell’assurgere dei diritti umani a nuova *lex terrae* del XX sec. ritroviamo la premessa per l’affrancamento delle generazioni future che diventa ‘vincolo’ nei processi di riedificazione degli ordinamenti politico-costituzionali. Il riconoscimento costituzionale di diritti inviolabili, in altri termini, esclude quell’incondizionato potere costituente che fonda e distrugge i sistemi politici e al quale si lega l’origine delle costituzioni democratiche del secondo dopo-guerra⁴⁶. Con l’esercizio di tale potere, infatti, la sovranità cessa di essere la traduzione di un ordine ‘divino’ o ‘naturale’ delle cose per divenire “potenza creatrice”, fondamento di un ordine nuovo basato su una legittimazione esclusiva del potere politico, oltreché simbolo del dominio dell’uomo sugli assetti sociali ed economici. Tale potere, che diventa l’espressione più alta e più pura della sovranità, assurge, così, a vero e proprio spartiacque della storia umana; nella sua scia si spegne il principio di tradizione⁴⁷ dischiudendosi l’era moderna del costituzionalismo. Attraverso il potere costituente, insomma, l’indirizzo espresso dalla volontà sovrana di un popolo, che si compatta sulla base di alcuni valori fondamentali, vive e s’inscrive in una

costituenti, approcci dottrinari problematici, positivizzazioni differenziate nelle costituzioni contemporanee, protagonismo del giudice costituzionale e integrazione europea, in *Nel sessantesimo della Costituzione italiana e della Dichiarazione universale dei diritti dell’Uomo*, Bologna, 2009.

³⁹ N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, cit., p. 122.

⁴⁰ Art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo.

⁴¹ S. Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, 1989; M.A. Aparicio Pérez, *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, 1995; L.M. Díez Picazo, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991; J.L. Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989.

⁴² E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1983; Id., *La Constitución como norma jurídica*, in A. Predieri, E. García de Enterría (ed.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1980; R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit.

⁴³ F. Balaguer Callejón (coord.), cit., p. 109; F. Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992.

⁴⁴ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 63.

⁴⁵ N. Bobbio, *L’età dei diritti*, cit.

⁴⁶ C. Mortati, *La teoria del potere costituente*, in P. Pombeni (cur.), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, 1994, p. 190.

⁴⁷ M. Dogliani, *Introduzione*, cit., p. 66.

Costituzione che, nella sua normatività fondamentale, rappresenta un argine per i poteri costituiti e una 'garanzia' per i diritti nei confronti della stessa eventuale ingiustizia delle leggi⁴⁸.

Collocandosi nella sfera più alta del diritto, in tal modo, le costituzioni dell'ultimo dopoguerra, secondo la visione kelseniana, diventano "regole di procedura ma anche regole sostanziali" che riguardano "non già la formazione ma il contenuto delle leggi"⁴⁹. E proprio in questo essere delle costituzioni indirizzi e limiti degli atti legislativi che prende forma quella supremazia delle stesse che, conferendo immediata vincolatività ai principi e alle norme fondamentali, costituisce l'aspetto indubbiamente più innovativo e originale del costituzionalismo contemporaneo⁵⁰. Oltre a segnare il distacco dalla tradizione costituzionale ottocentesca, imperniata sulla legge (generale e astratta) quale strumento principe della garanzia dei diritti e dei rapporti giuridici, esse infatti segnano il distacco dal costituzionalismo razionalizzato degli inizi del secolo passato, il quale, pur costruendo degli argini tra Costituzione e legge, non sempre riesce ad essere una garanzia per le libertà e un presidio della democrazia. Nel principio della superiorità della Costituzione si riflette, insomma, la storica esigenza di non lasciare il sistema delle libertà e dei diritti alla mera attuazione del principio di legalità e di fare della stessa uno strumento di garanzia e di indirizzo, di protezione e di promozione. Da qui, l'affermazione nelle nuove costituzioni del secondo dopoguerra – accanto al principio di legalità posto a base dello Stato liberal-democratico – di un 'principio di costituzionalità' che, mettendo in crisi la forza assoluta della legge, la sua intangibilità (la sua quasi 'sacralità'), appresta quelle nuove forme di tutela della Costituzione senza le quali il principio della sua supremazia sarebbe rimasto un'affermazione priva di contenuto. In questa ottica, così, le costituzioni contemporanee rimettono ad un apposito organo il compito di sindacare la legittimità costituzionale della legge, sì da consentire l'adeguamento del sistema legislativo ai dettati della Costituzione, intesa come 'legge superiore', come 'inner law'. A differenza del controllo di costituzionalità 'diffuso' ed esclusivamente giurisdizionale della tradizione nord-americana (la *judicial review*, secondo la quale ogni singolo giudice, nel caso concreto, disapplica la legge in favore della disposizione costituzionale ogni qualvolta la ritenga in contrasto con la Costituzione), il costituzionalismo europeo dell'ultimo dopoguerra (sociale, democratico e di diritto), al contrario, segue la via kelseniana del controllo 'accentrato', che attribuisce ad un organo *ad hoc*, variamente denominato nei diversi Paesi europei, l'importante compito di annullare, con efficacia *erga omnes*, la disposizione legislativa giudicata illegittima. Tuttavia, se nel modello kelseniano le corti costituzionali fungono da "custode negativo" della Costituzione, che sanziona giuridicamente, con l'abrogazione della legge, la sua ingiustizia per inosservanza della *higher law*, nella nuova dimensione del costituzionalismo normativo e del "diritto per principi"⁵¹, le corti costituzionali sono chiamate a svolgere un'importante opera di interpretazione della volontà costituente (cioè di deduzione della norma 'giusta', 'valida') e quindi di integrazione delle costituzioni. Da tale attività scaturisce un 'diritto vivente' che perpetua e vivifica nel tempo il nucleo dei valori fondamentali accolti nella Carta costituzionale. Per tale motivo, la sua attività si presenta come viva e dinamica, di conservazione e di sanzione, ma anche di adeguamento della Costituzione allo scorrere della vita politica, economica e sociale. Qualità e quantità del potere, in tale quadro, diventano elementi qualificativi di un costituzionalismo che si distacca gradualmente dalla tradizione liberale del potere limitato ma monolitico per trovare la sua meta definitiva in quelle costituzioni del secondo dopoguerra le quali, nel tentativo di rinsaldare la democrazia senza mettere in questione il sistema economico, edificano un ordinamento statuale in cui la salvaguardia della proprietà e la tutela dell'iniziativa privata non inficiano i suoi presupposti egualitari, solidaristici e universalistici.

⁴⁸ E.W. Bockenforde, *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, entrambi in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (cur.), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996.

⁴⁹ H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981.

⁵⁰ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit.; P. Barile, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951; M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, cit.

⁵¹ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit.

Nasce su queste basi lo 'Stato sociale di diritto' – Stato pluriclasse del capitalismo maturo –, che stabilisce il primato del politico sull'economico secondo un modello di democrazia sostanziale ed 'emancipante' e in cui la libertà non è solo un principio ma anche, e soprattutto, un 'bene' individualmente e socialmente 'fruibile'⁵². Alle sue radici, la storica consapevolezza che mercato e democrazia possono intersecarsi ma non coincidere, in quanto la 'democrazia del mercato' vive e si alimenta di esclusioni, crea sperequazioni e annulla valori⁵³. Se il mercato non può essere considerato il teatro in cui si dipanano tutti i rapporti della convivenza umana, spetta allora allo Stato costituzionale, retto dai principi della democrazia sociale regolarne le forze contrastanti, intervenire sui suoi processi e finalizzarne il corso, senza con ciò configurare una gestione esclusiva dell'economia, una qualche forma di dirigismo in cui si annullano e si disperdono l'autonomia e l'iniziativa dei privati. Per tale motivo, lo Stato sociale appare un'alternativa non troppo distante dal modello socialista ('dell'economia di Stato') e dal modello liberista ('dell'economia di mercato'): una terza via al rapporto tra Stato e mercato, insomma, in cui il primo diventa il soggetto attivo di uno sviluppo che, pur realizzandosi attraverso tecniche e modalità diverse d'intervento, tende verso il fine esclusivo del benessere di tutti i membri della collettività organizzata statualmente. Ciò è possibile attraverso l'introduzione di meccanismi di giustizia redistributiva a favore dei soggetti e dei gruppi sociali economicamente più deboli, sì da livellare quelle sperequazioni materiali che ostacolano i processi di ricomposizione pacifica dei conflitti nell'ambito unitario di riferimento rappresentato dallo Stato. Nessuna società può, infatti, reggersi in unità senza un qualche criterio di giustizia redistributiva, in special modo una società pluriclasse e policentrica come quella contemporanea, che sviluppa una conflittualità diffusa e intensa, difficilmente sanabile senza l'intervento mediatore, equilibratore e regolatore, dello Stato. L'espletamento della funzione redistributiva-perequativa da parte dello Stato, che si sostanzia in tutta una serie di interventi di politica sociale, è del resto possibile solo nella misura in cui esso svolge una parallela funzione di appropriazione della ricchezza prodotta, attraverso interventi di prelievo fiscale (retti dal principio della capacità contributiva e da quello della progressività delle imposte). Le politiche economiche, così, offrono allo Stato la possibilità di realizzare i propri fini e di legittimare le proprie funzioni, ma anche di intervenire nei circuiti della produzione-consumo e del risparmio-investimento. Manovrando le leve del funzionamento del sistema economico, lo Stato (democratico, sociale e di diritto), così, diventa (nel senso che si tratta di un compito cui è chiamato dalla normativa costituzionale) promotore dello sviluppo, fattore di stimolo per la produzione e per l'occupazione secondo i canoni di un interventismo economico (keynesismo) che consente di imbrigliare il capitalismo nella rete della democrazia. È evidente come questa riappropriazione dell'economico da parte del politico, che moltiplica i fini e le funzioni dello Stato, superando in modo definitivo la tradizione astensionista del liberalismo, dilati, con gli ambiti spaziali, anche quelli temporali dell'intervento. Lo Stato che 'promuove' il benessere collettivo agisce, in un'ottica prospettica e progressiva, secondo un'idea di 'democrazia sociale' che non esaurisce l'eguaglianza nell'astrattezza delle formule e non considera la democrazia da un punto di vista sostanziale come una meta, ma come un traguardo di tappa. Si scopre così che libertà, eguaglianza e democrazia vivono proprio attraverso lo Stato democratico e sociale (di diritto), figlio di un costituzionalismo che fonde, talvolta fino a confondere, il politico con l'economico e il sociale. Tanto essenzialmente richiamato quanto alle esperienze costituzionali contemporanee, può concludersi tale approccio affermando come nella ricerca costituzional-comparatistica sia dato cogliere l'assenza di un concetto europeo condiviso in materia di qualificazione e di effettività dei diritti (soprattutto ma non solo sociali), differenziandosene le diverse previsioni costituzionali nazionali secondo soluzioni variegate quanto alla loro qualificazione giuridica e alla stessa portata giuridica di tali diritti. La questione centrale posta da tale prospettiva di osservazione riguarda lo statuto costituzionale, ovvero semplicemente legislativo, degli stessi. Quanto a

⁵² L. Gianformaggio, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro italiano*, 1996, p. 1962 ss.; A. Cerri, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, Roma, 1984; B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984; A. Anzon, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994.

⁵³ C. De Cabo, *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986; P. Lucas Verdú, *La lucha por el Estado de derecho*, in *Studia Albornotiana*, Bologna, 1975.

tale ultima questione, può affermarsi che nella gran parte delle costituzioni degli Stati europei, i diritti sociali sono catalogati nell'ambito delle stesse disposizioni costituzionali (principi e disposizioni di dettaglio) destinate a riconoscere e proteggere i diritti fondamentali classici, mentre solo in pochi casi tali diritti sono esclusi dal catalogo dei diritti fondamentali o sono rubricati in modo diverso. In questi ultimi casi, l'assimilazione dei diritti sociali a quelli fondamentali classici non pare implicare effetti giuridici di rilievo⁵⁴.

Tuttavia, mentre alcuni ordinamenti europei disciplinano tale materia mediante clausole generali (art. 20, I co., LFB) o mediante "Principi informatori della politica sociale ed economica" (Cap. II del Tit. I e Cap. III Costituzione spagnola⁵⁵), altri (come la Costituzione italiana) tutelano i diritti sociali sia mediante principi fondamentali sia (e soprattutto) con disposizioni costituzionali di dettaglio, anche se si ha l'impressione "che la categoria del diritto sociale sia inadeguata ad esprimere la ricchezza delle indicazioni fornite dai Titoli I e II della Costituzione"⁵⁶ quando si riferisce ai rapporti etico-sociali e ai rapporti economici⁵⁷.

Quanto, poi, alla portata dei diritti sociali nell'ambito del costituzionalismo contemporaneo – oltre a riguardare le diverse modalità accolte negli ordinamenti costituzionali – essa riguarda le forme giuridiche della loro protezione. Come si è già detto, le costituzioni europee contemporanee – benché secondo formule peculiari (e differenziate) di positivizzazione normativa – hanno registrato un'evoluzione del diritto positivo nonché della giurisprudenza nel senso del riconoscimento dei diritti sociali come diritti fondamentali, inalienabili e imprescrittibili, sia pure nel quadro di una loro affermazione graduale e rispettosa della discrezionalità dei diversi legislatori nazionali. Nell'ordinamento italiano (e in modo differenziato in quello spagnolo), pertanto, il catalogo costituzionale dei diritti sociali risulta avere un'ampiezza e una sistematicità inusuali; la relativa tutela è quella propria dei diritti costituzionali e non già di quelli 'legali', benché in dottrina si sottolinei come, a ben vedere, le forme giurisdizionali della relativa tutela non sempre sono quelle apprestate ai diritti soggettivi (con la forza propria della tutela risarcitoria e di quella inibitoria nei confronti di atti lesivi degli stessi) ma quella degli interessi legittimi, dal momento che fra il loro concreto esercizio e la previsione legale opera un *facere* amministrativo, che coinvolge la pubblica amministrazione con la sua supremazia speciale⁵⁸. Un approccio – quest'ultimo –, tuttavia, destinato nella prassi giurisdizionale italiana a essere radicalmente riconsiderato alla luce dei principi europei sanciti soprattutto dalla sentenza n. 500/1999 della Corte di Cassazione in tema di risarcibilità degli interessi legittimi.

Tuttavia, se dalla definizione teorico-costituzionale dello Stato sociale e più in particolare dall'inquadramento dei diritti sociali come diritti inviolabili del soggetto passiamo a verificare il grado di effettività degli stessi, è giocoforza constatare lo stridente contrasto tra la loro costruzione come diritti universali e assoluti e il relativo grado di effettività, palesemente insufficiente⁵⁹. Diverse sono le opinioni offerte per argomentare una simile situazione; esse vanno dai condizionamenti economici a quelli politici, dalle capacità del sistema giudiziario a quelle del sistema politico. In ogni caso, costituisce un dato fattuale l'evidente contraddizione esistente tra l'assolutezza e l'universalità dell'enunciato costituzionale e il basso livello di effettività di tali diritti. Tuttavia, l'argomento centrale che tutti in qualche modo riassume

⁵⁴ C. Grewe, *Les droits sociaux constitutionnels: propos comparatifs à l'aube de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Rev. univ. dr. hom.*, 2000.

⁵⁵ J.L. Prada Fernández de Sanmamed, *Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional*, in *Revista de estudios políticos*, 122/2003; E. Carmona Cuenca, *La normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica*, in *Revista de estudios políticos*, 76/1992.

⁵⁶ G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1981, p. 757.

⁵⁷ U. Allegretti, *Globalizzazione e sovranità nazionale*, in *Democrazia e diritto*, 1998; G. Zagrebelsky, *I diritti fondamentali oggi*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1/1992; L. Carlassarre, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1/1995.

⁵⁸ A. Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici 'comuni'*, in *Scritti in onore di P. Barile. Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padova, 1993; S. Gambino, *Normazione regionale e locale e tutela dei diritti fondamentali (fra riforme costituzionali, sussidiarietà e diritti fondamentali)*, in A. Ruggeri, L. D'Andrea, A. Saitta e G. Sorrenti (cur.), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007.

⁵⁹ T. Martines, *Diritto costituzionale*, VI ed., Milano, 1990, p. 680.

è dato dal fatto che i diritti sociali (fra cui, istruzione, salute, previdenza) ‘costano’⁶⁰ e lo Stato conosce seri problemi di fiscalità⁶¹, che in alcune realtà territoriali si propongono perfino come esplicita ‘ribellione fiscale’⁶². La questione del costo dei diritti sociali, in tale ottica, costituisce un punto di vista privilegiato per uno studio sulla struttura stessa di tali diritti e della tenuta dello Stato costituzionale⁶³. La risposta che ne dà la dottrina e la giurisprudenza costituzionale, tuttavia, portano ad osservare come il costo dei diritti sociali non è tale da poter incidere sulla struttura di diritti costituzionalmente garantiti. Autorevole dottrina, tuttavia, ha bene sottolineato, in tale ottica, come la questione del costo dei diritti costituisca un falso problema dal momento che esso è un elemento intrinseco a tutti i diritti costituzionali, anche a quelli classici di libertà. Come è stato lucidamente sottolineato, infatti, “non sono le caratteristiche strutturali a separare i diritti di libertà dai diritti sociali ma sono le modalità di tutela a rendere diversi i meccanismi di garanzia [...] entrambi sono diritti individuali (come entrambi possono essere, a seconda dei rapporti, diritti collettivi), e tanto agli uni quanto agli altri può riconoscersi una portata che non tocca solo i rapporti con l’ente pubblico ma si individua anche a livello di rapporti interprivati”⁶⁴.

In tale quadro, nella concreta esperienza degli ordinamenti europei, la tematica dei diritti sociali pare doversi limitare alle funzioni svolte dal giudice ordinario⁶⁵ e soprattutto da quello costituzionale in tema di garanzia e di effettività degli stessi⁶⁶. L’intervento del Giudice costituzionale nella materia dei diritti sociali, come è noto, è stato richiesto prevalentemente con riferimento alla violazione del principio di eguaglianza⁶⁷ e in presenza di comportamenti omissivi da parte del legislatore⁶⁸. Dopo un’iniziale prudenza, almeno nell’esperienza italiana, l’orientamento del Giudice delle leggi, si è affermato nel senso di riconoscere rango pienamente costituzionale ai diritti sociali. Per la Corte, come si è già ricordato, anche i diritti sociali, e *a fortiori* quelli a prestazione positiva legislativamente (e finanziariamente) condizionati⁶⁹, assurgono – al pari di tutti gli altri diritti fondamentali – al rango di “diritti inviolabili e

⁶⁰ S. Holmes, C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000 (trad. it.); C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Milano, 2000; R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000.

⁶¹ S. Gambino (cur.), *Il federalismo fiscale in Europa*, Milano, 2014; Id., *Stato e diritti sociali*, cit.; Id., (cur.), *Diritti sociali e crisi economica*, cit.

⁶² A. Baldassarre e A. Cervati (cur.), *Critica dello Stato sociale*, Roma-Bari, 1982.

⁶³ C. de Cabo Martín, *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986; Id., *Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea*, in *ReDCE*, 11/2009; M.A. García Herrera, *Constitución y democracia*, Bilbao, 2003; G. Maestro Buelga, *Estado, mercado y Constitución económica*, in *ReDCE*, 8/2007; F. Balaguer Callejón, *El final de una época*, cit.; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012; Id., *Crisi dei mercati e sovranità dello Stato: qualche elemento di discussione*, in *Il diritto dell’economia*, 1/2012; M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA.VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, in *Atti del 58° Convegno di studi amministrativi*, Varenna, 20-22 settembre 2012; A. Ruggeri, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, C. Pinelli, *I riflessi della crisi finanziaria sugli assetti delle istituzioni europee*, entrambi in *Atti Convegno dell’Università del Salento su La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale* (Lecce, 14-15 settembre 2012); C. Amirante, *Costituzionalizzazione del diritto internazionale e deconstituzionalizzazione dell’ordinamento interno?*, in Aa.Va., *Costituzionalismo multilivello, profili sostanziali e processuali*, Roma, 2013; G. Bucci, *La sovranità popolare nella trappola delle reti multilevel*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it); S. Gambino, W. Nocito, *Governance europea dell’economia, crisi degli Stati e diritti fondamentali: notazioni costituzionali*, in *La cittadinanza europea*, 2/2012; A. Baldassarre, A.A. Cervati (cur.), *Critica dello Stato sociale*, cit.

⁶⁴ G. Lombardi, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1/1999, p. 13.

⁶⁵ C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 4/2011.

⁶⁶ AA.VV., *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2009.

⁶⁷ V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2001; D. Tega, *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 303 ss.

⁶⁸ C. Mortati, *Appunti per uno studio*, cit.

⁶⁹ In tema, fra le più significative decisioni costituzionali: sent. 992/1988 (diritto alla salute come diritto primario e fondamentale); sent. 455/1990 (salute come diritto condizionato); sent. 260/1990 (limite della finanza pubblica e inviolabile dignità della persona umana); sent. 304/1994 (salute come diritto condizionato ma non fino al punto da poter comprimere il nucleo essenziale costituito dalla dignità della persona); sent. 203/2008 (salute come diritto finanziariamente condizionato); sent. 248/2011 (salute e limite della spesa pubblica); sent. 205/2011 (dignità persona e pienezza della tutela sanitaria); sent. 432/2005 (stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale e contenuto essenziale dei diritti fondamentali).

irretrattabili della persona, in quanto espressione di valori o principi costituzionali supremi⁷⁰. In breve, nella giurisprudenza della Corte costituzionale si sottolinea come ai diritti sociali debba essere assicurata una protezione costituzionale pienamente comparabile a quella assicurata agli altri diritti fondamentali; in quanto tali, dunque, anche i diritti sociali sono irrinunciabili, inalienabili, indisponibili, intrasmissibili, inviolabili⁷¹. Diversamente può dirsi della giurisprudenza costituzionale spagnola con riguardo specifico alle censure del legislatore statale (e autonomico) per violazione di disposizioni a contenuto sociale con riguardo al parametro di costituzionalità costituito dai "principi rettori della politica sociale ed economica"⁷².

Con riguardo infine all'efficacia giuridica delle disposizioni costituzionali 'programmatiche' appare opportuno richiamare l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte costituzionale italiana nel superarne la differenziazione nello *status* normativo con riguardo alle norme precettive⁷³. Per il Giudice delle leggi italiano, così, "la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria vogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione"⁷⁴.

Senza escludere che un analogo *iter* possa essere seguito in tutti quegli ordinamenti costituzionali che dispongano di clausole costituzionali di garanzia dei diritti ovvero di disposizioni costituzionali in materia di eguaglianza sostanziale e di dignità della persona. In tale ottica, con riguardo alla dibattuta questione di interpretazione costituzionale (da parte del *Tribunal Constitucional* e della dottrina spagnola), così, potrebbe ben comprendersi una evoluzione della giurisprudenza del Giudice delle leggi spagnolo fondata sulla base di una interpretazione sistematica (ed evolutiva) nella quale trovasse specifico accoglimento un'articolata ricostruzione del parametro costituzionale finalizzato ad assicurare la piena effettività del principio di eguaglianza sostanziale e con esso dei diritti prestazionali.

⁷⁰ A. Baldassarre, voce *Diritti sociali*, cit.; C. Pinelli, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. Ruggeri (cur.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994; L. Principato, *La immediata precettività dei diritti sociali e il 'contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute'*, in *Giur. Cost.*, 6/1998; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, p. 171 ss.

⁷¹ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit.; C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996; M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche, Aggiornamento*, Torino, 2012, p. 261 ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Democrazia e diritto*, 1995; E. Balboni (cur.), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008; S. Gambino, *Stato e diritti sociali*, cit.; M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino (cur.), *Diritti di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, 2010; D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello fra tutele giuridiche e crisi economica*; L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*; G. Razzano, *Lo 'statuto' costituzionale dei diritti sociali*, tutte in *Rivista del Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2012; I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo* (www.constituzionalismo.it), 3/2012; D. Messineo, *Garanzia del contenuto essenziale e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Macerata, 2010.

⁷² E. Carmona Cuenca, *Las normas constitucionales de contenido social*, cit.; L. Aguiar de Luque, *El Tribunal constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión*, in *Revista de derecho político*, 24/1987; F.J. Díaz Revorio, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo*, in *Revista española de derecho constitucional*, 61/2001; I. Villaverde Menéndez, *L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1996; G. Pisarello, A. De Cabo, *¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces y ciudadanos*, in M. Aparicio Pérez (coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Barcelona, 2001; F. Balaguer Callejón, *Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos*, in M. Aparicio Pérez (coord.), *Derechos constitucionales*, cit.

⁷³ Cass. Sez. un., 7 febbraio 1948, in *Foro italiano* 1948, II, 1957). Nella dottrina italiana, per tutti, cfr. V. Crisafulli, *Le norme programmatiche della Costituzione*, in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 51 ss.; Id., *Efficacia delle norme costituzionali programmatiche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/1951.

⁷⁴ Corte cost. italiana, sent. 1/1956. Nello stesso senso cfr. anche la nota decisione del TC nella STC 4/1981, FJ 2.d.

Nell'ordinamento costituzionale spagnolo – come sarà osservato in seguito – i diritti prestazionali (socio-economici) si presentano come diritti (materialmente e formalmente) condizionati alla concreta attuazione che ne danno i pubblici poteri, cosicché la loro immediata esigibilità innanzi ai giudici ordinari risulta limitata dalla previsione costituzionale dell'art. 53.3. La disposizione – anche a giudizio del TC – costituisce una deroga proprio alla precettività della norma costituzionale⁷⁵. Nella stessa decisione, anche a fronte di una omissione legislativa, il TC tutela la violazione del diritto all'obiezione di coscienza e lo fa richiamandosi alla teoria del contenuto essenziale del diritto.

Una possibile lettura evolutiva della giurisprudenza costituzionale potrebbe muovere appunto dalla protezione del contenuto essenziale che è, oltre che dei principi, anche dei diritti sociali, i quali per il sol fatto di trovare positivizzazione nel Capitolo III, perderebbero di diretta precettività. Dinanzi ad omissioni legislative, il TC potrebbe utilizzare, in combinato disposto con il principio di eguaglianza, le disposizioni inerenti ai principi del Capitolo III affermando l'applicabilità immediata del testo costituzionale attraverso quelle decisioni che nella dottrina italiana sono state inquadrare come 'sentenze additive'⁷⁶. E ciò varrebbe a maggior ragione se si considera la stessa giurisprudenza costituzionale spagnola che nega ai diritti sociali contenuti nel Capitolo III la sola capacità di ricorrere dinanzi al giudice per la tutela dei diritti (norma programmatica), ma non anche di vincolare (questa volta in quanto norma precettiva) i pubblici poteri che sono chiamati (in quanto su di essi ricade un preciso onere costituzionale) a darvi attuazione. Costituendo tale principio norma parametro nel controllo della costituzionalità della legge, con la giurisprudenza 'additiva' evocata, si va a sindacare appunto la violazione della Costituzione dovuta alla omissione presente nella legislazione di attuazione del testo costituzionale. Così facendo, il TC può tutelare quelle situazioni soggettive attraverso una tutela (almeno) essenziale del diritto.

Tuttavia, il dibattito, da tempo attivo nella dottrina spagnola, esclude che ai 'principi rettori' (del Cap. III, Tit. I, della Costituzione) e con essi ai diritti sociali prestazionali debba riconoscersi la natura giuridica e la forza delle norme programmatiche, affermando che gli stessi possono costituire parametro nel giudizio di costituzionalità delle leggi al pari delle altre disposizioni costituzionali⁷⁷.

In assenza di espresse disposizioni costituzionali di garanzia di tali diritti prestazionali sanciti dal Capitolo III del Titolo I CE (che si limita a proclamare il valore normativo dei "principi rettori della politica sociale ed economica) e in altre disposizioni della Costituzione, ed anche considerando che gli stessi (per espressa previsione dell'art. 53.3 CE) possono essere fatti valere solo davanti alla giurisdizione ordinaria secondo quanto dispongono le leggi che vi danno attuazione (e pertanto non possono costituire oggetto di ricorso di *amparo* innanzi al TC) – se si ricorre all'*iter* argomentativo già seguito dal Giudice costituzionale italiano (a fronte di fattispecie costituzionali similari in tema di rapporto fra diritti sociali e principio di eguaglianza formale e sostanziale), tale parametro potrebbe essere costituito dal Preambolo, dall'art. 1.1 del Titolo preliminare, dai 'principi rettori' del Cap. III del Tit. I, dall'art. 9.2, dall'art. 14, letti con interpretazione sistematica ed evolutiva dello stesso art. 53 della Costituzione spagnola (con apertura del ricorso all'*amparo* al di là della stessa previsione limitativa dell'art. 53.3 CE)⁷⁸. Una simile lettura troverebbe riconoscimento nello sviluppo di quell'argomentazione che, nel

⁷⁵ In una delle sue primissime decisioni, il *Tribunal* aveva avuto modo di affermare testualmente che "los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata. Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución [appunto i principi del Capitolo III] o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable".

⁷⁶ V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhicupo (cur.), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978.

⁷⁷ E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1983, III ed., p. 68 ss.; E. Cordero Mendazón, *Reflexión general sobre la eficacia de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado*, in *Rev. vasca admin. pub.*, 19/1987, p. 251 ss.; J.R. Cossío Díaz, *Estado social y derecho de prestación*, Madrid, 1989, p. 251 ss.; L. Prieto Sanchis, *Los derechos sociales*, cit., p. 53 ss.; J.L. Carro Fernández Valmayor, *Derechos fundamentales socio-economicos y prestaciones esenciales*, in *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza, 2008.

⁷⁸ L. Prieto Sanchis, *Los derechos sociales*, cit., p. 63 ss.; A. Parejo, *Estado social y Administración pública*, Madrid, 1983, p. 89 ss.

fondo, risulta già anticipata dal TC al momento di qualificare la natura dei 'principi rettori della politica sociale ed economica', secondo cui è del tutto improbabile che una qualsiasi norma legale possa essere dichiarata incostituzionale per omissione, cioè per non rispettare il mandato dei pubblici poteri e in particolare del legislatore, nei quali ognuno di tali principi in generale si concretizza (STC 45/1989, fj 4). Le potenzialità evolutive di una simile lettura sistematica ed evolutiva della Costituzione sono tuttora disponibili al ragionamento giurisdizionale del TC, secondo indirizzi già concretamente sperimentati da altre corti costituzionali europee e da argomentata dottrina⁷⁹.

Tali nuove potenzialità interpretative, peraltro, sono ben presenti alla dottrina spagnola quando sottolinea che "ovviamente, ciò non impedisce le possibilità di controllo che potrebbero derivare dall'entrata in gioco del principio di eguaglianza, del diritto alla tutela giudiziaria effettiva o di qualsiasi garanzia oggettiva prevista nell'ordinamento costituzionale; tuttavia, in tali casi sarebbero tali diritti o garanzie il parametro costituzionale di controllo all'interno di una interpretazione sistematica e non i principi rettori considerati a se stanti"⁸⁰.

Dopo la (essenziale) premessa storico-comparatistica sull'evoluzione-trasformazione dello Stato contemporaneo che si è svolto in precedenza, alcune ulteriori riflessioni si impongono per approfondire, con riguardo specifico all'esperienza costituzionale spagnola, (il contenuto dei) valori⁸¹ e (dei) principi fondamentali giuridico-politici⁸² posti a fondamento della forma di Stato spagnolo (*democratico, di diritto e sociale*), per come positivizzata nell'art. 1.1 della Costituzione del 1978⁸³, e come sistematicamente confermata dal *Tribunal constitucional* a partire dalle sue prime sentenze⁸⁴. Anche nelle decisioni del TC, come si è osservato per la Corte costituzionale italiana, si respinge la tesi circa la natura program-

⁷⁹ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit.

⁸⁰ F. Balaguer Callejón (coord.), in *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 2008, p. 308.

⁸¹ AA.VV., *Derechos sociales y principios rectores*, Valencia, 2012; L.A. Parejo, *Los valores en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, in *Libro homenaje al profesor José Luis Villa-Palasi*, Madrid, 1989; P. Lucas Verdú, *Estimativa e política constitucionales (Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, Madrid, 1984; F.J. Díez Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, 1997; E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982; S. Basile, *Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, in A. Predieri, E. García de Enterría (ed.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1980; O. Alzaga, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978; P. Virga, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pub.*, 1/1948; A. D'Atena, *Normas programáticas y pluralismo axiológico en el derecho constitucional*, in *Revista de derecho político*, 74/2009; J.L. Cascajo, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; B. De Castro Cid, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, León, 1993; G. Peces-Barba, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Madrid, 1999; A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 2003; Id., *Los derechos fundamentales*, Madrid, 2004; L. Prieto Sanchis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990; Id., *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, in AA.VV., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2000.

⁸² F. Tomás y Valiente, *Los principios fundamentales del orden jurídico-político*, in Id., *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, 1989; M. Aragón, *La eficacia jurídica del principio democrático*, in *REDC*, 24/1988; M. García Pelajo, *El Estado social y sus implicaciones*, in Id., *Obras completas*, II, Madrid, 2009, p. 1603 ss.; Id., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1997; L. Parejo, *Estado social*, cit.; A. Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social*, cit.; M. Mazziotti di Celso, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964; Id., *Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato*, in *Diritto e società*, 3/1996; C. Mortati, *Commento all'art. 1 della Costituzione italiana*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, I, Bologna, Roma, 1975.

⁸³ F. Tomás Y Valiente, *Garanzie del cittadino e ruolo del Tribunal Constitucional*, in *Diritto e società*, 1/1988; J.J. Solozábal Echavarría, *Alcance jurídico de las cláusulas definitivas constitucionales*, in *REDC*, 15/1985; E. Carmona Cuenca, *Las normas constitucionales de contenido social*, cit.; M. Carbonell, *Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas*, in *Estudios constitucionales*, 2/2008; M. Concepción Pérez Villalobos, *Estado social y Comunidades Autónomas. El diseño constitucional de la autonomía social en España*, Madrid, 2002; A. Torres Del Moral, *Realización del Estado Social y constitución económica*, in M.J. Terol Becerra (cur.), *El Estado Social y sus exigencias constitucionales*, Valencia, 2010; A. Navarro Munuera, *El marco constitucional de los derechos sociales en el ordenamiento español*, in *Diritto pubblico*, 2/1997; F.J. Matia Portilla, *La caracterización jurídico-constitucional del Estado Social de derecho*, in *Revista de derecho constitucional*, 60/2000; L. Pietro Sanchis, *Derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, in *Revista del centro de estudios constitucionales*, 22/1995; G. Escobar Roca, *Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud*, in *Revista de derecho político*, 71-72, 2008; J.M. Porrás Ramírez, *Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional*, in F. Balaguer Callejón (coord.), *Estudios en homenaje de Peter Häberle*, Madrid, 2004; A. Fernández-Miranda Campoamor, *El Estado social*, in *Revista española de derecho constitucional*, 69/2003.

⁸⁴ Fra le altre, si ricordano le sentenze del TC, 4/1981, del 2 febbraio, 15/1982 del 23 aprile, 16/1982 del 28 aprile, 77/1982 del 20 dicembre, 80/1982 del 20 dicembre, 7/1983 del 14 febbraio, 8/1983 del 18 febbraio, 15/1983 del 4 marzo.

matica delle norme costituzionali in materia di diritti sociali, assumendo, appunto che “la Costituzione è appunto questo, la nostra norma suprema e non una dichiarazione programmatica come si afferma in modo inequivoco e generale nell’art. 9.1., ove si sancisce che “i cittadini e i poteri pubblici sono soggetti alla Costituzione”⁸⁵, e (immediatamente dopo) che “*reiterate decisiones de questo Tribunal in cuanto interprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC) han sancido tal indiscutible valor de la Constitución como norma*”⁸⁶. Ciò, come sottolinea l’Alto Interprete della Costituzione, senza pregiudizio della immediata precettività di talune disposizioni costituzionali, rubricate, nel Capitolo II, “Diritti e Libertà” (articoli 14-38), che non abbisognano della mediazione del legislatore ordinario e che come tali sono direttamente efficaci senza necessità di una loro attuazione legislativa⁸⁷. Altre disposizioni della Costituzione rubricate, nel Capitolo III, come “Dei principi che reggono la politica sociale ed economica” (da noi tradotti come ‘principi rettori’ per assonanza al testo costituzionale) (articoli 39-52) richiedono una loro ‘modulazione legislativa’ nel rispetto delle previsioni dell’art. 53.3 della Costituzione, dovendosi necessariamente parlare per esse di una “differenziata efficacia giuridica” delle relative disposizioni⁸⁸.

Nella loro natura di clausole costituzionali generali, l’insieme di tali valori e principi sono sanciti come indirizzo per l’attuazione legislativa da parte delle *Cortes generales* e come criterio e parametro ermeneutico da parte dei giudici (ordinari e costituzionali) nell’esercizio della funzione giurisdizionale⁸⁹. Si tratta di un insieme di principi e di valori fondamentali che il costituente democratico del 1978 ha ritenuto idonei ad assicurare alle *Cortes* e ai giudici quella “profonda elasticità”, che sarebbe risultata quanto mai necessaria alle une e agli altri al momento della concretizzazione delle scelte necessarie per conformare la Spagna ai profondi cambiamenti storici e sociali che erano già intervenuti da un trentennio negli altri Paesi europei⁹⁰.

Con riguardo specifico alla previsione di cui all’art. 1.1. della Costituzione, pertanto, si tratta di una formulazione di principi fondamentali ma anche di valori costituzionali che, per l’idoneità della qualificazione proposta dalle aggettivazioni utilizzate dal costituente (del 1978), la dottrina spagnola ha assunto di poter qualificare, con piena efficacia descrittiva, come “la formula politica della Costituzione”⁹¹, rievocando in tale ottica ciò che, nel definire i principi ispiratori del costituzionalismo weimariano, Carl Schmitt aveva chiamato “decisioni costituzionali fondamentali”⁹². Con tali aggettivazioni, la disposizione costituzionale che segue immediatamente il Preambolo (art. 1.1) si offre come ispiratrice e come garante dell’intero ordinamento costituzionale, venendo per questo proposta, con deliberata enfasi, come la stessa “Costituzione della Costituzione”⁹³. Una lettura – questa – che è accolta (fin dalle sue prime

⁸⁵ Sentenza del TC 80/1982.

⁸⁶ Sentenza del TC 80/1982.

⁸⁷ Sentenza del TC 80/1982.

⁸⁸ M. Aragón, *La eficacia jurídica del principio democrático*, in REDC, 24/1988; I de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1988, p. 76 ss.; E. García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica*, in *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980; E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1983, p. 68 ss.; J. Jiménez Campo, J. Porras Azcona, *Conflicto político, técnica jurídica y aplicación inmediata en una Constitución de compromiso: la Constitución española de 1978*, in *Revista de derecho público*, 74/1979; J. Jiménez Campo, *Estado social y democrático de derecho*, in *Diccionario del sistema político español*, Madrid, 1984.

⁸⁹ T. De La Quadra-Salcedo Jannini, *El regime jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007 de 12 de diciembre*, in *Revista general de derecho constitucional*, 5/2008; J.J. Solozábal Echavarría, *Los derechos fundamentales en la Constitución española*, in *Revista de estudios políticos*, 105/1999; L. Pietro Sanchis, *El constitucionalismo de los derechos*, in *Revista española de derecho constitucional*, 71/2004; G. Rolla, *Il sistema costituzionale dei diritti fondamentali. L’esperienza spagnola*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1990; S. Sastre Ariza, *Hacia una teoría exigente de los derechos sociales*, in *Revista de estudios políticos*, 112/2001.

⁹⁰ F. Tomas y Valiente, *Los principios fundamentales*, cit.

⁹¹ L. Verdú, *El Título I del Anteproyecto constitucional: la formula política de la Constitución*, in *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, 1978 (dello stesso A. cfr. anche *La lucha por el Estado de derecho*, Madrid, 1975); R. Canosa, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, 1988.

⁹² Così anche A. Garrorena Morales nel rievocare un risalente orientamento dottrinario tedesco (C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, p. 27).

⁹³ A. Garrorena Morales, *El Estado español*, cit.; L. López Guerra, *Las dimensiones del Estado social de Derecho*, in *Sistema*, 38-39, 1980; E. Álvarez Conde, *El Estado*, cit.; L. Parejo, *Estado*, cit.

decisioni) dal Tribunale costituzionale⁹⁴ e che si pone, in tale ottica, a garanzia della rigidità della Costituzione (superabile con le sole maggioranze rafforzate dell'art. 168.1 Cost.)⁹⁵ e come parametro costituzionale di controllo della costituzionalità delle leggi⁹⁶.

A tali principi incorporati nella clausola costituzionale sancita nell'art. 1.1. devono aggiungersi le ulteriori previsioni costituzionali che statuiscono il principio del pluralismo politico (che, benché insito nello stesso Stato democratico, se ne distingue per le molte previsioni di dettaglio accolte nella Carta costituzionale e per il suo concorrere alla realizzazione delle finalità richiamate nel Preambolo, da quella della "convivenza democratica" a quella della edificazione di una "società democratica avanzata"), il principio di sovranità popolare (art. 1.2), il principio di autonomia territoriale e quello della monarchia parlamentare. In tale prospettiva, meriterebbero di essere approfondite (come qui, tuttavia, non potrà farsi) quelle disposizioni accolte nel Preambolo e nel Titolo I della Costituzione spagnola, rubricate 'Dei diritti e dei doveri fondamentali'⁹⁷.

Prima ancora di richiamare le disposizioni costituzionali volte ad assicurare la discontinuità politica con il regime franchista nonché la legittimazione democratica dello Stato, a partire dall'art. 23 Cost. – che reca disposizioni costituzionali in tema di diritti di partecipazione politica alla vita pubblica e di forme della rappresentanza politica (diretta o per mezzo dei rappresentanti liberamente eletti mediante elezioni periodiche a suffragio universale) –, e prima ancora di procedere all'analisi della rilevanza politica e giuridica dei partiti politici nella loro ridefinizione delle stesse categorie di identificazione della forma di Stato e della forma di governo per come disciplinate nel costituzionalismo spagnolo, occorre ora introdurre qualche cenno al tema (teoricamente e concretamente) problematico dei rapporti fra sovranità popolare e sovranità nazionale, senza tuttavia incorrere nel rischio (già paventato da attenta dottrina) di ravvivare una risalente polemica (frequentata nella teoria politica). In tema di spettanza della sovranità, la disciplina costituzionale evidenzia una qualche incertezza teorica (se non perfino una certa "confusione concettuale"⁹⁸), che peraltro è comune alle restanti costituzioni europee, soprattutto se colta nell'ottica di una concezione normativa della Costituzione⁹⁹. In tale quadro, infatti, risulta ben

⁹⁴ Così nella sentenza dell'8 giugno 1981 del *Tribunal constitucional*, quando sottolinea che "la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental".

⁹⁵ F. Rubio Llorente, *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, 1979; P. De Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985.

⁹⁶ R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit.

⁹⁷ J. de Esteban, *Tratado de derecho constitucional*, Madrid, 2001; E-W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, 1993; L. Aguiar De Luque, *Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional Español*, in *RDP*, 18-19/1983; L. Martín-Retortillo Baquer, I. De Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988; A. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, III ed., Madrid, 1988; Id., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, IV ed. Madrid, 1991; Id., *Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española*, in *Documentación Administrativa*, 2005, 271-272; H. P. Schneider, *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, in Id., *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997; J.L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; F. Bastida Freijedo, *Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales*, in AA.VV., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2004; M. Carrillo, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, 1995; J. García Morillo, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, 1994; I. Trujillo, A.J. Trujillo Pérez, *Normatividad y vigencia de los derechos sociales*, in M.A. García Herrera, *Constitución y democracia*, País Vasco, 2003; J.M. Porras Ramírez, *Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional*, in F. Balaguer Callejón (cur.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004; C. De Cabo Martín, *El sujeto y sus derechos*, in M.A. Aparicio Pérez (cur.), *Derechos constitucionales y formas políticas*, Barcelona, 2011; P. Lucas Verdú, *Diritti e libertà fondamentali*, in AA.VV., *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Reggio Emilia, 1978; A.E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1984; M.F. Massó Garrote, *I diritti fondamentali e le libertà pubbliche nella Costituzione del 1978 e nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *I venti anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, Padova, 2000; A. Vendaschi, *Los derechos fundamentales nella Costituzione spagnola del 1978*, in *D.P.C.E.*, IV/2008; J.L. García Guerrero (cur.), *Los derechos fundamentales*, Valencia, 2013.

⁹⁸ F. Balaguer Callejón, *Soberanía popular y democracia en la Constitución española de 1978*, in *Revista de derecho político*, 27-28/1988, p. 99.

⁹⁹ E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, 1985, III ed.; V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

chiaro come, prevedendo l'art. 1.2 Cost. che "la sovranità nazionale risiede nel popolo spagnolo da cui emanano i poteri dello Stato" – più che l'esercizio da parte del popolo di una funzione costituente 'continua' (che al contrario si consuma al momento del voto sulla Costituzione, salvo a riespandersi al momento della sua eventuale revisione totale, se mai costituzionalmente legittima) – essa debba interpretarsi come finalizzata ad assicurare la legittimazione democratica dell'ordinamento costituzionale¹⁰⁰ e con esso dei relativi poteri. Con una simile formulazione (almeno nella prima parte della disposizione), è quanto recita lo stesso art. 1, comma 2, della Costituzione italiana, quando sancisce che il popolo esercita tale sovranità "nelle forme e nei limiti della Costituzione", operandosi in tal modo una chiara distinzione fra titolarità della sovranità, che rimane incardinata nello Stato, e suo concreto esercizio, che spetta al popolo nelle forme previste in Costituzione.

Rinviando oltre l'analisi alla trattazione che ne ha fatto la dottrina comparata quando ha effettuato l'analisi dello *Stato spagnolo come Stato di diritto* si sottolinea, in conclusione, come, a partire dal Preambolo della Costituzione, vengano chiaramente definite le finalità alle quali – desiderando, per come viene espressamente sancito, "stabilire la giustizia, la libertà, la sicurezza e la promozione del bene di quanti la compongono" – la Nazione spagnola è chiamata ad operare nell'esercizio della sua sovranità¹⁰¹. Oltre a garantire la convivenza democratica nei limiti della Costituzione e delle leggi e in conformità ad un giusto ordine economico e sociale, essa è chiamata a "consolidare lo Stato di diritto che assicuri la supremazia della legge come espressione della volontà popolare". In attuazione di tali finalità, l'art. 9.1 Cost., come è stato sottolineato in dottrina, fissa i principi generali che devono presiedere all'ordinamento giuridico al fine di assicurare la realizzazione di tali obiettivi/finalità, a partire dalla garanzia del principio di legalità, di gerarchia, di pubblicità delle norme, di irretroattività delle disposizioni restrittive dei diritti individuali, di certezza del diritto, di responsabilità e di divieto di arbitrio dei pubblici poteri. L'ampio catalogo di disposizioni costituzionali destinate a stabilire e a garantire le libertà pubbliche e i diritti fondamentali, la disciplina relativa all'organizzazione costituzionale dei poteri, con i relativi pesi e contrappesi, ed infine le disposizioni in tema di giustizia costituzionale positivizzano costituzionalmente le modalità per assicurare il rispetto dei principi fondamentali e dei valori posti a base dell'ordinamento costituzionale. L'insieme di tali valori, principi e disposizioni costituzionali – inserendosi nella tradizione di un costituzionalismo maturo –, in tal modo, fanno dell'ordinamento spagnolo un modello di democrazia avanzata nell'ambito del costituzionalismo europeo contemporaneo. In tali modalità trovano concreta attuazione le previsioni in tema di centralità del Parlamento e di primato della legge (principio di legalità, *rule of law*) poste fin dalle origini dello Stato liberal-democratico e che avevano portato ad una originale elaborazione dottrinarica (unitamente alla dottrina costituzionale francese, tedesca e italiana), e al contempo al perfezionamento del principio di legalità, con l'affermazione di un principio di costituzionalità che sottopone a controllo di costituzionalità la legge, limitando in tal modo la stessa sovranità del Parlamento e con essa muovendo verso un modello di Stato di diritto costituzionale.

3. Attuazione e crisi dello Stato sociale, democratico e di diritto nel costituzionalismo contemporaneo

L'attuazione del modello di Stato sociale ha sollevato problematiche di effettività nel costituzionalismo contemporaneo, che sono state oggetto di approfondimento critico da parte della dottrina costituzionale, comparata ed europea¹⁰².

¹⁰⁰ F. Balaguer Callejón, *Soberanía popular*, cit., p. 111.

¹⁰¹ Per un'attenta analisi della Costituzione spagnola alla luce dei primi 40 anni, fra gli altri, cfr. anche M. Iacometti e C. Martinelli (cur.), *La Costituzione spagnola quarant'anni dopo*, Rimini, 2020.

¹⁰² C. Mortati, *Nozioni sulle forme di Stato*, cit.; J. De Esteban, *La función transformadora de las Constituciones occidentales*, in AAVV, *Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales*, Madrid, 1977; E. Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1981.

Prima ancora che nella direzione impressa all'indirizzo politico da parte dei governi nell'ottica delle misure di contrasto della crisi economica, esse sono date fundamentalmente dalla crisi di solidità del bilancio pubblico e dunque dalla (sostanziale) messa in questione della compatibilità economica nella spesa pubblica necessaria per garantire l'effettività del godimento dei diritti fondamentali (sociali ma non solo) da parte dei rispettivi titolari; se, infatti, il sistema economico entra in crisi e i redditi non vengono più prodotti nella misura prevista, le finalità (redistributive) dello Stato sociale (in modo inevitabile) diventano irrealizzabili dal punto di vista della sua attuazione legislativa¹⁰³, a poco potendo, in senso contrario, le garanzie assicurate dalla stessa protezione giurisdizionale. Unitamente alle tematiche presenti dovute ai tentativi di limitare i rischi di diffusione della guerra (per non parlare delle minacce del ricorso all'arma atomica all'interno di tale diffusione), le problematiche poste dallo Stato sociale, in tal modo, rinviando al tema centrale attualmente in discussione nel dibattito costituzionale (giuridico e politico) statale, europeo e internazionale circa gli effetti prodotti sulle politiche pubbliche dai processi di globalizzazione dell'economia¹⁰⁴ e dalle misure economiche (nazionali ed europee, fra cui ora soprattutto il *Fiscal Compact*) di contrasto della crisi. Si tratta in breve della tematica della funzionalità complessiva dello Stato rispetto alla struttura politica e giuridica (nel contesto da tempo aperto a processi viepiù crescenti di integrazione europea e di mondializzazione dell'economia), senza di che l'obiettivo di assicurare i principi della giustizia sociale viene posto seriamente in questione¹⁰⁵. Il problema dello Stato sociale, così – in Spagna come in Italia e negli altri Paesi europei, sia pure in modo diverso – era (ed è) posto nei suoi termini fondamentali, per come costituiti – oltre che dalla disponibilità di risorse dell'Erario attingibili con la imposizione fiscale – dalla stessa qualità rappresentativa della democrazia, dall'adeguatezza delle misure utilizzate per la tutela degli interessi rappresentati e, al contempo, dalla trasparenza per assicurare il regolare ed efficace funzionamento degli istituti rappresentativi rispetto alle pressioni degli interessi sezionali in campo (talora occulti e illeciti), in una parola dall'effettività del principio democratico

La concreta evoluzione registrata nei sistemi politici e istituzionali dei Paesi europei (e fra essi, in particolare, nello Stato spagnolo e in quello italiano) consente di osservare che le intuizioni appena evocate non sembrano aver trovato ascolto nel ceto politico e nelle stesse prassi costituzionali. Al modello concreto i Stato sociale perseguito dalla prassi legislativa tende, così, sia pure con gradualità, ad affiancarsi, con la giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali e in tema di eguaglianza (formale e sostanziale)¹⁰⁶, un nuovo modello che s'ispira ai principi e ai valori costituzionali di riequilibrio sociale, di decentramento¹⁰⁷ e di tutela del pieno sviluppo della persona umana; un modello che, sotto più profili, sembra volto a correggere i limiti legislativi dello Stato sociale (e quelli connessi con la sua stessa connotazione di Stato amministrativo)¹⁰⁸, restituendo maggiore pregnanza alla formula (che

¹⁰³ C. Mortati, *Le forme di governo*, cit., pp. 63-64, su cui cfr. V. Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenientes. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, 2014.

¹⁰⁴ P. de Vega, *Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual*, in *REP*, 100/1998; C. de Cabo, *La crisis del Estado social*, cit.; N. Bobbio, *Crisis de la democracia*, Barcelona, 1985; L. Parejo, *Estado social y administración pública*, Madrid, 1983; U. Allegretti, *Globalizzazione e sovranità nazionale*, in *Dem. e dir.*, 1998; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Bari, 2002; S. Gambino (cur.), *Diritti sociali e crisi*, cit.

¹⁰⁵ C. Amirante, *Unioni sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*, Torino, 2001.

¹⁰⁶ E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (cur.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Torino, 2014; G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2007; J.C. Gavara De Cara, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, 2010; E. Diciotti, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quad. cost.*, 4/2004.

¹⁰⁷ J.J. Solozábal Echevarría, *El Estado social como Estado autónomico*, in *Teoría y realidad constitucional*, 3/1999; Id., *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*, 71/1991; J.L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; A.J. Porras Nadales, *Estado social y Estado autónomico*, in *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Madrid, 1997; G. Ruiz-Rico Ruiz, *Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española*, in *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*, 71/1991; Id., *El Estado social autónomico*, cit.

¹⁰⁸ C. de Cabo, *La crisis del Estado social*, Madrid, 1986; Id., *Democracia y derecho en la crisis del Estado social*, in *Sistema*, 118-119/1994; C. Offe, *Contradicciones en el Estado del bienestar*, Madrid, 1990; J. Corcuera, M. A. García Herrera, *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1988.

non è solo del Forsthoff) dello 'Stato sociale di diritto'¹⁰⁹. Un modello di Stato – questo – che è sempre più condizionato dall'economia e dalla politica e nel quale, come si è fatto osservare in modo convincente, "il fondamento dei diritti sociali non è ormai più – a quanto pare – nella carta costituzionale (o in altri documenti normativi ancora, anche di origine esterna) ma solo nelle risorse disponibili"¹¹⁰. Non può non cogliersi, in tale ottica, come alla crisi della legge e del Parlamento, nella direzione di modelli neo-corporativi¹¹¹ (e di sprechi improduttivi della spesa pubblica), l'ordinamento abbia risposto con un evidente rafforzamento del potere esecutivo rispetto a quello legislativo, che sancisce un processo di trasformazione ormai avanzato nell'equilibrio dei poteri dello Stato costituzionale contemporaneo, con la connessa svalutazione delle funzioni di garanzia effettiva dei diritti da parte dei parlamenti nella direzione di una maggiore effettività delle garanzie giurisdizionali ad opera dei giudici ordinari, costituzionali, europei¹¹².

Ne segue – come è stato lucidamente sottolineato – che, come negli ordinamenti liberal-democratici era alla legge che si doveva la piena tutela dell'eguaglianza dei soggetti e dei diritti previsti nella Costituzione e nelle leggi, al contrario, "un ordinamento fondato sul bilanciamento del principio di libertà (positivo) e quello di eguaglianza porta inevitabilmente ad accrescere l'importanza della 'giustizia politica' e a riconoscere in via di principio un'interpretazione 'attivistica' del ruolo del giudice, in quanto questo è chiamato spessissimo ad operare bilanciamenti di valore e, in particolare, a mediare 'ragionevolmente' fra istanze di libertà e esigenze sociali, fra diritti individuali e diritti sociali [...] Come nel classico Stato di diritto liberale la clausola libertà-proprietà fungeva da principale criterio di ripartizione delle competenze (fra legislazione ed amministrazione) e da principio d'ordine nel processo decisionale, così in quello democratico i 'diritti sociali', al pari di quelli di libertà, giocano un ruolo importante, non solo nella ripartizione delle attribuzioni (es. riserva di legge) ma soprattutto nel riequilibrio delle posizioni dei soggetti coinvolti nel complesso processo decisionale dei nostri tempi"¹¹³. In tale ottica, le logiche compromissorie su cui si sono attardati nella metà di secolo che abbiamo alle spalle i partiti politici sono apparse inidonee a flettere le prospettive fortemente avanzate dei principi e dei valori costituzionali alle esigenze molto più concrete e sezionali degli interessi in campo e alle ideologie sempre più liberistiche che hanno accompagnato tale processo, ponendo gradualmente in un cono d'ombra le politiche pubbliche neo-keynesiane (della spesa pubblica come motore di propulsione dell'economia e come riattivazione del mercato del lavoro). La crisi economica, in atto ormai da più di un trentennio, conferma tale lettura, manifestando fra i suoi effetti un impoverimento di quote crescenti del corpo sociale, l'arricchimento di quote molto ristrette (vere e proprie élites economiche) della società, cambiamenti nel funzionamento degli organi costituzionali (rispetto agli equilibri, nel modello costituzionale, previsti per la forma di Stato e per la forma di governo). L'esito complessivo di tale evoluzione porta a prendere atto che le costituzioni

¹⁰⁹ E. Forsthoff, *La Repubblica Federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1956, nonché (nella traduzione italiana a cura e con Introduzione di C. Amirante) *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973; Id., *Concepto y esencia del Estado social de derecho*, in AA.VV., *El Estado social*, Madrid, 1986; Id., *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, 1975; P. De Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985; W. Schmidt, *I diritti sociali nella Costituzione della R.F.T.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981; Id., *La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social*, in J. Corcuera Atienza, M.A. García Herrera (cur.), *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1988.

¹¹⁰ A. Ruggeri, *Crisi economica*, cit.; C. Salazar, *Crisi economica*, cit.; A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it); Id., *Brevi note sulla giustiziabilità dei diritti sociali*, cit.; L. D'Andrea, *Diritto costituzionale e sistema economico: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro*, Torino, 2011; L. Trucco, *Livelli essenziali*, cit.; A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1/2014; S. Gambino, W. Nocito, *Crisi finanziaria e diritti fondamentali fra trasformazioni del costituzionalismo e incertezze sul futuro europeo*, in B. Caruso, F. Fontana, *Lavoro e diritti nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, 2014.

¹¹¹ M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977; M. Bassols, *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1985; J. Corcuera, M.A. García Herrera (dir.), *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1988; A. Porras Nadas, *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Barcelona, 1988.

¹¹² S. Gambino, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti*, in *Federalismi*, 13/2014 (www.federalismi.it)

¹¹³ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., p. 10.

contemporanee sono rimaste spesso inattuato rispetto alle previsioni e ciò in particolare nei valori/principi ispiratori del costituzionalismo sociale contemporaneo e (fra essi) nella effettività assicurata ai principi di eguaglianza sostanziale in essi sanciti.

In presenza della crisi economica che incide sui singoli Paesi e sull'intera economia europea¹¹⁴, la discrasia tra mezzi e fini che corrode l'architettura ideale del costituzionalismo democratico risulta particolarmente evidente, intensa e problematica quanto agli effetti che produce nel processo di 'destrutturazione' dello Stato sociale¹¹⁵, in atto da più tempo (sia pure con intensità e gradi differenziati nei Paesi europei). Con la crisi del sistema economico e del mercato del lavoro, così, lo Stato sociale si manifesta sempre più come una forma di Stato che proclama i diritti di tutti ma senza poterne sempre assicurare l'effettività¹¹⁶. La crisi economica, in tale scenario, si connota come idonea a travolgere la stessa sovranità degli Stati, erodendo, al contempo (sia pure con gradualità differenziate da Paese a Paese), gli stessi diritti fondamentali (soprattutto ma non solo) sociali, il loro statuto inderogabile di diritti di cittadinanza¹¹⁷, risultando in tale ottica fortemente condizionati/limitati i margini di decisione dei legislatori nazionali¹¹⁸ a causa della necessità di rispettare i vincoli di equilibrio-pareggio di bilancio ora positivizzati costituzionalmente al fine della relativa conformazione alle aspettative europee¹¹⁹ e risultando, nel fondo, condizionata la stessa protezione giurisdizionale¹²⁰.

La crisi dello Stato sociale, in tale ottica, non rappresenta solo il fallimento di un modello politico di economia che vanta il merito storico di aver consentito l'equilibrio sociale in regime capitalistico ('l'incivilimento del conflitto'), ma rappresenta anche l'appannamento (se non anche il tendenziale disfacimento) di uno Stato costituzionale che assume la dignità dell'uomo come suo punto di partenza storico-culturale e che fissa una scala di valori irrinunciabili (in quanto inderogabili) come base di questa dignità e come linea direttrice del proprio sviluppo¹²¹. Risiedendo nel condizionamento finanziario delle politiche pubbliche redistributive volte a dare attuazione al progetto costituzionale dell'eguaglianza e della giustizia sociale e a garantire l'effettività dei diritti (sociali ma non solo), così, la crisi dello Stato sociale si manifesta non solo come 'crisi fiscale dello Stato'¹²² (per come appariva alcuni decenni addietro) bensì come crisi costituzionale, come vera e propria crisi democratica¹²³. A fronte della riduzione delle risorse pubbliche e dunque della limitazione delle prestazioni amministrative erogabili dalle istituzioni statali e territoriali, risulta compromessa la stessa esigibilità (e con essa la giustiziabilità) dei diritti fondamentali sociali, caratterizzandosi – questi ultimi – come situazioni giuridiche finanziariamente condizionate (non sempre risultando evidente, comunque, se si tratti di un mero condizionamento materiale e non anche formale)¹²⁴ e ponendo comunque le corti

¹¹⁴ F. Balaguer Callejón, *El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social*, in J.L. Monero Pérez, C. Molina Navarrete, M.N. Moreno Vida (cur.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, 2002; G. Guarino, *Cittadini europei e crisi dell'Euro*, Napoli, 2014.

¹¹⁵ M. García Pelajo, *El Estado social y sus implicaciones*, in Id., *Obras completas*, II, Madrid, 2009, p. 1603 ss.; Id., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1997; A. Garrorena Morales, *El Estado español*, cit.

¹¹⁶ G.U. Rescigno, *La distribuzione della ricchezza nazionale*, E. Pugliese, *Le prestazioni sociali*, ambedue in M. Ruotolo (cur.), *La Costituzione ha sessant'anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008.

¹¹⁷ M. Luciani, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'Unità nazionale*, in *Scritti in onore di Jorge Miranda*, Lisbona, 2012; S. Gambino, *Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell'Unione*, in *La cittadinanza europea*, 2/2013.

¹¹⁸ I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi*, cit.; D. Tega, *I diritti sociali*, cit.; M. Benvenuti, *Diritti sociali*, cit.

¹¹⁹ D. Mone, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *Rivista Aic*, 3/2014 (www.rivistaaic.it).

¹²⁰ P. Bianchi (cur.), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, Pisa, 2006.

¹²¹ L. Carlassare, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1/1995; F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011; F. Fernández Segado, *La dignità della persona*, cit.; G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della persona*, cit.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991.

¹²² J. O'Connor, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, 1977.

¹²³ R.L. Blanco Valdés, *Il valore della Costituzione*, cit.

¹²⁴ A. Spadaro, *I diritti sociali*, cit.; C. Salazar, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.: un 'viaggio al termine della notte'?*, in G. Ferrari (cur.), *I diritti fondamentali*, cit.; C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in

costituzionali di fronte al vincolo oggettivo delle risorse disponibili e dei nuovi vincoli della finanza pubblica ora positivizzati (e rafforzati) nelle recenti novelle costituzionali. Tali nuove previsioni costituzionali limitano – ancor di più rispetto a quanto non fosse previsto in passato – l'eventuale adozione di sentenze additive¹²⁵, divenute oramai, tecniche decisorie, che pur se utilizzate dal giudice costituzionale, non sono impiegate in tema di diritti sociali, almeno con la stessa intensità¹²⁶.

Se la dottrina costituzionale non pare esprimere incertezze circa la natura precettiva dei diritti costituzionali (soprattutto sociali) e, pertanto, circa la loro diretta azionabilità quali situazioni giuridiche costituzionalmente garantite¹²⁷ e la relativa tutelabilità anche a fronte di vincoli economici, la giurisprudenza delle corti costituzionali nei Paesi europei (sia pure in modo differenziato da Paese a Paese) – fondandosi su una interpretazione sistematica delle singole disposizioni costituzionali di protezione dei diritti in combinato disposto con il principio di eguaglianza (formale e sostanziale) e con il principio di assoluta inderogabilità della dignità umana¹²⁸ – afferma la fondamentale garanzia dei diritti costituzionali quale connotato indefettibile della forma di Stato, pur dovendosi sottolineare in tale giurisprudenza l'apprezzamento della necessaria gradualità della protezione, della discrezionalità del legislatore ed infine, più di recente, delle esigenze costituzionali (di equilibrio) della finanza pubblica¹²⁹, che comportano in modo inevitabile un impatto limitativo sulla erogazione di prestazioni amministrative e della stessa protezione giurisdizionale accordata ai diritti sociali limitatamente al nucleo essenziale degli stessi, secondo un parametro costituzionale, quello della dignità umana¹³⁰, che tuttavia appare sufficientemente incerto quanto alla sua fungibilità come parametro di valutazione nel bilanciamento con altri beni costituzionali, ovvero come bilancia sulla quale produrre il bilanciamento¹³¹.

La lunga esperienza delle costituzioni del '900, iniziata con la riappropriazione dell'economico da parte del politico, sembra chiudersi, così, sulla scia di uno Stato sempre meno sovrano, sempre più

Giurisprudenza costituzionale, 4/2011; F. Angelini, M. Benvenuti (cur.), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012; D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; S. Gambino, *I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in *Federalismi*, 24/2012 (www.federalismi.it).

¹²⁵ C. Lavagna, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984; G. Guarino *Le sentenze costituzionali manipolative*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1967; L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81-luglio '85)*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, pp. 299-321; C. Colapietro, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1991; F. Politi, *L'applicazione delle additive di principio da parte dei giudici comuni e l'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità*, E. Lamarque, *Il "seguito" delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudici comuni*, ambedue in AA.VV., "Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli, 2006, pp. 181-197 e pp. 87-106; G.P. Dolso, *Le sentenze additive di principio. Profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 6/1999.

¹²⁶ R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014.

¹²⁷ A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, cit.

¹²⁸ J. Gonzales Pérez, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986; G. Rolla, *Il principio della dignità umana. Dall'art. 10 della Costituzione spagnola al nuovo costituzionalismo iberoamericano*, in F. Fernández Segado (ed.), *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, 2003; L. Sánchez Agesta, *El sistema político de la Constitución Española*, Madrid, 1980; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in V. Angiolini (cur.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992; P. Häberle, *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, in M. Luciani (cur.), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1994.

¹²⁹ A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit.; C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale*, cit.; M. Benvenuti, *Diritti sociali*, cit., p. 261 ss.; C. Salazar, *Dal riconoscimento*, cit., p. 127; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti*, cit., p. 175 ss.; A. Ruggeri, *La Corte costituzionale davanti alla politica (nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti della giurisprudenza in tema di fonti)*, in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2010; D. Messineo, *Garanzia del contenuto essenziale e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit.

¹³⁰ Come il Giudice costituzionale italiano sottolinea espressamente in tale ottica (nel considerato in diritto 5 della sent. n. 304 del 1994, la Corte ha ripetutamente affermato che "nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al 'diritto ai trattamenti sanitari' (art. 32 della Costituzione) entra anche la considerazione delle esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica. Non v'è dubbio che, se queste ultime esigenze, nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore, avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa". (corsivi nostri)

¹³¹ S. Gambino (cur.), *Il federalismo fiscale in Europa*, cit.

spettatore inerme e cassa di risonanza dei grandi processi economici e decisionali, che si snodano al di là dei suoi confini geopolitici e che gli sfuggono con il loro dinamismo, sovrastandolo con la loro portata e rendendo incerti i suoi processi decisionali. Nato per governare l'economia, insomma, lo Stato sociale finisce per piegarsi alle sue esigenze, alle sue tendenze, alle sue forze; forze che si sommano e si fertilizzano, determinando la crisi dello Stato sovrano e, con esso, anche il (rischio di) disfacimento del mondo democratico, delle sue istituzioni, delle sue leggi. All'affermazione del processo di mondializzazione dei processi economici corrisponde infatti una crisi della sovranità degli Stati contemporanei surrogata dalla crescente centralità del mercato e del contratto come categorie paradigmatiche di un nuovo costituzionalismo 'conservatore', che si presentano come tali da fondare nuove interpretazioni delle stesse norme costituzionali che erano state poste alla base delle modellistiche di Stato sociale nelle costituzioni europee del secondo dopoguerra¹³². La latitudine della crisi in cui si dibatte lo Stato contemporaneo come Stato costituzionale (*sociale, democratico, di diritto*) sospinge, così, a ripensare i *topoi* classici del costituzionalismo, ossia i limiti imposti costituzionalmente a tutti i poteri a tutela dei diritti fondamentali (e in tale ottica anche a ripensare agli stessi limiti del costituzionalismo sganciato dai suoi luoghi classici, vale a dire del costituzionalismo disgiunto dalla statualità, limiti particolarmente evidenti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di 'costituzionalismo multilivello', nonché in materia di livelli di protezione di diritti fondamentali sociali, soprattutto in ambito gius-lavoristico)¹³³, e in materia processual-penalistica¹³⁴ e, se possibile in modo ancora più netto, nelle motivazioni critiche opposte all'adesione dell'Unione alla CEDU (ai sensi dell'art. 6.2 del TUE) da parte della CGUE nel suo (lungo) parere n. 2/2013¹³⁵.

Se la destrutturazione della sovranità e la decadenza del *Welfare State* hanno alterato profondamente i tratti originari dello Stato costituzionale, tale diminuita capacità d'intervento e di controllo dell'economia finisce per privare partiti e parlamenti degli strumenti e degli obiettivi tradizionali della rappresentanza e della decisione politica, accentuando in tal modo, nel nuovo secolo quella crisi degli attori e degli istituti rappresentativi nei quali è possibile leggere anche il declino dello Stato contemporaneo come 'Stato dei partiti' e del modello di democrazia rappresentativa e partecipativa che ne sta alla base¹³⁶. Strutturalmente inadeguati a rappresentare e a mediare i nuovi conflitti e i nuovi cleavages della società post-industriale, i protagonisti assoluti della democrazia rappresentativa della metà di secolo ormai alle spalle, gradualmente, smettono di essere i detentori esclusivi della funzione di raccordo tra Stato e società¹³⁷. Tale funzione finisce, infatti, per essere talora superata, talora compressa, tanto sul piano delle domande sociali, che spesso trovano canali di democrazia diretta, quanto sul piano dei processi di formazione degli orientamenti collettivi che, sempre più basati sulle immagini e sui messaggi diretti di una politica mediatizzata e personalizzata, si allontanano dalle forme e dagli strumenti tradizionali della comunicazione e dell'agire politico. Tendenze 'plebiscitarie' e tendenze 'pubbliche' della democrazia, insomma, che scardinano il monopolio partitico della rappresentanza degli interessi e sollecitano processi revisionistici delle loro identità e del loro agire.

¹³² C. Amirante, *Unioni sovranazionali*, cit.

¹³³ S. Gambino, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurolunitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012; Id., *Diritti sociali e libertà economiche nelle costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, in A. Ruggeri (cur.), *Crisi dello Stato nazionale*, cit.; B. Guastaferrò, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e 'controlimiti europeizzati'*, in *Quad. cost.*, 1/2012.

¹³⁴ Come testimonia il caso *Melloni*, su cui, fra gli altri, cfr. almeno M. Iacometti, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio Aic*, ottobre 2013 (www.osservatorioaic.it); S. Gambino, *Livello di protezione*, cit.

¹³⁵ Parere emesso dalla CGUE (Seduta plenaria, 18 dicembre 2014), ai sensi dell'art. 218.11 TFUE, su cui cfr. L. S. Rossi, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU. Scontro fra Corti?*, in *Sidi-isil* (www.sidi-isil.org).

¹³⁶ A. Cantaro, *Dopo la democrazia dei partiti*, in *Democrazia e diritto*, 1995, 2; M. Dogliani, *Il partito come strumento della separazione della politica dall'economia*, in *Democrazia e diritto*, 1-2/2011.

¹³⁷ Sul punto, fra gli altri, cfr. anche S. Gambino, *Il ruolo dei partiti politici e la legge elettorale, fra storia costituzionale del Paese e attualità*, in *Rivista Aic*, 2/2013 (www.rivistaaic.it); Id., *Partiti politici, forma di governo e forma di Stato (di democrazia pluralista)*, in *Astrid Rassegna*, 11/2013; F. Raniolo, *I partiti politici*, Roma-Bari, 2013.

Tali processi, tuttavia, ridimensionano, ma non annullano, gli spazi di quei partiti che in modo più o meno adeguato hanno rappresentato per più di una metà di secolo l'impalcatura materiale dello Stato costituzionale – il *Parteienstaat*¹³⁸ –, schiudendo, nello scenario delle prime decadi del millennio, nuovi, quanto ambigui (e pericolosi), orizzonti per la democrazia.

La crisi della sovranità, la decadenza del *Welfare*, la *débauche* del *Parteienstaat*, in breve, hanno alterato profondamente i tratti di questa forma di Stato e di questa democrazia con ovvie ed evidenti conseguenze per il positivo perseguimento delle finalità statali, per il reale funzionamento delle istituzioni, per la garanzia delle libertà individuali e collettive, in breve, per l'effettività dell'insieme delle funzioni (garantistiche, regolative e redistributive) dello Stato costituzionale. La crisi della statualità contemporanea, così, si presenta come qualcosa di più e di diverso di un momento di difficoltà dello Stato analogo a quello di cui parlava Santi Romano all'inizio del secolo scorso, in quanto pone in gioco aspetti della civiltà e della cultura considerati a lungo come un patrimonio definitivamente acquisito, un *acquis* storico-costituzionale assistito perfino dalla qualificazione di 'clausola di eternità', secondo qualificazione di autorevole dottrina¹³⁹. La crisi della statualità, in altri termini, ha infranto e (tuttora) inficia la storica pretesa di limitare il potere attraverso il diritto, riaprendo, con l'evanescenza dei diritti sociali (ma non solo), vecchie questioni di libertà e nuovi problemi di democrazia. Questo cambiamento strutturale dello Stato tende insomma a creare una 'costituzione materiale' sempre più distante da quella formale e a trasformare quest'ultima in un "ordinamento parziale", in una rete che imbriglia solo una parte dei poteri e delle tendenze che determinano il reale funzionamento dello Stato e il concreto rendimento del sistema democratico¹⁴⁰.

Se da tale quadro (generale e considerevolmente astratto) ci distacciamo per accostarci alle prospettazioni costituzionalistiche focalizzate sull'effettività delle garanzie dei diritti fondamentali, soprattutto sociali, è da affermarsi che – se considerata dalla prospettiva della crisi in atto (europea, finanziaria, statale ma anche territoriale) – la crisi della sovranità costituisce un problema non solo per gli Stati, ma anche per gli individui e per il loro statuto di cittadinanza¹⁴¹. Come è stato lucidamente sottolineato "l'idea che la crisi della sovranità sia un problema solo per gli stati non è accettabile ... essa è un problema innanzitutto per le persone perché senza sovranità i loro diritti politici (e non solo) non sono garantiti e le politiche redistributive non si possono attuare"¹⁴². La 'crisi della sovranità'¹⁴³, così, non costituisce un problema solo per gli Stati, ma è anzitutto un problema costituzionalmente pregnante per i cittadini e per l'effettività del relativo statuto di cittadinanza.

In altri termini, la questione non starebbe nel convenire o meno sulla bontà e sull'adeguatezza delle misure individuate dai governi europei per far fronte alla crisi finanziaria in atto quanto piuttosto nel prendere atto di come la cornice regolativa esterna agli Stati vincoli la disponibilità decisionale e finanziaria dei governi e dei parlamenti nazionali nel governo della spesa pubblica compatibile e rispettoso dei principi costituzionali (sotto il profilo del prelievo tributario e della progressività costituzionalmente sanciti).

Tuttavia, resta un problema aperto ed è quello dell'esistenza di una rilevante spesa pubblica improduttiva e di come gli indirizzi e le responsabilità politiche all'interno della forma di Stato e di governo del Paese possano indirizzare e governare le politiche pubbliche che quella spesa possano ridurre od aumentare, a scapito del godimento dei diritti dei cittadini e della qualità della vita delle

¹³⁸ S. Gambino, *Partiti politici e Parteienstatat*, in *Politica del diritto*, 2/2018.

¹³⁹ M. Dogliani, *Clausole di eternità e revisione totale nel pensiero di Peter Häberle*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (cur.), *Le revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 2007; A.A. Cervati, *La revisione costituzionale*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997.

¹⁴⁰ G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (cur.), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996.

¹⁴¹ AA.VV., *Diritti di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, 2010.

¹⁴² M. Luciani, *Sovranità*, cit., p. 164; Id., *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'Unità nazionale*, Relazione al Convegno su *Sviluppo capitalistico e unità nazionale. Le forme economiche, politiche e culturali dell'unità nazionale e della sua crisi*, Roma, 25-27 maggio 2011.

¹⁴³ L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 1997; G. Silvestri, *La parabola*, cit.; Id., *Lo Stato senza principe*, cit.; L. Ventura, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Torino, 2014; M. La Torre, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Torino, 2004.

persone. La crisi dello Stato sociale risiede, in breve, nel condizionamento finanziario esterno delle politiche pubbliche redistributive chiamate a dare attuazione al progetto costituzionale dell'eguaglianza e della giustizia sociale; beni costituzionali – questi – che non costituiscono concessioni *octroyées* (Stato provvidenza) ma obbligazioni giuridiche (dello Stato costituzionale sociale). A fronte di tale condizionamento della discrezionalità legislativa e di bilancio degli Stati, imposta (o meglio auto-imposta) dalle istituzioni europee, il rischio evidente, dunque, è che i diritti, e non necessariamente solo quelli sociali, non disporranno di risorse pubbliche idonee a sostenere i corrispondenti servizi pubblici attuativi delle funzioni pubbliche cui sono riferite.

A fronte di un simile scenario di riduzione delle risorse pubbliche disponibili, così, risulta compromessa la stessa giustiziabilità dei diritti fondamentali (sociali e non solo). Tale rischio appare ancora più evidente quando si rifletta all'attuazione delle (discutibili) previsioni accolte nel novellato art. 81, VI co., Cost., che rinvia alla legge il compito di disciplinare, per il complesso delle amministrazioni pubbliche, le modalità che, nelle fasi avverse del ciclo economico, lo Stato deve seguire per concorrere “ad assicurare il finanziamento da parte degli altri livelli di governo dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali”¹⁴⁴.

Un simile condizionamento impatta negativamente sulla stessa esigibilità dei diritti fondamentali, trasformandoli in ‘diritti finanziariamente condizionati’ e scaricando sui giudici di ultima istanza (Corte costituzionale, Corte di cassazione, Corte di Giustizia dell'Unione Europea ma anche Corte europea dei diritti dell'uomo) la decisione sul bilanciamento fra sostenibilità finanziaria ed effettività del godimento del diritto sociale¹⁴⁵. Il rischio evidente, in tale prospettiva, non è tanto la riscrittura di un ‘modello sociale europeo’¹⁴⁶ – mai effettivamente costruito e praticato – quanto piuttosto l'impatto svalutativo del *rigorismo* europeo sul *welfare* nazionale e sull'insieme dei diritti sociali. In tale quadro, già inveratosi in alcuni Paesi europei, il diritto alla salute e all'assistenza sociale, il diritto all'istruzione, i diritti previdenziali e i diritti del lavoro (pubblico e privato) registrano evidenti *regressioni* costituzionali nella misura in cui il rigore delle politiche di bilancio limita in modo rilevante la spesa delle amministrazioni (e l'effettività dei diritti sociali in termini di soddisfazione dei ‘bisogni essenziali’)¹⁴⁷; ciò, invero, risulta particolarmente osservabile non in tutti i Paesi europei ma nella sola parte più debole del continente europeo. Alla luce del complesso delle richiamate misure di coordinamento fiscale europeo (*in primis* del *Fiscal Compact*), la crescita della disuguaglianza riguarda, così, non solo gli Stati ma i cittadini europei, con effetti sia sulla eguaglianza interpersonale che su quella interterritoriale.

Ai cambiamenti della costituzione economica ed al rischio di una cesura (nella forma di Stato) e di un'asimmetria fra fatto e diritto, fra costituzione formale e costituzione materiale, fra norma costituzionale e prassi legislativa concorrono poi, su un distinto livello, le attuali *regressioni* costituzionali nel campo del diritto e dei diritti del lavoro e dei rapporti fra impresa, lavoratori e rappresentanze sindacali e datoriali che, alla luce delle più recenti legislazioni e delle evoluzioni giurisprudenziali della Corte di giustizia dell'Unione europea, risultano sollevare più di un dubbio sulla vera natura del *multilevel constitutionalism*.

Con riguardo alla giurisprudenza europea da ultimo richiamata, i problemi si pongono sia sul piano interno che a livello europeo, atteso che la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, ora incorporata nei trattati Ue, pur garantendo una protezione *multilevel* dei diritti (art. 53 Carta) non conforma uno *standard* (chiaro e rispettoso delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione) europeo di garanzie nel campo dei rapporti di lavoro con i relativi bilanciamenti¹⁴⁸. Permane anzi e

¹⁴⁴ A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, 3/2013.

¹⁴⁵ C. Salazar, *Crisi economica*, cit.

¹⁴⁶ F. Mancini, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *RDE*, 3/1989. Sul punto cfr. anche il nostro *I diritti sociali e l'Unione Europea*, in *Revista do Direito*, 43/2014.

¹⁴⁷ C. Salazar, *Crisi economica*, 4; A. Spadaro, *I diritti sociali*, cit.; A. Ruggeri, *Crisi economica*, cit.

¹⁴⁸ S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003; C. Salazar, *I diritti sociali*, cit.; G. Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione*, cit.; G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, cit.

s'ispessisce l'interrogativo se si possa o meno riconoscere alla sola Corte di Giustizia dell'Unione l'interpretazione in ultima istanza delle garanzie previste nei trattati europei e nelle costituzioni nazionali, relativamente al bilanciamento fra libertà economiche positivizzate nel diritto dell'Unione e diritti economici garantiti nelle costituzioni nazionali¹⁴⁹. L'asimmetria osservabile nella più recente giurisprudenza del Giudice dell'Unione con riguardo al parametro utilizzato e soprattutto agli esiti dei bilanciamenti operati nella garanzia dei diritti fondamentali sociali (dei lavoratori e dei datori di lavoro), fra livelli costituzionali nazionali e Unione europea, richiama in modo inevitabile, in tal modo, l'attenzione della dottrina costituzionale sui limiti necessari da opporre ad una pretesa *primaute* generalizzata del diritto dell'Unione sul diritto costituzionale nazionale delle libertà e dei diritti per come garantiti nelle costituzioni nazionali¹⁵⁰. Considerato dall'ottica costituzionalistica, la prospettiva complessiva cui sembra orientato un simile indirizzo giurisprudenziale pare perfino (pro)porsi come (rischio di) svuotamento (almeno parziale) dei contenuti dei diritti economici costituzionalmente positivizzati, atteso che essi evidenziano, in tale lettura giurisprudenziale, un minore tasso di resistenza nei confronti della *vis expansiva* delle libertà economiche europee. Un simile indirizzo giurisprudenziale del Giudice dell'Unione rileva problematicamente anche nell'ottica degli effetti nel tempo e nello spazio di una simile interpretazione del diritto dell'Unione in generale e ora (con il Trattato di Lisbona) dello stesso art. 4.2 del TUE (sulle identità nazionali politiche e costituzionali), nella misura in cui l'interpretazione dei trattati così effettuata da parte della Corte UE non può non condizionare gli stessi giudici nazionali al momento della valutazione della "legittimità di un'azione collettiva alla luce del diritto comunitario"¹⁵¹, trasferendo in tal modo un approccio ermeneutico fondato sui trattati alla dinamica interpretativa della stessa giurisprudenza dei giudici nazionali e delle stesse corti costituzionali al momento di operare bilanciamenti fra libertà di azione collettiva e libertà di circolazione. Quest'ultima, invero, potrà/potrebbe costituire l'occasione opportuna al fine di poter comprendere il grado di definitività (o meno) della compenetrazione (in assenza di idonee procedure costituenti alla base del diritto costituzionale comune dell'Unione) fra ordinamento dell'Unione e ordinamento costituzionale interno per quanto concerne quella risalente (e formalmente immutata) dottrina della Corte costituzionale (sui 'controlimiti') volta a proteggere i principi e le disposizioni costituzionali nazionali in tema di diritti fondamentali¹⁵². Una citazione può aiutarci a concludere l'approccio fin qui seguito. Pur essendo la riflessione sulle sentenze *Viking* e *Laval* debitrice di ordinamenti diversi da quello italiano ed anche dalle esperienze più mature in termini di protezione dei diritti sociali secondo *standard* elevati, l'indirizzo della Corte dell'Unione non può non sollevare più di una preoccupazione con riguardo specifico alla tenuta e all'effettività della tutela dei diritti sociali in ambito gius-lavoristico. Non può infatti non inquietare – come è stato convincentemente osservato – quella "prospettiva di vedere in un futuro prossimo i piedi della Corte [...] affondati nel piatto della

¹⁴⁹ Si richiama in tale ottica una giurisprudenza della Corte di Giustizia pluriannotata nella dottrina interna ed europea: *Viking* (causa C-438/05, 11 dicembre 2007), *Laval* (causa C-341/05, del 18 dicembre 2007), *Rüffert* (causa C-346/06, 3 aprile), e *Commissione c/Lussemburgo* (causa C-319/06, del 19 giugno 2008); G. Azzariti, *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e Corte di giustizia dell'Unione europea*, in C. Salvi (cur.), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012.

¹⁵⁰ S. Gambino, *Ambiti e limiti della tutela multilevel dei diritti fondamentali in alcuni recenti indirizzi della CGUE*, in *La cittadinanza europea*, 1/2015; S. Giubboni, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato*, in A. Andreoni, B. Veneziani (cur.), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Roma 2009, 123; G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *GDL*, 2008; G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT – 104/2014*; B. Caruso, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, in *AA.VV., Libertà economiche e diritti sociali*, cit.; G. Fontana, *La libertà sindacale in Italia e in Europa*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 2/2010; Id., *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 30 giugno 2014. M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. del dir.*, 3/2000; A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2010; U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009.

¹⁵¹ M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia 'bilancia' il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2/2008, p. 372, p. 388; Id., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT – 55/2007*.

¹⁵² S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009.

nostra Costituzione, alla quale abbiamo molte ragioni di restare sinceramente affezionati. Detto in altri termini, le due sentenze ci costringono a riflettere seriamente sulle conseguenze di affidare la nostra tradizione costituzionale alla mediazione di una Corte, interprete del diritto dei Trattati che non è ora, e non sarà nel prossimo futuro, la "Costituzione" dell'Unione; una Corte, che non è ora e non sarà la Corte costituzionale dell'UE"¹⁵³.

Da una lettura complessiva delle richiamate sentenze del Giudice dell'Unione, pare dunque potersi desumere una visione nel complesso individualista, se non espressamente mercantilista, dei diritti fondamentali, con la costruzione di una gerarchia di diritti capovolta rispetto agli ordinamenti nazionali, effetto dell'arbitrario bilanciamento, al cui apice sono poste le libertà economiche e in cui i diritti sociali occupano una posizione recessiva¹⁵⁴. Se ci limitiamo all'ordinamento italiano, non può che sottolinearsi la distanza (si direbbe siderale) tra il grado di tutela di cui beneficiano tali diritti nell'ordinamento interno e quello loro offerto dal diritto dell'Unione. Mentre la C.G.U.E., ad esempio, ha interpretato il diritto di sciopero in senso restrittivo, sancendone la necessaria conformazione alle finalità e alle disposizioni del diritto dell'Unione (soprattutto in tema di mercato interno, di libera circolazione delle merci, di libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali e fra questi ultimi del diritto di stabilimento), la Corte costituzionale italiana, nella sua interpretazione dell'art. 40 della Costituzione, ha affermato che il diritto al conflitto non è fine a se stesso ma è strumentale al perseguimento di una crescita sociale volta a dare contenuto al principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, II co., Cost.¹⁵⁵. Nel pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 503 del codice penale (nella parte in cui si punisce lo sciopero per finalità politiche), in riferimento agli artt. 3 e 40 della Costituzione, il Giudice delle leggi italiano¹⁵⁶ ne censura l'illegittimità costituzionale nella parte in cui punisce anche lo sciopero politico che non sia diretto a sovvertire l'ordinamento costituzionale ovvero ad impedire od ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare. Da parte del Giudice costituzionale si sottolinea, in tale ottica, che "ammettere che lo sciopero possa avere il fine di richiedere l'emanazione di atti politici non significa affatto incidere sulle competenze costituzionali rendendone partecipi i sindacati, né significa dare ai lavoratori una posizione privilegiata rispetto agli altri cittadini. Significa soltanto ribadire quanto dalla Costituzione già risulta: esser cioè lo sciopero un mezzo che, necessariamente valutato nel quadro di tutti gli strumenti di pressione usati dai vari gruppi sociali, è idoneo a favorire il perseguimento dei fini di cui al secondo comma dell'art. 3 della Costituzione"¹⁵⁷.

Abstract

L'analisi focalizza l'attenzione sulla evoluzione e le trasformazioni dello Stato costituzionale contemporaneo considerate dalla prospettiva costituzionale italiana e spagnola quali esperienze paradigmatiche di costituzionalismo democratico, sociale e di diritto. Dell'una e dell'altra sono anche analizzate in modo essenziale attuazione e crisi dello Stato (sociale, democratico e di diritto) nella effettività dei diritti fondamentali e nella tenuta dei poteri a fronte delle crisi economiche succedutesi nel tempo.

Parole chiave: costituzionalismo sociale, costituzioni contemporanee, esperienza italiana e spagnola

*

¹⁵³ M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval*, cit., p. 391.

¹⁵⁴ G. Fontana, *Crisi economica*, cit.; S. Giubboni, *Dopo Viking*, cit.

¹⁵⁵ G. Orlandini, *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. Vimercati, *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009.

¹⁵⁶ Corte cost., sent. cost. n. 290/1974.

¹⁵⁷ Corte cost., sent. cost. n. 290/1974, p.to 3 cons. dir.

The analysis focuses on the evolution and transformations of the contemporary constitutional State, examined from the Italian and Spanish constitutional perspectives, regarded as paradigmatic experiences of democratic, social, and rule-of-law constitutionalism. In both cases, particular attention is devoted to the essential dynamics of implementation and crisis of the State (social, democratic, and governed by the rule of law), with regard to the effectiveness of fundamental rights and the resilience of institutional powers in the face of successive economic crises over time.

Keywords: social constitutionalism, contemporary constitutions, Italian and Spanish experience

La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'Intelligenza Artificiale e i Diritti Umani, la Democrazia e lo Stato di Diritto. Il primo trattato internazionale in materia^()*

Mario HERNÁNDEZ RAMOS*

Sommario: 1. Introduzione 2. Panoramica normativa generale sull'intelligenza artificiale 2.1. Le iniziative di soft law 2.2. Le iniziative di hard law 2.3. Il Consiglio d'Europa, il Comitato europeo per l'Intelligenza Artificiale (CAI) e la Convenzione quadro sull'IA e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto 3. La Convenzione Quadro: note definitorie 3.1. Breve descrizione 3.2. Contenuto 3.3. Obiettivo: la regolamentazione degli effetti dell'IA prisma della dignità umana e dell'autonomia individuale 3.4. Un duplice approccio: la valutazione del rischio e dell'impatto dell'IA 3.5. Definizione di intelligenza artificiale 3.6. Limitazioni nell'ambito di applicazione 3.7. Cosa richiede la Convenzione quadro alle parti firmatarie? Gli obblighi delle parti 3.8. A chi si applica la Convenzione quadro? L'ambito di applicazione 3.9. Entrata in vigore e applicabilità 4. Il rapporto di complementarità tra la Convenzione quadro e il Regolamento dell'Unione europea sull'IA 5. Considerazioni finali

1. Introduzione

L'Intelligenza Artificiale (IA) è una tecnologia che stimola la quarta rivoluzione industriale in cui ci troviamo. Come ogni tecnologia, può essere utilizzata in modi distinti e generare conseguenze positive e negative ad ogni livello: economico, sociale, istituzionale, giuridico, ecc.

Si è discusso a lungo se una disciplina giuridicamente vincolante, la quale limiti gli effetti negativi dell'IA, possa provocare un ritardo nell'innovazione tecnologica, che a sua volta si traduca in una perdita di sfruttamento del potenziale offerto da questa tecnologia, puntando su autoregolamentazioni, raccomandazioni o codici sempre con natura di *soft law*.

Si tratta di una discussione fallace, almeno dal punto di vista costituzionale. Per questo motivo, sono sempre più numerosi gli interventi normativi incentrati sull'uso dell'IA attraverso strumenti di natura giuridica vincolante.

Il Consiglio d'Europa (CoE) ha reso la regolamentazione di questa tecnologia una delle sue principali preoccupazioni, per adeguarne lo sviluppo e l'implementazione ai propri standard elaborati in materia di diritti umani, democrazia e Stato di diritto. Perciò, alla fine del 2019 ha istituito uno specifico comitato denominato "Ad hoc Committee on Artificial Intelligence" (CAHAI), al quale è formalmente succeduto il Comitato sull'IA (CAI), con il compito di studiare la possibilità di elaborare uno strumento giuridico di carattere internazionale in materia di IA. I lavori di questo Comitato si sono conclusi con una proposta di "Convenzione quadro sull'IA e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto".

Questo contributo esamina tale Convenzione e il ruolo che essa svolge nel panorama normativo globale dell'IA. Di talché, il primo capitolo offre una breve panoramica delle esperienze normative in materia di IA, sia di *soft law* che di *hard law*, soffermandosi sull'importante lavoro che il Consiglio

(*) Traduzione dallo spagnolo di Samuele Gherardi.

* Profesor Titular de Derecho constitucional, Universidad Complutense de Madrid. Presidente del Comitato sull'intelligenza Artificiale, Consiglio d'Europa. L'elaborato è realizzato nell'ambito del Progetto di ricerca "Fostering Artificial Intelligence for the Reinforcement of the Rule of Law", riferimento PID2024-157561NB-I00.

d'Europa sta svolgendo. Nel secondo capitolo vengono esposti i principali elementi della Convenzione attraverso i quali si cerca di spiegare il contenuto e la funzione di essa. Infine, il terzo capitolo riflette e difende il rapporto di complementarità che dovrebbe sussistere tra il Regolamento (UE) sull'IA e la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa, nonostante i loro punti in comune e persino le loro coincidenze.

2. Panoramica normativa generale sull'intelligenza artificiale

2.1. Le iniziative di soft law

Per molti anni, da quando è iniziata questa nuova primavera dell'IA¹, sembrava che sarebbe stata oggetto esclusivamente di autoregolamentazione da parte del settore privato o di normative di *soft law*².

Poi le organizzazioni internazionali hanno preso l'iniziativa, approvando regolamenti, sebbene privi di natura giuridica vincolante. Si segnala il ruolo dell'OCSE e l'approvazione della *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, adottata il 22 maggio 2019³. A sua volta, ha preso a svolgere un lavoro molto intenso ed interessante⁴, l'ONU, il quale "si vanta", nel senso migliore del termine, di aver costituito il quadro di riferimento che ha permesso ai suoi 193 Stati membri di approvare la prima norma mondiale sull'etica dell'IA: la "Raccomandazione sull'etica dell'IA" del 23 novembre 2021⁵.

A livello europeo, le due organizzazioni internazionali di riferimento, il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea, hanno sviluppato una densa attività.

Lasciando un momento da parte il Consiglio d'Europa, che sarà oggetto di analisi nel paragrafo successivo, per quanto riguarda l'Unione Europea sono numerose le raccomandazioni e le relazioni di istituzioni e organismi in materia di IA⁶, tra cui spiccano i lavori del Gruppo di esperti ad alto livello sull'IA creato dalla Commissione Europea⁷, le relazioni e le raccomandazioni del Parlamento Europeo⁸ e in particolare della sua "Commissione sull'intelligenza artificiale in un'era digitale" (Commissione AIDA)⁹, e, naturalmente, le Relazioni del Garante Europeo della Protezione dei Dati (o "European Data Protection Supervisor", EDPS)¹⁰ e del Comitato europeo per la protezione dei dati (o "European Data Protection Board", EDPB)¹¹. È degna di nota l'iniziativa di diverse organizzazioni internazionali di dotarsi di una piattaforma per pubblicizzare i propri lavori e i propri sforzi normativi in materia di

¹ N. Oliver, *Inteligencia Artificial, naturalmente. Un manual de convivencia entre humanos y máquinas para que la tecnología nos beneficie a todos*, in "Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital", 2020.

² Esistono decine di esempi di questo tipo di codici, memorandum, raccomandazioni, ecc. Una raccolta non aggiornata è consultabile in A. JOBIN, M. IENCA, E. VAYENA, , *The global landscape of AI ethics guidelines*, in *Nature Machine Intelligence*, 1/2019, p. 389 ss.; anche "Algorithimwatch" sta realizzando un inventario delle linee guida etiche per l'utilizzo dell'intelligenza artificiale. Finora ne sono state inventariate 106, ma il lavoro continua. Elenco accessibile su <https://algorithmwatch.org/en/project/ai-ethics-guidelines-global-inventory/>.

³ <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

⁴ Ad esempio, l'importante risoluzione A/RES/78/241 approvata dall'Assemblea Generale il 22 dicembre 2023 sui sistemi d'arma autonomi letali.

⁵ https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa.

⁶ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence>.

⁷ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/expert-group-ai>.

⁸ Cfr., ad esempio, la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate 2020/2012(INL); Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 su un regime di responsabilità civile in materia di intelligenza artificiale, 2020/2014(INL); Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo delle tecnologie relative all'intelligenza artificiale, 2020/2015(INI); Progetto di relazione del Parlamento europeo sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in materia penale, 2020/2016(INI).

⁹ https://multimedia.europarl.europa.eu/en/topic/aida-special-committee-on-artificial-intelligence-in-digital-age_16506, con particolare riferimento alla "Relazione sull'intelligenza artificiale nell'era digitale" del 5 aprile 2022 (https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/246872/A9-0088_2022_EN.pdf).

¹⁰ https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/artificial-intelligence_en.

¹¹ https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/topic/artificial-intelligence_es.

governance democratica dell'IA. L'iniziativa è stata denominata "Global Policy AI"¹² e comprende il Consiglio d'Europa, la Commissione Europea, l'Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali, la Banca Interamericana di Sviluppo, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, le Nazioni Unite, l'UNESCO e il Gruppo della Banca Mondiale.

Con l'avanzare degli anni 2020, si sono intensificati gli sforzi normativi riguardanti una tecnologia che ha un impatto orizzontale su tutti i livelli della società. Tanto è vero che si è discusso se ci trovassimo di fronte alla nascita di un diritto internazionale sull'IA (*lex specialis*) o semplicemente a una corsa normativa¹³, poiché chi riuscirà ad approvare una prima normativa sull'IA potrà stabilire i primi standard in linea con gli interessi nazionali, influenzando così di fatto lo scenario normativo internazionale.

Dal punto di vista del *soft law* internazionale, spicca il cosiddetto *Hiroshima AI Process*, promosso dal G7 e approvato il 30 ottobre 2023, che include 12 principi guida sull'IA generativa e un Codice di condotta¹⁴; così come la *Bletchley Declaration AI Safety Summit*, proposta dal Regno Unito e approvata dai Paesi partecipanti al vertice tenutosi l'1 e il 2 novembre 2023¹⁵.

2.2. Le iniziative di *hard law*

Tuttavia, gli ultimi anni sono stati caratterizzati dalla proliferazione di progetti normativi nazionali e internazionali di *hard law*, ovvero giuridicamente vincolanti.

A livello nazionale, spicca il lavoro svolto negli Stati Uniti con l'approvazione dell'Ordine Esecutivo su *Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence*, emanato dal Presidente Biden il 30 ottobre 2023¹⁶, poi abrogato dall'Ordine *Removing barriers to American leadership in Artificial Intelligence* del Presidente Trump del 23 gennaio 2025¹⁷. Anche la Cina, con l'approvazione di tre normative in tema di *raccomandazione algoritmica* (2022), *deepfake* (2023) e IA generativa (2023)¹⁸, nonché del Canada¹⁹. Inoltre, vi sono diverse iniziative nazionali in fase di progettazione che nel prossimo futuro si concretizzeranno in norme giuridiche nazionali, come nel caso di Regno Unito, Brasile, India, Israele, Giappone e Corea del Sud²⁰.

Ad ogni modo, dal punto di vista della natura giuridicamente vincolante, ci sono due iniziative principali: una, da un punto di vista eminentemente di diritto internazionale, promossa da un'organizzazione internazionale classica, qual è il Consiglio d'Europa, e l'altra, in una prospettiva di diritto europeo, promossa da un'organizzazione sovranazionale quale l'Unione Europea; entrambe, approvate nel 2024 a pochi mesi di distanza l'una dall'altra.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato la Convenzione quadro sull'IA e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto il 17 maggio 2024 e l'ha aperta alla firma il 5 settembre 2024²¹. Da parte sua, l'Unione europea ha approvato il regolamento sull'intelligenza artificiale del 12

¹² <https://globalpolicy.ai/en/>.

¹³ N. A. Smuha, *Biden, Bletchley, and the emerging international law of AI*, in "VerfBlog", 15/11/2023 (<https://verfassungsblog.de/biden-bletchley-and-the-emerging-international-law-of-ai/>).

¹⁴ <https://www.soumu.go.jp/hiroshimaaiprocess/en/documents.html>.

¹⁵ <https://www.gov.uk/government/publications/ai-safety-summit-2023-the-bletchley-declaration>.

¹⁶ Ordine esecutivo sullo sviluppo e l'uso sicuro, protetto e affidabile dell'intelligenza artificiale (<https://www.federalregister.gov/documents/2023/11/01/2023-24283/safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence>), integrato dall'interessante "Blueprint for an AI Bill of Rights", Progetto di carta dei diritti dell'intelligenza artificiale (<https://bidenwhitehouse.archives.gov/ostp/ai-bill-of-rights/>).

¹⁷ <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/removing-barriers-to-american-leadership-in-artificial-intelligence/>.

¹⁸ E. Hine, L. Floridi, *New deepfake regulations in China are a tool for social stability, but at what cost?*, in *Nat Mach Intell*, 4/2022, pp. 608–610 (<https://doi.org/10.1038/s42256-022-00513-4>).

¹⁹ Il Canada ha introdotto la legge sull'intelligenza artificiale e i dati (AIDA) nell'ambito del disegno di legge C-27, la legge di attuazione della Carta digitale (16 giugno 2022, prima lettura).

²⁰ Cfr. lo studio compilativo di F. G'SELL, *Regulation under Uncertainty: Governance Options for Generative AI*, in *Stanford Cyber Policy Center*, Freeman Spogli Institute e Stanford Law School, luglio 2024.

²¹ <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/the-framework-convention-on-artificial-intelligence>.

luglio 2024. La Commissione europea ha preso l'iniziativa presentando il 21 aprile 2021 una prima bozza completa della proposta di *regolamento dell'UE che stabilisce regole armonizzate sull'IA (Legge sull'IA) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 definitivo, del 21 aprile 2021*. Dopo un intenso procedimento di negoziazione tra la Commissione, il Consiglio e il Parlamento, il 12 luglio 2024 è stato finalmente pubblicato nella GUUE.

Dati i numerosi punti in comune tra le due norme, si ritiene rilevante precisare alcuni aspetti al fine di distinguere le due normative e sottolinearne la complementarità.

A differenza della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa, lo Stato di diritto e la democrazia non costituiscono l'oggetto principale del Regolamento dell'Unione Europea, dati i diversi obiettivi delle due organizzazioni internazionali. Come verrà spiegato più avanti, la base giuridica del Regolamento è l'articolo 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) (adozione di misure volte ad assicurare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno); ciò non impedisce tuttavia alla Commissione europea di includere tra gli obiettivi del Regolamento questioni relative, ad esempio, ai diritti umani. In tal senso, la Commissione europea ha inteso garantire, da un lato, "che i sistemi di IA introdotti e utilizzati nel mercato dell'UE siano sicuri e rispettino la legislazione vigente in materia di diritti fondamentali e valori dell'Unione" e, dall'altro, "migliorare la governance e l'effettiva applicazione della legislazione vigente in materia di diritti fondamentali e dei requisiti di sicurezza applicabili ai sistemi di IA". In altre parole, i diritti e altre materie di diritto pubblico hanno la loro importanza, e la loro protezione è alla base dell'intero progetto, ma non sono l'oggetto principale della disciplina. In questo senso, il Regolamento riunisce, con un esito discutibile, due quadri normativi: da un lato, uno incentrato sulla protezione dei diritti fondamentali; dall'altro, un volto a certificare che i sistemi di IA che si immettono sul mercato rispettino determinati standard, compresi i diritti fondamentali.

Partendo da ambiti, finalità e oggetti normativi diversi, i due progetti sono totalmente complementari ed entrambe le organizzazioni, il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea, così come gli Stati membri si sono impegnati durante la loro elaborazione a svolgere compiti di coordinamento affinché i due testi fossero allineati e non contenessero disposizioni contraddittorie.

Inoltre, è importante sottolineare che da quando il Comitato per l'intelligenza artificiale (CAI) ha presentato la prima bozza della Convenzione quadro nell'agosto 2022, la Commissione europea ha ricevuto dal Consiglio (UE) il mandato di rappresentare i 27 Stati membri nei negoziati del CAI²² per evitare discrepanze tra i due testi nonostante il loro oggetto convergente, favorendo inoltre un'applicazione omogenea del diritto dell'UE nei 27 Stati membri. In virtù del principio di leale cooperazione che presiede alle relazioni tra l'UE e gli Stati membri, le riunioni di coordinamento tra gli Stati e l'UE si sono svolte e continuano a svolgersi in due contesti, sia a livello dell'UE (in particolare nel Gruppo "Telecomunicazioni e società dell'informazione" del Consiglio dell'UE), sia in seno al Consiglio d'Europa, nelle riunioni di coordinamento che la Commissione tiene periodicamente con le delegazioni nazionali presso il CAI.

A questo punto è naturale chiedersi se fosse necessario che due organizzazioni internazionali europee promuovessero la redazione di uno strumento giuridico per regolamentare gli effetti dell'utilizzo dell'IA. Questo studio è già stato oggetto di analisi, mettendo a confronto i due strumenti²³, con una chiara conclusione che sarà oggetto di approfondimento nelle pagine finali di questo lavoro: le due norme hanno una chiara relazione di complementarità che consente una regolamentazione più esaustiva e onnicomprensiva per quanto riguarda le dimensioni e i settori trattati.

²² DECISIONE (UE) 2022/2349 DEL CONSIGLIO del 21 novembre 2022 che autorizza l'avvio di negoziati a nome dell'Unione europea per una convenzione del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale, i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto.

²³ M. Hernández Ramos, *Il quadro giuridico europeo in materia di intelligenza artificiale: il rapporto di complementarità tra il regolamento dell'UE e la convenzione quadro del Consiglio d'Europa*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, 92/2024, p. 9 ss.

2.3. Il Consiglio d'Europa, il Comitato per l'Intelligenza Artificiale (CAI) e la Convenzione quadro sull'IA e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto

2.3.1. Il Consiglio d'Europa come organizzazione per l'innovazione e la protezione dei diritti umani e con vocazione universale

Il Consiglio d'Europa è la più grande organizzazione intergovernativa d'Europa, composta da 46 Stati membri e 5 Stati osservatori²⁴.

Ha sviluppato con successo un sistema di protezione dei diritti umani, il cui meccanismo più noto è la Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU). La CEDU è stata istituita in virtù della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ratificata da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, passo indispensabile per l'adesione all'UE.

Ha elaborato norme globali pionieristiche e giuridicamente vincolanti su questioni tecnologiche complesse, quali la protezione dei dati personali, la bioetica, la criminalità informatica o la conciliazione tra innovazione e protezione dei diritti umani.

In definitiva, si può affermare che il Consiglio d'Europa è l'organizzazione internazionale più importante in Europa nel campo dei diritti umani e una delle più rilevanti a livello mondiale. Tale affermazione si basa non solo sull'importanza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma anche sulla possibilità che gli Stati non membri del Consiglio d'Europa possano aderire alle convenzioni internazionali elaborate nel suo ambito di azione. In questo modo, l'obiettivo del Consiglio d'Europa è quello di promuovere la creazione o l'identificazione di standard giuridici comuni tra i paesi europei e quelli di altre latitudini geografiche e con sistemi giuridici diversi, non solo in materia di diritti umani, ma anche per quanto riguarda la democrazia e lo Stato di diritto.

La Convenzione sulla criminalità informatica, meglio nota come Convenzione di Budapest²⁵, ne è un chiaro esempio paradigmatico, essendo stata firmata da 76 paesi, tra cui Argentina, Australia, Benin, Brasile, Capo Verde, Canada, Cile, Colombia, Costa d'Avorio, Repubblica Dominicana, Figi, Ghana, Grenada, Israele, Giappone, Kiribati, Mauritius, Marocco, Nigeria, Panama, Paraguay, Perù, Filippine, Senegal, Sierra Leone, Sri Lanka, Tonga, Tunisia e Stati Uniti d'America²⁶. Ma non è l'unico. La Convenzione per la protezione delle persone con riguardo al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale²⁷ è stata ratificata da 55 paesi, tra cui Argentina, Capo Verde, Mauritius, Messico, Marocco, Federazione Russa, Senegal, Tunisia e Uruguay, che non sono membri del Consiglio d'Europa.

2.3.2. Il Consiglio d'Europa e l'intelligenza artificiale

Il Consiglio d'Europa ha svolto un intenso lavoro di studio e regolamentazione sull'IA negli ultimi anni. Attraverso l'Agenda Digitale 2022-2025, il Segretariato Generale ha identificato l'intelligenza artificiale come una delle priorità strategiche chiave dell'Organizzazione, ricordando che il ruolo del Consiglio d'Europa è quello di garantire che i suoi valori fondamentali siano protetti sia nell'ambiente digitale che al di fuori di esso.

L'Assemblea parlamentare ha adottato un buon numero di risoluzioni e raccomandazioni rilevanti che esaminano le opportunità e i rischi dell'IA per la democrazia, i diritti umani e lo Stato di diritto. Tra queste spiccano le risoluzioni e le raccomandazioni sulla governance democratica²⁸, sulla prevenzione

²⁴ Stati Uniti d'America, Canada, Giappone, Messico e Santa Sede. Israele ha lo status di Stato osservatore nell'Assemblea parlamentare.

²⁵ Convenzione di Budapest, ETS n. 185.

²⁶ Inoltre, come paesi osservatori figurano Burkina Faso, Ecuador, Guatemala, Kazakistan, Corea, Kenya, Malawi, Messico, Mozambico, Nuova Zelanda, Nigeria, Papua Nuova Guinea, Ruanda, Sao Tomé e Principe, Timor Est, Trinidad e Tobago, Uruguay e Vanuatu.

²⁷ Più comunemente nota come Convenzione 108; ETS n. 108.

²⁸ The need for democratic governance of artificial intelligence: Resolution 2341 (2020) and Recommendation 2181 (2020).

della discriminazione causata dall'IA²⁹, in materia penale³⁰, sull'assistenza sanitaria³¹, sui mercati del lavoro³², sui veicoli autonomi³³, sulla neurotecnologia³⁴, tra le altre³⁵. Attraverso tutti questi aspetti emerge una serie di principi etici fondamentali che devono essere rispettati nello sviluppo e nell'implementazione delle applicazioni di IA, come la trasparenza, la giustizia e l'equità, la responsabilità umana nelle decisioni, la sicurezza, la privacy e la protezione dei dati. Ha identificato tempestivamente la necessità di creare un quadro normativo trasversale per l'IA, con principi specifici basati sulla protezione dei diritti umani, della democrazia e dello Stato di diritto, e ha quindi chiesto al Comitato dei Ministri di elaborare uno strumento giuridicamente vincolante che regolasse l'IA. L'Assemblea dispone di una sottocommissione per l'intelligenza artificiale e i diritti umani³⁶.

Il Congresso dei poteri locali e regionali ha individuato nella digitalizzazione e nell'intelligenza artificiale una delle sue priorità per il periodo 2021-2026. Si segnalano due report interessanti, il primo sulle "città e regioni intelligenti"³⁷ e il secondo sull'incitamento all'odio e le *fake news* e il loro impatto sulle condizioni di lavoro dei rappresentanti eletti a livello locale e regionale³⁸.

Mantenendo un dialogo con le autorità nazionali, le strutture nazionali per i diritti umani e altre parti interessate, compresi gli attori della società civile, il Commissario per i Diritti Umani ha il compito di sensibilizzare sulle ripercussioni dei sistemi di IA sui diritti umani. Fornisce inoltre orientamenti su come prevenire o mitigare gli effetti negativi dei sistemi di IA sui diritti umani. Menzione speciale, in quanto una delle prime in materia, per la sua chiarezza e utilità, va fatta per la raccomandazione dal titolo "*Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights*"³⁹, del 2019, in cui vengono indicati 10 elementi essenziali nella regolamentazione dell'IA.

Il Comitato europeo per la cooperazione giuridica (CDCJ) supervisiona il lavoro del Consiglio d'Europa nel campo del diritto pubblico e privato, sviluppando norme comuni e promuovendo la cooperazione giuridica. Al CDCJ viene attribuita la funzione di affrontare le sfide nuove ed emergenti derivanti dall'uso dell'IA nel proprio ambito di competenza, ovvero in materia di diritto pubblico, diritto privato e amministrazione della giustizia. Tra i lavori, da segnalare lo studio comparato sul diritto amministrativo e l'uso dell'IA nelle decisioni amministrative⁴⁰.

Il Comitato Direttivo per i Diritti Umani nel campo della Biomedicina e della Salute (che ha sostituito il Comitato di bioetica) ha recentemente pubblicato, nel settembre 2024, la sua relazione sull'applicazione dell'IA nell'assistenza sanitaria e sul suo impatto sul rapporto medico-paziente⁴¹.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Preventing discrimination caused by the use of artificial intelligence: Resolution 2343 (2020) and Recommendation 2183 (2020).

³¹ Justice by algorithm – the role of artificial intelligence in policing and criminal justice systems: Resolution 2342 (2020) and Recommendation 2182 (2020).

³² Artificial intelligence in health care: medical, legal and ethical challenges ahead: Recommendation 2185 (2020).

³³ Artificial intelligence and labour markets: friend or foe?: Resolution 2345 (2020) and Recommendation 2186 (2020).

³⁴ Legal aspects of 'autonomous' vehicles: Resolution 2346 (2020) and Recommendation 2187 (2020).

³⁵ Si veda il sito web creato dall'Assemblea parlamentare che raccoglie tutte le sue attività in materia di IA con l'obiettivo di promuovere la tutela dello Stato di diritto, della democrazia e dei diritti umani: <https://pace.coe.int/en/pages/artificial-intelligence>.

³⁶ <https://pace.coe.int/en/aplist/subcommittees/72/sub-committee-on-artificial-intelligence-and-human-rights>.

³⁷ *Report on Smart Cities and Smart Regions – prospects of a human rights-based governance approach* (2022).

³⁸ Report on Hate speech and fake news: the impact on the working conditions of local and regional elected representatives (2022).

³⁹ Council of Europe Commissioner Human Rights, "Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights", Recommendation, may 2019 (<https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights>), altri lavori della Commissioner dei Diritti Umani sulla materia possono trovarsi in https://www.coe.int/en/web/commissioner/thematic-work/artificial-intelligence/-/asset_publisher/qvL6Y0veKiir/content/governing-the-digital-world-to-protect-democracy-and-security?redirect=%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fthematic-work%2Fartificial-intelligence&inheritRedirect=true.

⁴⁰ Comparative study on administrative law and the use of AI and other algorithmic systems in Administrative Decision-Making in the member States of the Council of Europe (2022).

⁴¹ Report on the application of Artificial Intelligence in Healthcare and its impact on the "patient-doctor" relationship.

Per concludere questa panoramica sui comitati e gli organismi del Consiglio d'Europa, che non ha alcuna pretesa di completezza⁴², non si può non menzionare l'importante lavoro della Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ)⁴³, che "collabora con i suoi membri per monitorare la trasformazione digitale in conformità con lo Stato di diritto e i diritti fondamentali, scambiando buone pratiche, fornendo analisi e orientamenti e promuovendo l'uso responsabile dell'IA". Tra i suoi lavori spiccano la "Carta etica europea sull'uso dell'IA nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi"⁴⁴, la creazione nel 2022 di un Consiglio consultivo sull'IA⁴⁵ e altri strumenti come la Nota informativa sul "Use of Generative Artificial Intelligence (AI) by judicial professionals in a work-related context"⁴⁶.

Infine, il Comitato dei Ministri ha anche elaborato alcune relazioni specifiche sull'IA, come la Raccomandazione sull'impatto sui diritti umani dei sistemi algoritmici⁴⁷. Tuttavia, le decisioni più rilevanti del Comitato dei Ministri hanno riguardato la creazione di comitati *ad hoc* incaricati di svolgere i lavori preparatori per la redazione e la negoziazione di una convenzione internazionale in materia di IA e diritti umani, democrazia e Stato di diritto.

Nella riunione del 17 maggio 2019 a Helsinki, il Comitato dei Ministri ha incaricato i suoi Delegati di esaminare la fattibilità e i possibili elementi, sulla base di consultazioni con le diverse parti interessate, di un quadro giuridico per lo sviluppo, progettazione e applicazione dell'intelligenza artificiale, basato sulle norme del Consiglio d'Europa in materia di diritti umani, democrazia e Stato di diritto, istituendo così il Comitato *ad hoc* sull'IA (CAHAI), la cui prima riunione plenaria si è tenuta dal 18 al 20 novembre 2019⁴⁸. Nella sua riunione del 21 maggio 2021 ad Amburgo ha deciso di dare priorità ai lavori su un quadro giuridico adeguato allo sviluppo, la progettazione e l'applicazione dell'intelligenza artificiale, basato sulle norme del Consiglio d'Europa in materia di diritti umani, democrazia e Stato di diritto, e che favorisca l'innovazione. Infine, nella riunione del 20 maggio 2020, "ha accolto con favore la raccomandazione unanime del Comitato sull'intelligenza artificiale affinché il Consiglio d'Europa introduca uno strumento trasversale giuridicamente vincolante sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto, in linea con il suo mandato, che sottolinea la necessità che tale strumento si concentri su principi comuni generali, favorisca l'innovazione e sia aperto alla partecipazione di Stati non membri; [e] ha dato istruzioni ai suoi membri di procedere rapidamente all'elaborazione dello strumento adeguato, tenendo conto di altri quadri giuridici internazionali esistenti o in fase di sviluppo in materia di intelligenza artificiale".

2.3.3. I comitati sull'intelligenza artificiale: il CAHAI e il CAI

Il Comitato dei Ministri ha istituito due comitati *ad hoc* sull'intelligenza artificiale, il Committee *ad hoc* on AI (di seguito CAHAI), il cui mandato è scaduto lo scorso dicembre 2021⁴⁹, e il Committee on AI (CAI)⁵⁰, costituito successivamente fino alla fine del 2025, con l'obiettivo di "elaborare un quadro giuridico adeguato sullo sviluppo, progettazione e applicazione dell'intelligenza artificiale, basato sulle norme del Consiglio d'Europa in materia di diritti umani, democrazia e Stato di diritto, che favorisca

⁴² Per consultare il lavoro di altri comitati che stanno svolgendo attività sull'IA o con un impatto dell'IA in ambiti specifici, si veda <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence>, con particolare riferimento al Comitato europeo per la coesione sociale, al Comitato europeo per la democrazia e la governance (ora Comitato direttivo per la democrazia), il Comitato europeo per i problemi criminali (CDPC) e, naturalmente, la Commissione europea per la democrazia e lo Stato di diritto (Commissione di Venezia).

⁴³ <https://www.coe.int/en/web/cepej>.

⁴⁴ Adottata nel dicembre 2018: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

⁴⁵ Il cui compito è quello di fornire "consulenza specialistica su questioni relative all'intelligenza artificiale (IA) in ambito giudiziario", <https://www.coe.int/en/web/cepej/ai-advisory-board>.

⁴⁶ <https://rm.coe.int/cepej-gt-cyberjust-2023-5final-en-note-on-generative-ai/1680ae8e01>.

⁴⁷ Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems (Adopted by the Committee of Ministers on 8 April 2020 at the 1373 meeting of the Ministers' Deputies).

⁴⁸ <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai>.

⁴⁹ <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai>.

⁵⁰ <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cai>.

l'innovazione, che può essere composto da uno strumento giuridico vincolante di carattere trasversale, che includa, in particolare, principi comuni generali, nonché altri strumenti vincolanti o non vincolanti per affrontare le sfide legate all'applicazione dell'intelligenza artificiale in settori specifici, in conformità con le decisioni pertinenti del Comitato dei Ministri".

Il CAHAI ha elaborato uno "Studio di fattibilità" sugli elementi di un quadro giuridico per la progettazione, lo sviluppo e l'applicazione dell'IA basato sulle norme del Consiglio d'Europa, approvato il 17 dicembre 2020⁵¹, in cui sono stati individuati gli elementi principali di un quadro giuridico che disciplini la progettazione, lo sviluppo e l'applicazione dell'IA in relazione ai diritti umani, alla democrazia e allo Stato di diritto.

Questo studio è servito da base per i lavori del CAI, il cui obiettivo era quello di elaborare una proposta di strumento giuridico di regolamentazione dell'IA di carattere orizzontale nell'ambito delle competenze del Consiglio d'Europa, obiettivo raggiunto nel maggio 2024 nella sua decima riunione plenaria. Un valore aggiunto molto interessante del CAI è che non solo è composto dai 46 Stati membri del Consiglio d'Europa, ma anche dagli Stati osservatori del Consiglio d'Europa (Stati Uniti, Messico, Canada, Santa Sede, Giappone), mentre altri paesi esterni hanno aderito al CAI durante il processo di elaborazione della Convenzione quadro, come Australia, Israele, Argentina, Costa Rica, Perù e Uruguay, e l'Unione Europea rappresentata dalla Commissione Europea. Negli ultimi mesi si sono uniti al CAI come Stati osservatori Ghana, Camerun ed Ecuador, mentre Brasile e Corea del Sud hanno presentato domanda di adesione. Inoltre, fanno parte del CAI decine di rappresentanti della società civile, del mondo accademico e industriale, nonché ONG i cui contributi e punti di vista sono stati e continuano ad essere decisivi nei dibattiti e nei lavori. In questo senso, l'accordo quadro stabilisce standard in materia di IA, diritti umani, democrazia e Stato di diritto in gran parte del mondo occidentale, al quale sicuramente si aggiungeranno altri Stati⁵².

3. La Convenzione quadro. Note definitorie

3.1. Breve descrizione

La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto è stata adottata il 17 maggio 2024 dal Comitato dei Ministri nella sua 133° sessione tenutasi a Strasburgo e aperta alla firma in occasione della Conferenza informale dei Ministri della Giustizia tenutasi a Vilnius (Lituania) il 5 settembre 2024.

Tale Convenzione quadro è il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante in questo settore. Il suo obiettivo è garantire che le attività nell'ambito del ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale siano pienamente coerenti con i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto, favorendo al contempo il progresso tecnologico e l'innovazione.

La Convenzione quadro integra le norme internazionali vigenti in materia di diritti umani, democrazia e Stato di diritto e mira a colmare le lacune giuridiche che possono derivare dai rapidi progressi tecnologici. È interessante sottolineare che, al fine di resistere al passare del tempo, la Convenzione quadro non regola la tecnologia ed è essenzialmente tecnologicamente neutra.

3.2. Contenuto

La Convenzione quadro non è un testo normativo, ma si concentra sulla definizione di standard e obblighi basati su principi generali per le parti che la firmano e la ratificano sull'uso dei sistemi di IA con

⁵¹ <https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da>.

⁵² Si segue uno schema simile alla Convenzione 108 del Consiglio d'Europa, il primo testo vincolante in materia di protezione dei dati personali che è stato poi ripreso e sviluppato dall'UE e da altri Stati.

l'unico obiettivo di garantire che le attività di questi sistemi siano pienamente coerenti con i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto. Si tratta di una norma internazionale di tipo piuttosto classico, di buona qualità legislativa (o almeno rispetto al regolamento UE sull'IA) in cui, pertanto, gli Stati (e in questo caso anche l'UE) sono gli unici destinatari della Convenzione e sono tenuti, sulla base della loro legislazione interna, a sviluppare tali obblighi e l'attività del settore privato per conformarsi al suddetto obiettivo.

A tal fine, la Convenzione quadro è composta da un preambolo e da 36 articoli raggruppati in 8 capitoli, tra cui si possono evidenziare i seguenti aspetti.

Il primo capitolo stabilisce le disposizioni generali che includono l'oggetto e la finalità della Convenzione (art. 1), il suo ambito di applicazione (art. 3) e la definizione dei sistemi di IA (art. 2).

Il secondo capitolo comprende una serie di obblighi generali per le parti di proteggere i diritti umani, l'integrità dei processi democratici e il rispetto dello Stato di diritto (artt. 4-5).

Il capitolo terzo tratta dei "Principi relativi alle attività che rientrano nel ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale" (artt. 6-13), che obbligano le parti ad adottare o mantenere misure adeguate per rispettare la dignità umana e l'autonomia individuale (art. 7), garantire la trasparenza e la sorveglianza (art. 8), la responsabilità e l'affidabilità dei sistemi di IA identificando i contenuti generati dall'IA (art. 9), garantendo l'uguaglianza e la non discriminazione (art. 10), la vita privata e la protezione dei dati personali (art. 11), promuovendo l'affidabilità dei sistemi di IA (art. 12) e la fiducia nei loro risultati e nell'innovazione sicura (art. 13).

Il capitolo quarto fa riferimento a risorse efficaci e garanzie in caso di violazione dei diritti umani (artt. 14 e 15).

Il capitolo quinto stabilisce un quadro di misure per identificare, valutare, prevenire e mitigare i rischi di un sistema di IA in termini di potenziale impatto sui diritti, sulla democrazia e sullo Stato di diritto (art. 16).

Il capitolo sesto (artt. 17-22) si concentra sulla "Attuazione della convenzione", indicando i principi che devono essere rispettati, quali la non discriminazione (art. 17), i diritti delle persone con disabilità e dei minori (art. 18), lo svolgimento di consultazioni pubbliche (art. 19), l'alfabetizzazione e competenze digitali (art. 20) e il divieto di considerare la presente Convenzione come una limitazione ad altri testi sui diritti fondamentali (art. 21), consentendo alle Parti di stabilire misure di protezione più ampie (art. 22).

Il capitolo settimo, dedicato ai "Meccanismo di follow-up e cooperazione" (artt. 23-26), oltre a promuovere la cooperazione internazionale tra le Parti e ad aiutare gli Stati che non sono parti ad agire in modo coerente con quanto stabilito dalla Convenzione, è dedicato alla creazione di un meccanismo di monitoraggio all'interno del Consiglio d'Europa per seguire l'attuazione degli obblighi della Convenzione, composto da rappresentanti delle parti, denominato Conferenza delle Parti. Infine, l'art. 26 impone a ciascuna Parte l'obbligo di istituire meccanismi efficaci per controllare il rispetto degli obblighi della Convenzione.

La Convenzione si conclude con un capitolo dedicato alle "Clausole finali" (artt. 27-36) che includono la possibilità di emendare la Convenzione (art. 28), la firma e l'entrata in vigore (art. 30), una clausola federale (art. 33) e il divieto di formulare riserve (ad eccezione di quella prevista dall'art. 33.1) (art. 34).

3.3. Obiettivo: la regolamentazione degli effetti dell'IA dal punto di vista della dignità umana e dell'autonomia individuale

La Convenzione quadro concepisce come oggetto di regolamentazione non la tecnologia in sé, ma gli usi e gli effetti che essa può produrre. Tale regolamentazione si ispira a una concezione dell'IA incentrata sull'essere umano (*human centered AI*)⁵³, ovvero saranno vietati quegli effetti che ledono gli interessi e i valori umani e minano i principi costituzionali occidentali. In questo modo, si differenzia chiaramente da altri ambiziosi esercizi normativi la cui motivazione si discosta dalla

⁵³ Cfr., ad esempio, M. RIEDL, *Human-centered artificial intelligence and machine learning*, in *Human Behaviour and Emerging Technologies*, n. 1, 2019, pp. 33-36, DOI: [10.1002/hbe2.117](https://doi.org/10.1002/hbe2.117).

promozione dell'essere umano a favore di altri interessi. Di conseguenza, la Convenzione attribuisce un ruolo centrale a due principi che devono essere presenti e limitare gli effetti di una tecnologia in grado di emulare quasi tutti i comportamenti dell'essere umano e che quindi ha il potenziale per sostituirlo, data la sua caratteristica possibilità di agire in modo autonomo e di apprendere da sola; questi principi sono la dignità umana e l'autonomia individuale, senza tralasciare, inoltre, il resto dei valori e dei principi costituzionali come i diritti fondamentali, la democrazia e lo Stato di diritto.

Pertanto, la centralità dell'essere umano è enunciata in modo esplicito, attribuendogli un'importanza rilevante, indicando chiaramente come obiettivo della Convenzione "garantire che le attività che rientrano nel ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale siano pienamente coerenti con i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto" (art. 1.1). Inoltre, i principi di dignità umana e autonomia individuale sono sanciti nel testo, in particolare nell'articolo 7, garantendone così il carattere giuridicamente vincolante: "Ciascuna parte adotta o mantiene in vigore misure volte a rispettare la dignità umana e l'autonomia individuale in relazione alle attività che rientrano nel ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale". In questo modo, tali principi dovranno condizionare radicalmente il ciclo di vita dei sistemi di IA, in altre parole le attività svolte durante il ciclo di vita dei sistemi di IA non dovrebbero portare alla disumanizzazione delle persone, minarne la capacità decisionale o ridurle a semplici dati; ma neppure antropomorfizzare i sistemi di IA in modo tale da interferire con la dignità umana. In definitiva, "la dignità umana richiede il riconoscimento della complessità e della ricchezza dell'identità, dell'esperienza, dei valori e delle emozioni umane"⁵⁴.

3.4. Un duplice approccio: la valutazione del rischio e dell'impatto dell'IA

Per concretizzare ulteriormente l'oggetto di regolamentazione della Convenzione, è stato adottato un approccio che parte da un'affermazione ampiamente condivisa sia dall'industria che dall'accademia: non è necessario regolamentare ogni uso di ogni sistema di IA, ma semplicemente quelli che comportano un rischio di impatto o danno significativo, arrivando a vietare determinati usi dell'IA che producono danni inaccettabili o intollerabili ai diritti fondamentali e ad altri interessi costituzionali, in particolare alla democrazia e allo Stato di diritto.

A differenza di quanto stabilito nel regolamento sull'IA, la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa non adotta una spiegazione esplicita della sua struttura o del suo contenuto basata sul rischio e sull'impatto, nonostante riprenda questo approccio in modo molto chiaro all'art. 1, affermando che le misure che le parti della Convenzione devono adottare per darle effetto "sono graduate e differenziate quanto necessario tenendo conto della probabilità che si verifichino impatti negativi sui diritti umani, sulla democrazia e sullo Stato di diritto durante l'intero ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale e della gravità di tali impatti"⁵⁵.

Tuttavia, ciò è chiaramente indicato nel Capo V "Valutazione e attenuazione dei rischi e degli impatti negativi", che stabilisce un quadro di gestione dei rischi e degli impatti richiedendo a ciascuna parte di adottare o mantenere "misure volte all'individuazione, alla valutazione, alla prevenzione e all'attenuazione dei rischi posti dai sistemi di intelligenza artificiale, prendendo in considerazione gli impatti effettivi e potenziali sui diritti umani, sulla democrazia e sullo Stato di diritto"⁵⁶ che dovranno essere graduati e differenziati in funzione di una serie di circostanze e criteri dettagliati nell'art. 16, tra cui il contesto e l'uso previsto dei sistemi di IA, in particolare per quanto riguarda i rischi per i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto; ma anche la gravità e la probabilità dei possibili impatti e le prospettive delle persone i cui diritti potrebbero essere lesi. Tali misure si applicheranno alle attività nell'ambito del ciclo di vita del sistema di IA, compreso il monitoraggio dei rischi e degli effetti negativi sui diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto, la documentazione sui rischi, nonché il collaudo dei

⁵⁴ Relazione esplicativa della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa, p. 12.

⁵⁵ Art. 1.2. Convenzione quadro.

⁵⁶ *Ibid.*, Art. 16.1.

sistemi di intelligenza artificiale prima della loro prima messa a disposizione e quando vengono modificati in modo significativo⁵⁷.

Tale gestione dei rischi può comportare la necessità di stabilire moratorie o divieti diretti per determinati usi quando questi sono considerati “incompatibili con il rispetto dei diritti umani, il funzionamento della democrazia o lo Stato di diritto”⁵⁸.

Tuttavia, a differenza del regolamento UE sull'IA, la Convenzione quadro non identifica quali usi siano vietati, ma semplicemente, in linea con il corpus normativo del Consiglio d'Europa e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, vieta i sistemi di IA che violano i diritti fondamentali e i principi dello Stato di diritto e della democrazia, dopo aver effettuato, da un lato, valutazioni di proporzionalità delle misure che prevedono l'uso di sistemi di IA e violano tali interessi giuridici protetti, tenendo conto dei principi ormai classici di conformità alla legge, finalità legittima e necessità in una società democratica e, dall'altro, valutazioni di ponderazione nell'applicazione delle stesse.

Dopo aver completato il processo di negoziazione e redazione del progetto di Convenzione quadro nel maggio 2024, il CAI sta lavorando all'elaborazione di una metodologia per orientare e aiutare a identificare i contesti e le applicazioni in cui l'implementazione dei sistemi di IA potrebbe comportare rischi per il godimento dei diritti umani, il funzionamento della democrazia e il rispetto dello Stato di diritto, nonché per valutare e mitigare tali rischi. Lo sviluppo di questa metodologia, denominata HUDERIA (acronimo di *Human Rights, Democracy and Rule of Law Impact Assessment*, Valutazione dell'impatto sui diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto). Sebbene non sia di natura giuridicamente vincolante, ed esistono già altre metodologie di rischio e impatto sui diritti umani, HUDERIA costituisce un importante valore aggiunto alla Convenzione quadro, poiché non solo combina nella sua progettazione gli aspetti tecnici dell'IA con il contesto socio-tecnico del suo sviluppo e della sua applicazione, ma incorpora anche l'intero acquis giuridico del Consiglio d'Europa non solo in materia di diritti umani, ma soprattutto per quanto riguarda la democrazia e lo Stato di diritto.

3.5. Definizione di intelligenza artificiale

La definizione di IA è stata uno dei problemi più difficili che i redattori della Convenzione quadro hanno dovuto affrontare, poiché non esiste una definizione universalmente accettata, nemmeno e soprattutto in ambito tecnologico, di cosa si intenda per IA.

Naturalmente ci sono molte proposte, elaborate da molti punti di vista, discipline e ambiti, ma nessuna ha ottenuto l'accordo unanime. Nel corso degli anni e nelle diverse bozze elaborate sono state presentate molte proposte che sono variate in molte occasioni a causa degli sviluppi tecnologici.

Disporre di una definizione giuridica è essenziale, poiché solo così sarà possibile applicare le misure e i requisiti stabiliti nella Convenzione ai sistemi di IA. I principi di legalità e certezza del diritto, di conseguenza, richiedono una definizione esplicita e chiara. Entrambe le norme contengono una definizione, ma va precisato che tale definizione è funzionale, ovvero nei testi non viene definita questa tecnologia, ma ciò che deve essere inteso per questa tecnologia ai fini di tali norme. La Convenzione quadro avverte chiaramente del carattere funzionale della definizione prima di iniziarla, antepoendole le parole “ai fini della presente Convenzione”⁵⁹.

Nell'elaborazione delle definizioni, il lavoro che l'OCSE stava svolgendo proprio sulla definizione di IA⁶⁰ ha assunto grande importanza, tanto da costituire il riferimento principale per il CAI, ma anche,

⁵⁷ *Ibid.*, Art. 16.2.

⁵⁸ *Ibid.*, 16.4.

⁵⁹ Art. 2 Convenzione quadro.

⁶⁰ Nella relazione illustrativa della Convenzione quadro si afferma espressamente che la scelta dei lavori dell'OCSE in particolare è stata motivata “non solo dall'elevata qualità del lavoro svolto dall'OCSE e dai suoi esperti, ma anche dalla necessità di migliorare la cooperazione internazionale in materia di intelligenza artificiale e di facilitare gli sforzi volti ad armonizzare la governance dell'intelligenza artificiale a livello mondiale, anche attraverso l'armonizzazione della terminologia pertinente, che consente anche l'applicazione coerente dei diversi strumenti relativi all'intelligenza artificiale all'interno dei sistemi giuridici nazionali

eventualmente, per la Commissione, il Consiglio e il Parlamento dell'UE. Senza dubbio, questo lavoro ha facilitato una convergenza delle definizioni contenute nelle due norme, una convergenza che è stata ricercata intenzionalmente. Nel maggio 2019, l'OCSE ha proposto una prima definizione di IA nell'ambito dei suoi "Principi dell'OCSE sull'IA"⁶¹. Questa definizione iniziale si basava principalmente sul lavoro degli esperti Stuart Russel e Peter Norving⁶² e definiva l'IA come "un sistema basato su una macchina che può, per un obiettivo definito dall'uomo, fare previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano ambienti reali o virtuali. I sistemi di IA sono progettati per funzionare con diversi livelli di autonomia".

Nel novembre 2023, l'OCSE ha rivisto e aggiornato la sua definizione di IA⁶³ come segue: "Un sistema di IA è un sistema basato su macchine che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce, a partire dagli input che riceve, come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali. I sistemi di IA variano nei loro livelli di autonomia e adattabilità dopo la loro implementazione".

I principali cambiamenti di questa nuova definizione⁶⁴ si sono concentrati sull'eliminazione del riferimento a "obiettivi definiti dall'essere umano", dato che i sistemi di IA possono apprendere nuovi obiettivi da soli; è stata sottolineata la variabilità nei livelli di autonomia e adattabilità dei sistemi di IA; è stato incluso il concetto essenziale e discusso di "inferenza" basato sugli input ricevuti⁶⁵.

La Convenzione quadro definisce un sistema di IA come "sistema automatizzato che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali. Sistemi di intelligenza artificiale diversi presentano diversi livelli di autonomia e adattabilità dopo la diffusione"⁶⁶.

Confrontando la definizione dell'OCSE e quella della Convenzione quadro, è possibile evidenziare alcune somiglianze che costituiscono gli elementi essenziali che configurano un sistema di IA.

Dopo aver sottolineato l'importanza di comprendere i sistemi di IA basati su macchine, vengono evidenziate due caratteristiche essenziali di questa tecnologia: la sua capacità di agire in modo autonomo e la sua adattabilità.

L'*autonomia* è la capacità o l'abilità di svolgere compiti in ambienti complessi senza la guida costante di un utente o, nelle parole dell'OCSE, "il grado in cui un sistema può apprendere o agire senza l'intervento umano dopo la delega dell'autonomia e l'automazione dei processi da parte degli esseri umani"⁶⁷. Da parte sua, l'*adattabilità* è, in linea di massima, la capacità di migliorare le prestazioni imparando dall'esperienza. Si riferisce alla capacità di continuare ad evolversi dopo il suo sviluppo iniziale, modificando "il suo comportamento attraverso l'interazione diretta con l'input e i dati prima o dopo la sua implementazione"⁶⁸. Sia per l'autonomia che per l'adattabilità si specifica che possono verificarsi nei sistemi a diversi livelli, consentendo così di includere in questa definizione una maggiore varietà di sistemi di IA.

delle Parti". Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Vilnius 5 de septiembere de 2024 (<https://rm.coe.int/1680afae67>).

⁶¹ *Recommendation on Artificial Intelligence*, approvata dal Consiglio dell'OCSE il 22 maggio, OECD/LEGAL/0449 nota come Principi dell'IA.

⁶² S.J. Russel, P. Norving, E. Davis, *Artificial intelligence: A modern approach*, 3a ed., Prentice Hall, 2010.

⁶³ OCSE (2024), *Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system*, in OECD Artificial Intelligence Papers, No. 8, OECD Publishing, Paris (<https://doi.org/10.1787/623da898-en>).

⁶⁴ Per approfondire questi cambiamenti, consultare la relazione esplicativa elaborata dall'OCSE: OCSE (2024), *Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system*, in OECD Artificial Intelligence Papers, No. 8, OECD Publishing, Paris (<https://doi.org/10.1787/623da898-en>).

⁶⁵ OECD (2024), *Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system*, in OECD Artificial Intelligence Papers, No. 8, OECD Publishing, Paris (<https://doi.org/10.1787/623da898-en>).

⁶⁶ Art. 2 Convenzione quadro.

⁶⁷ OECD (2024), *Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system*, in OECD Artificial Intelligence Papers, No. 8, OECD Publishing, Paris (<https://doi.org/10.1787/623da898-en>).

⁶⁸ Alcuni esempi sono un sistema di riconoscimento vocale che si adatta alla voce di un individuo o un sistema di raccomandazione musicale personalizzato. OECD (2024), *Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system*, in OECD Artificial Intelligence Papers, No. 8, OECD Publishing, Paris (<https://doi.org/10.1787/623da898-en>).

Un altro elemento essenziale è che i sistemi di IA hanno degli *obiettivi*, siano essi espliciti o impliciti⁶⁹. L'importanza di questo elemento è duplice. Da un lato, aiuta a determinare il rischio di impatto sui diritti fondamentali o su qualsiasi altro interesse costituzionale. Dall'altro, permette di fare riferimento ad un concetto utilizzato dagli esperti di IA che caratterizza il funzionamento di ogni sistema di IA: la ragionevolezza. Un sistema di IA è, prima di tutto, *ragionevole*, più che intelligente, data la vaghezza e la maggiore complessità di questo concetto. La ragionevolezza è "la capacità di scegliere la migliore azione possibile per raggiungere un determinato obiettivo, dati determinati criteri che è necessario ottimizzare e tenendo conto delle risorse disponibili"⁷⁰. Questo è ciò che, a nostro avviso, farebbe sembrare "intelligente" un sistema di IA, ma l'uso della parola "intelligenza", nonostante sia una metafora molto utile, può causare fraintendimenti su ciò che realmente è questa tecnologia⁷¹. Pertanto, conoscere questo elemento e l'importanza della ragionevolezza permette di sfatare falsi miti e chiarire idee errate sull'IA, come l'obiettività e l'imparzialità di ogni sistema di IA e dei suoi risultati⁷², o l'antropomorfizzazione dell'IA, ovvero credere che dietro un sistema di IA ci sia un'essenza o un'"anima" umana, un sistema che agisce sulla base di un ragionamento o di un esercizio logico come avrebbe fatto un essere umano; tuttavia, i sistemi di IA assomigliano a pappagalli stocastici⁷³, ovvero sistemi che sembrano prendere decisioni come gli esseri umani, ma che replicano solo un comportamento privo di senso e di logica interna, ma in modo stocastico⁷⁴.

Un altro elemento essenziale, la cui inclusione è stata oggetto di un intenso dibattito, è il verbo "inferire". Il concetto di "inferenza" si riferisce generalmente alla fase in cui un sistema genera un output a partire dai suoi input, di solito dopo la sua implementazione. Secondo la norma ISO 22989, "inferenza" si riferisce sia al processo di ragionamento per derivare conclusioni da premesse note (fatti, regole, modelli, caratteristiche o dati grezzi) sia al risultato di tale processo⁷⁵.

Se c'è inferenza, è indispensabile che ci siano input e risultati o output. Un input può essere costituito da conoscenze (ad esempio dati), regole o codice che possono essere introdotti sia da esseri umani che da macchine. Gli output o risultati riflettono le funzioni svolte dal sistema di IA, come raccomandazioni, previsioni o decisioni. Questi risultati rivelano anche il grado di autonomia del sistema di IA, essendo le previsioni le meno autonome, come ad esempio prevedere che una serie di pixel raccolti dalla telecamera di un'auto autonoma sia un pedone, seguite da una raccomandazione, come ad esempio il suggerimento di ascoltare una canzone o di effettuare un acquisto, e terminando con le decisioni che rivelano un maggiore grado di autonomia, come ad esempio fermare un'auto a guida autonoma di fronte a un pericolo⁷⁶.

⁶⁹ Per approfondire la questione, cfr. OECD (2024), *Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system*, in OECD Artificial Intelligence Papers, No. 8, OECD Publishing, Paris (<https://doi.org/10.1787/623da898-en>).

⁷⁰ Gruppo indipendente di esperti di alto livello sull'intelligenza artificiale, Una definizione di intelligenza artificiale: principali capacità e discipline scientifiche, aprile 2019, p. 1.

⁷¹ Sul valore delle metafore, cfr. R. Bustos Gisbert, *El constitucionalista europeo ante la inteligencia artificial: reflexiones metodológicas de un recién llegado*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 131/2024, pp. 149-178, pp. 153-158.

⁷² Un mito molto diffuso nell'immaginario collettivo è che l'IA sia completamente oggettiva perché il suo modo di procedere si basa sulla matematica e sulla statistica, e queste discipline non possono ospitare alcun tipo di ideologia, né essere manipolate in modo tendenzioso o di parte, poiché "due più due sarà sempre quattro". Tuttavia, come già chiaramente esposto da O'NEIL in un libro imprescindibile, anche la matematica può avere un'ideologia, poiché può essere utilizzata per ottenere un risultato desiderato e non un altro. Inoltre, i sistemi di IA tendono a replicare i pregiudizi che si nascondono sia nella formulazione degli algoritmi che nella conformazione dei database utilizzati per addestrare e implementare i sistemi di IA. Cfr. C. O'Neil, *Armas de destrucción matemática. Cómo el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Madrid, 2017.

⁷³ E. M. Bender, et al., *On the Dangers of Stochastic Parrots: Can Language Models Be Too Big?*, in "FAccT '21: Proceedings of the 2021 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency", p. 610 ss. (<https://doi.org/10.1145/3442188.3445922>).

⁷⁴ Sul problema dei fraintendimenti e il loro chiarimento, si veda l'imperdibile E. J. Larson *El mito de la inteligencia artificial. Por qué las máquinas no pueden pensar como nosotros lo hacemos*, in "Shackleton Books", 2022.

⁷⁵ OECD (2024), *Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system*, in OECD Artificial Intelligence Papers, No. 8, OECD Publishing, Paris (<https://doi.org/10.1787/623da898-en>).

⁷⁶ OECD (2024), *Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system*, in OECD Artificial Intelligence Papers, No. 8, OECD Publishing, Paris (<https://doi.org/10.1787/623da898-en>).

3.6. Limitazioni nell'ambito di applicazione

La Convenzione quadro esclude dal suo ambito di applicazione due materie, ma con portata e condizioni diverse: da un lato, la sicurezza nazionale e la difesa; dall'altro, la ricerca. Il motivo dell'esclusione della ricerca, con le limitazioni che saranno indicate di seguito, è quello di non ostacolare l'innovazione tecnologica, poiché si tratta di un obiettivo enunciato in entrambi i testi, data la potenzialità benefica di questa tecnologia a tutti i livelli. Per quanto riguarda la sicurezza nazionale, senza entrare nel merito della sua definizione e della concretizzazione del suo ambito, che sono certamente diversi in ogni paese e in ogni organizzazione internazionale, durante tutti i lavori di negoziazione e redazione della Convenzione si è protratta un'accesa discussione sull'estensione dei requisiti, delle condizioni, dei limiti e dei divieti alle materie e agli interessi di sicurezza nazionale. Gli argomenti a favore e contro erano vari e di diversa natura⁷⁷. La discussione si è svolta nell'ambito dell'evidenza che gli impegni internazionali di rispetto dei diritti umani non potevano essere ignorati per il semplice utilizzo di questa tecnologia, al contrario, è stato ripetutamente ricordato che la Convenzione quadro dovrebbe essere interpretata insieme agli obblighi di rispetto dei diritti umani che le Parti si sono assunte, tenendo conto della giurisprudenza sempre più ampia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materie quali il terrorismo o lo spionaggio di massa⁷⁸.

La Convenzione quadro assume, in primo luogo, i limiti di applicabilità dello Statuto del Consiglio d'Europa⁷⁹, in particolare quello stabilito dall'articolo 1, lettera d), che esclude "le questioni relative alla difesa nazionale" dal campo di applicazione del Consiglio d'Europa⁸⁰. Qualora le Parti lo desiderino, gli obblighi della Convenzione non si applicano ai sistemi di IA relativi alla protezione dei loro interessi di sicurezza nazionale⁸¹, né "alle attività di ricerca e sviluppo relative ai sistemi di intelligenza artificiale non ancora messi a disposizione per l'uso, a meno che non siano svolte prove o attività analoghe in modo tale da poter interferire con i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto"⁸², fatta salva la creazione di ambienti controllati con l'obiettivo di sviluppo, sperimentazione e collaudo, sempre sotto la supervisione delle autorità competenti⁸³ e lo scambio di informazioni frutto della cooperazione internazionale sui contesti di ricerca⁸⁴.

3.7. Cosa esige la Convenzione quadro alle parti firmatarie? Gli obblighi delle parti

La Convenzione è un trattato internazionale e, in quanto tale, stabilisce obblighi solo per le parti firmatarie, che a loro volta devono adottare tutte le misure necessarie a livello nazionale per garantirne il rispetto.

Oltre a effettuare valutazioni dei rischi e dell'impatto in relazione alle ripercussioni reali e potenziali sui diritti umani, sulla democrazia e sullo Stato di diritto, in modo iterativo, e a stabilire misure di prevenzione e mitigazione sufficienti a seguito dell'applicazione di tali valutazioni, consentendo il divieto o la moratoria su determinate applicazioni dei sistemi di IA da parte delle autorità (art.

⁷⁷ A favore della sua inclusione si veda, tra gli altri, D. Korff, *Opinion on the implications of the exclusion from new binding European instruments on the use of AI in military, national security and transnational law enforcement contexts*, in *European Center for Not-for-Profit Law*, ottobre 2022.

⁷⁸ Cfr., *ex multis*, Research Division European Court of Human Rights, "National security and European case law", Consiglio d'Europa, 2013 (<https://rm.coe.int/168067d214>), che deve essere integrato dalla giurisprudenza più recente, come le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo *Big Brother Watch and Others c. Regno Unito*, 13 settembre 2018 e *Centrum För Rättvisa c. Svezia*, 25 maggio 2021.

⁷⁹ Trattato di Londra, 5 maggio 1949.

⁸⁰ Art. 3.4 Convenzione quadro: "Le materie relative alla difesa nazionale non rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione".

⁸¹ *Ibid.*, Art. 3.2.

⁸² *Ibid.*, Art. 3.3.

⁸³ *Ibid.*, Art. 13, "Innovazione sicura".

⁸⁴ *Ibid.*, Art. 25.2.

16), come già spiegato in precedenza, le parti firmatarie devono garantire il rispetto di una serie di principi e assicurare una serie di risorse, diritti procedurali e garanzie.

A tal proposito, devono garantire che le attività nell'ambito del ciclo di vita dei sistemi di IA rispettino principi fondamentali quali la dignità umana e l'autonomia individuale (art. 7), l'uguaglianza e la non discriminazione (art. 10), il rispetto della privacy e la protezione dei dati personali (art. 11), la trasparenza e la sorveglianza (art. 8), la responsabilità e l'affidabilità (art. 9), l'affidabilità (art. 12) e l'innovazione sicura (art. 13).

Allo stesso modo, devono essere resi effettivi una serie di mezzi di ricorso, diritti procedurali e garanzie, come la documentazione delle informazioni pertinenti sui sistemi di IA e sul loro utilizzo e la loro messa a disposizione delle persone interessate (art. 14.2.a), che le informazioni devono essere sufficienti per consentire alle persone interessate di contestare la decisione o le decisioni prese mediante l'uso del sistema o basate sostanzialmente su di esso, nonché di contestare l'uso del sistema stesso (art. 14.2.b) e la possibilità effettiva di presentare un reclamo alle autorità competenti (art. 14.2.c); fornire garanzie procedurali, salvaguardie e diritti effettivi alle persone interessate in relazione all'applicazione di un sistema di intelligenza artificiale quando un sistema di intelligenza artificiale incide in modo significativo sul godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali (art. 15) e avvisare che si sta interagendo con un sistema di intelligenza artificiale e non con un essere umano (art. 15).

In questo contesto, riveste grande importanza il meccanismo di monitoraggio istituito dalla Convenzione, denominato Conferenza delle Parti (art. 23), composto da rappresentanti ufficiali delle Parti della Convenzione per determinare il grado di applicazione delle sue disposizioni. Le sue conclusioni e raccomandazioni contribuiscono a garantire il rispetto della Convenzione quadro da parte degli Stati e ad assicurarne l'efficacia a lungo termine. La Conferenza delle Parti faciliterà inoltre la cooperazione con le parti interessate, anche attraverso audizioni pubbliche sugli aspetti pertinenti dell'attuazione della Convenzione quadro.

3.8. A chi si applica la Convenzione quadro? L'ambito di applicazione

La Convenzione quadro stabilisce una differenza radicale tra il settore pubblico e quello privato per quanto riguarda le modalità di adempimento degli obblighi stabiliti. In realtà, questa differenziazione è stata la questione più controversa oggetto di negoziazione durante tutti gli anni di lavoro del CAI e solo negli ultimi minuti dell'ultima riunione plenaria è stato raggiunto un accordo.

Per quanto riguarda i poteri pubblici, la Convenzione quadro stabilisce chiaramente che ciascuna parte la applicherà "la presente convenzione alle attività che rientrano nel ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale intraprese dalle autorità pubbliche o da soggetti privati che agiscono per loro conto", senza alcuna eccezione o precisazione (ad eccezione di quelle sopra indicate, quali la difesa, la sicurezza nazionale e la ricerca)⁸⁵.

Tuttavia, per comprendere come e in che misura l'attività del settore privato sia vincolata ai requisiti della Convenzione quadro, è necessario considerare tre precetti congiuntamente: in primo luogo, l'art. 1, che sottolinea che l'obiettivo di questa norma è garantire che le attività dei sistemi di IA siano "pienamente coerenti con i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto", indipendentemente dal fatto che appartengano al settore pubblico o privato; in secondo luogo, l'art. 3.1.b), che sviluppa in dettaglio l'applicabilità della Convenzione al settore privato, come verrà spiegato di seguito; e, in terzo luogo, l'art. 24, che stabilisce l'obbligo di ciascuna Parte di riferire periodicamente sulle attività intraprese per dare effetto alla vincolatività della Convenzione sia per quanto riguarda le attività delle autorità pubbliche che del settore privato.

⁸⁵ *Ibid.*, Art. 3.1.a).

Per quanto riguarda le attività svolte da attori privati non inclusi nell'art. 3.1.a), ciascuna Parte avrà solo l'obbligo di affrontare i rischi e gli impatti derivanti dalle loro attività (art. 3.1.b). Tale obbligo sarà adempiuto tenendo conto di tre questioni:

- la prima, deve essere conforme all'oggetto e allo scopo della Convenzione. A tal proposito, l'art. 1.2 stabilisce che ciascuna Parte deve adottare o mantenere misure legislative, amministrative o di altra natura appropriate per dare effetto agli obblighi stabiliti nella presente Convenzione. Tali misure saranno graduali e differenziate a seconda della gravità e della probabilità di impatti negativi sui diritti umani, sulla democrazia e sullo Stato di diritto durante il ciclo di vita dei sistemi di IA, e potranno includere misure orizzontali applicabili indipendentemente dal tipo di tecnologia utilizzata;

- il secondo presuppone che, al momento della ratifica della Convenzione, ciascuna Parte debba specificare in una dichiarazione come intende attuare tale obbligo, sia applicando i principi e gli obblighi stabiliti nei capitoli da II a VI della Convenzione agli attori privati, sia adottando altre misure adeguate per l'adempimento degli obblighi stabiliti nell'art. 3.1.b). Tale dichiarazione può essere modificata in qualsiasi momento e in qualsiasi modo;

- la terza, come già indicato in precedenza, prevede che ciascuna Parte informi la Conferenza delle Parti (meccanismo di monitoraggio della Convenzione, sviluppato nel capitolo VII) entro i primi due anni e successivamente a intervalli regolari, in merito ai dettagli delle attività svolte per dare attuazione all'art. 3.1.a) e b)⁸⁶.

In definitiva, fermo restando che lo Stato o la parte firmataria si impegna a far sì che il settore privato rispetti gli obblighi stabiliti dalla Convenzione, viene concesso un ampio margine di manovra per quanto riguarda le modalità di attuazione, ovvero attraverso strumenti giuridicamente vincolanti o meno.

Tale limitazione non sussiste per gli obblighi stabiliti dalla Convenzione che, sebbene rivolti in primo luogo agli Stati firmatari, data la loro natura di norma internazionale, questi ultimi assumono l'obbligo di garantire che nessun sistema di IA violi i diritti fondamentali, indipendentemente dal responsabile, data la dottrina consolidata elaborata dal Consiglio d'Europa in materia di obblighi positivi degli Stati (*positive obligations*)⁸⁷.

3.9. Entrata in vigore e applicabilità

Nel caso della Convenzione quadro, il termine di entrata in vigore varia a seconda che si tratti di uno Stato membro del Consiglio d'Europa, di uno Stato non membro che ha partecipato alla sua elaborazione, dell'UE o di qualsiasi altro firmatario che abbia manifestato l'intenzione di vincolarsi. Nel primo caso, l'entrata in vigore avverrebbe il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui cinque firmatari, tra cui almeno tre Stati membri del Consiglio d'Europa, abbiano manifestato il loro consenso ad essere vincolati⁸⁸. Nel secondo caso, entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data di deposito del proprio strumento di ratifica, accettazione o approvazione⁸⁹.

⁸⁶ *Ibid.*, Art. 24.

⁸⁷ Cfr., p.e., V. Stoyanova, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries*, Oxford, 2023 (<https://doi.org/10.1093/oso/9780192888044.001.0001>); D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London, 2012; J. F. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, in *Human rights handbooks*, No. 7, Council of Europe, 2007 (<https://rm.coe.int/168007ff4d>).

⁸⁸ Art. 30.3 Convenzione quadro.

⁸⁹ *Ibid.*, Art. 30.4. Alla scadenza del primo anniversario dall'apertura alla firma della Convenzione quadro, essa è stata firmata da Andorra, Georgia, Islanda, Liechtenstein, Montenegro, Norvegia, Repubblica di Moldavia, San Marino, Svizzera, Ucraina, Regno Unito, Canada, Israele, Giappone, Stati Uniti d'America, Uruguay e Unione Europea (anche a nome dei 27 Stati membri), per un totale di 44 parti, un numero piuttosto elevato. Tuttavia, non ha ricevuto alcuna ratifica. Un elenco aggiornato delle firme e delle ratifiche è disponibile all'indirizzo <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/the-framework-convention-on-artificial-intelligence>.

4. Il rapporto di complementarità tra la Convenzione quadro e il Regolamento dell'Unione europea sull'IA

Una volta analizzato il contenuto della Convenzione quadro e studiato il regolamento dell'UE sull'IA, è chiaro che l'obiettivo di regolamentare giuridicamente, dal punto di vista dei diritti fondamentali, gli usi e gli effetti dell'IA in Europa è stato raggiunto. Tuttavia, dopo aver analizzato entrambe le norme, la domanda sorge spontanea: è necessario disporre di entrambi gli strumenti o ne basterebbe uno solo?

Dal nostro punto di vista, esiste una chiara relazione di complementarità tra le due norme, poiché il Regolamento sostituisce la legislazione nazionale degli Stati membri dell'UE con il diritto dell'UE direttamente applicabile, mentre la Convenzione quadro affronta la cooperazione intergovernativa su come regolamentare la progettazione, lo sviluppo e l'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale in relazione ai diritti umani, alla democrazia e allo Stato di diritto. La Legge sull'IA si basa sulla regolamentazione del mercato interno dei prodotti di IA dell'UE, mentre la nuova Convenzione quadro del Consiglio d'Europa si concentra su principi più ampi per lo sviluppo e l'applicazione dei sistemi di IA dal punto di vista del loro impatto sui diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto, costituendo quindi, in sostanza, un trattato tematico sui diritti umani simile alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, entrambi gli strumenti giuridici rimangono strettamente correlati, poiché condividono gli stessi valori fondamentali, e il Regolamento sull'IA disciplina in modo più dettagliato alcune delle questioni affrontate dalla convenzione quadro del Consiglio d'Europa sotto forma di principi comuni.

Detto questo in modo sommario, occorre prestare attenzione a due argomenti principali.

In primo luogo, occorre soffermarsi sul contenuto o materia di disciplina. Ovviamente, questo aspetto interessa solo gli Stati membri dell'UE che firmeranno e ratificheranno la Convenzione quadro.

Sebbene apparentemente sembrino coincidere pienamente, soprattutto perché entrambe le norme escludono la sicurezza nazionale dal loro ambito di applicazione, uno studio rigoroso, come già sottolineato, rivela che il Regolamento disciplina la materia dal prisma delle competenze che il mercato interno gli offre. Da questa prospettiva, appare immediato sottolineare come dal mercato interno non sia possibile regolamentare in tutta la sua estensione gli effetti che l'IA può avere sui diritti fondamentali, sullo Stato di diritto e sulla democrazia. Non si può affermare lo stesso per la Convenzione quadro, non essendo limitata dal sistema di attribuzione delle competenze su cui si basa l'UE (art. TUE).

Soffermiamoci sui diritti fondamentali: il Regolamento sottolinea che il suo obiettivo è garantire i diritti fondamentali della Carta (art. 1). Tuttavia, il contenuto della Carta non è equivalente ai diritti che costituiscono l'oggetto della Convenzione quadro, il cui art. 4 fa riferimento ai diritti sanciti dal diritto internazionale applicabile e dal diritto interno di ciascuna parte firmataria. In altre parole, nonostante il diritto dell'UE riconosca e assimili l'acquis costituzionale degli Stati membri, almeno in Spagna, ogni testo costituzionale in materia di diritti fondamentali e la CDFUE hanno un ambito di applicazione e un contenuto non equivalenti né coincidenti. E l'UE non può attribuirsi competenze normative in materia di diritti umani, poiché lo stesso articolo 51.2 CDFUE stabilisce chiaramente che "La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati". Inoltre, è importante sottolineare che l'UE in materia di diritti umani non ha firmato gli stessi trattati internazionali dei 27 Stati membri, o nel nostro caso della Spagna; senza andare oltre, potremmo citare la CEDU, alla quale l'UE è in via di adesione. Allo stato attuale, sebbene vi sia un processo di convergenza materiale, non vi è alcuna identità.

Se prendiamo in considerazione lo Stato di diritto, l'art. 1 del Regolamento lo include nel suo ambito di applicazione attraverso i diritti fondamentali della CDFUE. In effetti, l'UE sviluppa principalmente istituzioni dello Stato di diritto sulla base di diritti proxy, come l'articolo 47 della CDFUE e l'articolo 19.1.2 TUE: tali diritti sono la base che la CGUE utilizza per le sue sentenze contro

l'Ungheria e soprattutto la Polonia per combattere la riforma del potere giudiziario. Questa giurisprudenza dimostra che l'UE non ha attribuzioni esplicite in materia di Stato di diritto, ma che la CGUE sta costruendo in modo pretorio una concezione dello Stato di diritto attraverso questi due precetti che racchiudono diritti fondamentali molto concreti. Lo Stato di diritto è riconosciuto come un valore fondamentale dell'UE (articolo 2 TUE), ma non come una competenza orizzontale. Per non dilungarci su queste considerazioni che meriterebbero un'analisi molto più approfondita e tecnica, lo stesso che è stato affermato per lo Stato di diritto potrebbe essere affermato per la democrazia, per il cui sviluppo non ha attribuzioni competenziali chiare, ma sviluppa questa istituzione e i suoi principi attraverso diritti proxy, in particolare per questioni relative al mercato digitale. Ancora una volta, la competenza della regolamentazione del mercato interno.

Come già sottolineato, il regolamento combina due quadri normativi molto diversi: la protezione dei diritti fondamentali e lo sviluppo di una legislazione sui prodotti o di un sistema di certificazioni per l'introduzione nel mercato dell'UE dei sistemi di IA. Ma l'oggetto della Convenzione quadro non è solo l'IA, bensì eminentemente l'IA in relazione ai diritti fondamentali (e allo Stato di diritto e alla democrazia) e, sebbene l'UE abbia la competenza di disciplinare l'uso della tecnologia e soprattutto la sua certificazione, non esaurisce la dimensione costituzionale degli effetti che questa tecnologia può avere sui diritti fondamentali, sui principi dello Stato di diritto e sui processi e le istituzioni democratiche. La diversa dimensione, il diverso punto di vista o, se si preferisce, lo spirito con cui si affrontano i due testi sono completamente diversi, uno commerciale e l'altro costituzionale. È sufficiente una semplice lettura dei considerando del Regolamento e della Relazione Esplicativa della Convenzione quadro per constatare tale differenza⁹⁰. Si tratta quindi di strumenti che si completano dal punto di vista sostanziale.

In secondo luogo, dal punto di vista dei firmatari, risulta ancora più evidente il carattere complementare dei due testi. Oltre al settore civile, industriale e accademico, il CAI era composto dai 46 Stati membri del Consiglio d'Europa, dai suoi 5 Stati osservatori, ovvero Canada, Stati Uniti, Santa Sede, Messico e Giappone, e inoltre da Australia, Argentina, Costa Rica, Uruguay, Perù, Israele e dall'Unione Europea rappresentata dalla Commissione. I rispettivi sistemi giuridici e gli interessi normativi di tutti questi paesi erano molto diversi, per cui solo un alto livello di generalità nella formulazione degli obblighi rendeva possibile un accordo soddisfacente per tutti. L'esempio più evidente è stato il diverso regime normativo che è stato infine previsto tra il settore privato e quello pubblico. Durante i negoziati e la stesura della Convenzione, Paesi con una potente industria dell'IA, come Giappone, Israele, Regno Unito, Stati Uniti o Canada, tra gli altri e per diverse ragioni, hanno dichiarato l'impossibilità di accettare una regolamentazione esaustiva per il settore privato come quella che la Convenzione cercava di stabilire per il settore pubblico. Questa differenziazione, che comportava un abbassamento degli standard di protezione dei diritti umani in relazione al settore privato, era inaccettabile per molti paesi, in particolare per la maggior parte dei 27 Stati membri dell'UE e per la stessa UE. Le posizioni erano così contrapposte che il processo di negoziazione e redazione è rimasto bloccato per mesi su questo tema. Tuttavia, quando nell'ultimo triloquio, nel dicembre 2023, è stato annunciato l'accordo finale tra il Parlamento europeo e il Consiglio che avrebbe portato all'approvazione del Regolamento, la maggior parte degli Stati membri dell'UE, in particolare la Spagna, hanno percepito l'animo del Regolamento di mantenere elevati standard nella protezione dei diritti nel settore privato, per cui perdeva di significato replicare tali standard nella Convenzione, tanto più se ciò avesse messo a rischio l'adesione dei Paesi citati.

In definitiva, una volta approvato il Regolamento, la complementarità tra i due testi ha salvato il processo di negoziazione della Convenzione quadro, sebbene significò, da una parte, l'abbassamento degli standard generali della Convenzione ha suscitato forti critiche da parte dei rappresentanti della società civile nel CAI, e, dall'altra, lasciare alla discrezione degli Stati la disciplina del settore privato, con il protagonismo di una dichiarazione che può essere modificata in qualsiasi momento (art. 3) e consentendo una totale indeterminatezza della natura giuridica dello strumento che lo regola (art. 1).

⁹⁰ <https://rm.coe.int/1680afae67>.

5. Considerazioni finali

Con il passare del tempo diventa sempre più evidente l'importanza delle nuove tecnologie come l'IA nella vita quotidiana delle persone e l'impatto che stanno avendo sulle principali istituzioni giuridiche delle società democratiche e sui diritti fondamentali.

Per questo motivo è imperativo disciplinarne l'uso, superando la falsa e diffusa dicotomia tra regolamentazione e godimento dei vantaggi offerti dall'IA, in quanto ogni regolamentazione si tradurrebbe in un ostacolo o almeno in un intralcio all'innovazione tecnologica (*sic*).

Fortunatamente, sono sempre più numerosi gli interventi normativi giuridicamente vincolanti sull'uso dell'IA, tanto a livello nazionale quanto internazionale. Ciononostante, dai problemi sollevati dai tentativi di regolamentare l'uso di Internet è stato possibile trarre una conclusione principale: le tecnologie con effetti transnazionali devono essere oggetto di norme internazionali che contengano standard e impegni di respiro globale, posto che ciò consentirebbe allineare ed unire gli sforzi di tutti i poteri pubblici nella limitazione degli abusi, oltre che garantirebbe un'adeguata protezione dei diritti dei cittadini.

Ovviamente, quanto più globali sono gli standard normativi, tanto più astratti e generici devono essere nella loro formulazione e nel loro contenuto. Di talché, necessaria sarà una concretizzazione e uno sviluppo a livello nazionale.

Pertanto, se si tratta di adeguare lo sviluppo dei sistemi di IA alle categorie del diritto pubblico, con contenuti che implicano l'esercizio della sovranità, come nel caso dei diritti fondamentali, della democrazia e dello Stato di diritto, la partecipazione delle autorità nazionali allo sviluppo di tale normativa è senza dubbio auspicabile e positiva dal punto di vista costituzionale.

In questo schema si inserisce perfettamente l'essenza dell'essere e del funzionamento del Consiglio d'Europa: un'organizzazione internazionale incentrata sulla promozione e la protezione dei diritti fondamentali, della democrazia e dello Stato di diritto, che consente a Paesi non membri (o organizzazioni come l'Unione Europea) la partecipazione nell'elaborazione di strumenti internazionali e la successiva adesione. Le Convenzioni sul crimine informatico (nota come Convenzione di Budapest), ratificata da 76 paesi, o quella sulla protezione delle persone con riguardo al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale (nota come Convenzione 108), ratificata da 55 paesi, ne sono due chiari esempi.

In questo senso, l'elaborazione della Convenzione quadro sull'IA e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto del Consiglio d'Europa, e la sua apertura alla firma e alla ratifica a partire da settembre 2024 è un'ottima notizia per tutti coloro che ritengono che la tecnologia debba essere al servizio dell'umanità (*human centered AI*). La firma di questa Convenzione da parte di attori internazionali così importanti come gli Stati Uniti d'America, l'Unione Europea (a proprio nome e in rappresentanza dei 27 Stati membri), il Regno Unito e Israele, senza sminuire l'importanza di altri Stati firmatari come Andorra, Georgia, Moldavia, Norvegia e Islanda, ha delle implicazioni giuridiche.

L'obiettivo principale di questa Convenzione quadro, chiaramente enunciato nei suoi articoli, è "garantire che le attività che rientrano nel ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale siano pienamente coerenti con i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto". Il raggiungimento è perseguito attraverso una serie di impegni e decisioni, come ad esempio consentire di differenziare la regolamentazione tra il settore pubblico e quello privato, potenzialmente discutibili e criticabili, ma che senza dubbio costruiscono ponti di comprensione tra diverse tradizioni e sistemi giuridici e interessi normativi. Gli impegni e i principi di natura sostanziale sono per lo più piuttosto generici, il che richiede e consente di conseguenza lo sviluppo e la concretizzazione da parte delle autorità nazionali. Nell'ambito dei 27 Stati membri dell'UE, questo lavoro è stato svolto in larga misura attraverso il regolamento sull'IA, anche se il suo ambito e la sua dimensione, non del tutto coincidenti con quelli della Convenzione quadro, richiederanno azioni specifiche e settoriali da parte delle autorità nazionali.

Senza dubbio, i Paesi europei, anche attraverso le loro due principali organizzazioni internazionali come il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea, hanno dimostrato una leadership nell'affrontare i rischi

che generano determinati usi dell'IA, e lo hanno fatto da una prospettiva che non impedisce l'innovazione tecnologica, ma che piuttosto la orienta affinché l'essere umano possa godere dei suoi benefici e delle sue potenzialità la cui interezza non è tuttora definibile. Da un punto di vista costituzionale questa è la posizione giusta, a giudicare dall'interesse che sta suscitando l'impegno a rispettare gli impegni e i principi della Convenzione quadro, una posizione che ha permesso alle società europee di godere del benessere e di esercitare pienamente i propri diritti e che risulta attraente per altri Paesi con una cultura giuridica diversa.

Abstract

Il 5 settembre 2025 a Vilnius, in Lituania, è stata aperta alla firma la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto, il primo trattato internazionale giuridicamente vincolante in materia. La sua vocazione universale, evidenziata dalla partecipazione alla sua redazione e negoziazione di paesi non europei che lo hanno già firmato, come gli Stati Uniti d'America, il Canada, il Giappone e l'Uruguay, stabilisce principi giuridici e obblighi essenziali che garantiscono che le attività dei sistemi di IA siano pienamente compatibili con i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto. Principi giuridici fondamentali come la dignità umana, l'autonomia individuale, l'uguaglianza e la non discriminazione, la privacy e la protezione dei dati, insieme a principi di carattere più tecnico come la trasparenza, la supervisione, l'affidabilità e l'innovazione sicura, oltre al riconoscimento delle risorse e delle garanzie procedurali, costituiscono l'apparato giuridico che le parti firmatarie devono attuare e sviluppare nei loro ordinamenti giuridici nazionali, sul quale è difficile non essere d'accordo. Insieme alla vocazione universale, la Convenzione quadro è stata concepita come una norma che deve essere integrata da altre norme in materia. A livello europeo, spicca il Regolamento dell'Unione Europea sull'IA, con cui ha un indubbio rapporto di complementarità.

Parole chiave: intelligenza artificiale, diritti umani, democrazia, Stato di diritto, Convenzione quadro, Consiglio d'Europa

*

On 5 September 2025, in Vilnius, Lithuania, the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, the first legally binding international treaty on the subject, was opened for signature. Its universal scope, evidenced by the participation in its drafting and negotiation of non-European countries that have already signed it, such as the United States of America, Canada, Japan, and Uruguay, establishes legal principles and essential obligations that ensure that the activities of AI systems are fully compatible with human rights, democracy, and the rule of law. Fundamental legal principles such as human dignity, individual autonomy, equality and non-discrimination, privacy and data protection, together with more technical principles such as transparency, oversight, reliability and safe innovation, as well as the recognition of procedural remedies and safeguards, form the legal framework that the signatory parties must implement and develop in their national legal systems, which is difficult to disagree with. Along with its universal vocation, the Framework Convention was conceived as a standard that should be complemented by other standards on the subject. At the European level, the European Union's AI Regulation stands out, with which it has an undeniable complementary relationship.

Key words: artificial intelligence, human rights, democracy, rule of law, Framework Convention, Council of Europe

Investigación científica e Inteligencia Artificial: perspectivas constitucionales^()*

Joaquín SARRIÓN ESTEVE*

*Mi libertad me insiste con lo que no me atrevo (...)
Mi libertad es tango de par en par abierto
Y es blues y es cueca y choro, danzón y romancero
Mi libertad es tango, jugar de pueblo en pueblo
Y es murga y sinfonía y es coro en blanco y negro
Mi libertad es tango que baila en diez mil puertos
Y es rock, malambo y salmo y es ópera y flamenco
Mi libertango es libre, poeta y callejero
Tan viejo como el mundo, tan simple como un credo (...)"*
(Libertango, A. Piazzola)

Sumario: 1. Introducción 2. Hacia un nuevo tango jurídico: los principios jurídicos y éticos del tecnodercho en la investigación científica 3. Los principios éticos en la investigación con sistemas de IA según la IA 4. Conclusiones

1. Introducción

Sin duda, la Inteligencia Artificial ha venido para quedarse. Ahora bien, ¿qué podemos entender por inteligencia artificial? ¿hay -realmente- una inteligencia artificial? Como es bien sabido, no hay, una definición precisa, comúnmente aceptada, hoy en día, de lo que es inteligencia artificial o lo que debemos entender como tal¹, ni siquiera de lo que puede llegar a ser capaz esta tecnología².

No obstante, podemos considerar que para que una innovación tecnológica pueda ser calificada de "inteligente", tendría, por un lado, que contener un componente tecnológico, y, por tanto, no biológico, esto es, que consistir en instrumento(s) y/o procedimientos industriales, a la vez que, goce de la capacidad de entender o comprender, y de resolver problemas³.

Quizá es algo común hacer referencia al famosa prueba o test de Turing, como fórmula que permitiría potencialmente identificar lo que es una IA, aunque Turing no se refiera de forma explícita al concepto,

(*) Reconocimientos: Este trabajo se realiza en el ámbito y como resultado de la Cátedra Jean Monnet Gobernanza y Regulación en la Era Digital -Proyecto 101127331 *GovReDig*. Financiado por la Unión Europea. Los puntos de vista y opiniones expresados son los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea ni los de la Agencia Ejecutiva en el Ámbito Educativo y Cultural Europeo (EACEA). Ni la Unión Europea ni la EACEA pueden ser consideradas responsables de las mismas.

* Profesor Titular de Derecho constitucional, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

¹ Así, en C. Benlloch Domènech, J. Sarrión Esteve, *Los derechos fundamentales ante las aporías de la era digital*, en *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, 46/2022, p. 8 (<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2022.46.17046>).

² Si bien, esta inteligencia artificial, o esta tecnología "inteligente" puede tener una potencialidad inmensa. Véase, a propósito de su capacidad, el estupendo libro de R. López de Mántaras, y P. Meseguer González, *Inteligencia artificial*, Madrid, 2017.

³ Si seguimos las definiciones que, para "tecnología" y "artificial", respectivamente, facilita el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE).

en el sentido de que una máquina pueda aparentar ser una persona humana, sin posibilidad de otra persona pueda distinguirla de una verdadera persona humana⁴.

De hecho, la complejidad de definir la inteligencia artificial ha motivado que se hable de “inteligencias artificiales” en plural, diferenciando el nivel o grado de inteligencia existente⁵ y, en particular, entre IA débil e IA fuerte, siendo ésta última la que es capaz de un pensamiento equivalente al humano o, incluso, en algún caso, superarla, lo que se denomina súper Inteligencia Artificial⁶; mientras que la débil no llega a tanto, si bien sería más avanzada que los antecedentes de la IA que constituyeron los llamados “sistemas expertos” y que constituyen soportes o ayudas al ser humano en la toma de decisiones.

Por ello, ya se hacía referencia a “sistemas” de IA en la Comunicación de la Comisión Europea “Inteligencia artificial para Europa”, dando por sentado que podía haber diferentes tipologías de IA, entendiendo que podían integrarla: “los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos”⁷.

No obstante, lo importante quizá era disponer o conseguir un concepto jurídico autónomo de IA⁸, que no hemos tenido, al menos en la Unión Europea, hasta la reciente aprobación del Reglamento de Inteligencia Artificial⁹, a pesar de las voces que identificaban la necesidad de un marco ético y jurídico adecuado para regular tanto la IA como las demás tecnologías emergentes “inteligentes” y “disruptivas”¹⁰, y que, como sostuvimos, aunque el Reglamento de IA sea más limitado en su aspiración, debía basarse en:

principios claros, y debe tener en cuenta todas las fases del desarrollo tecnológico, desde la propia investigación, el diseño, el desarrollo, la implementación, así como también su utilización, haciendo referencia a las diferentes esferas, campos o temas en los que se pueden utilizar (por ejemplo, participación política, seguridad pública y privada, sanidad, medicina, investigación, servicios, etcétera)¹¹.

⁴ A. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, en *Mind*, 59/ 1950, p. 433 ss. (<https://courses.cs.umbc.edu/471/papers/turing.pdf>). El concepto de “Inteligencia Artificial” o, mejor dicho, la expresión se debe a McCarthy en un seminario del Dartmouth College de New Hampshire, como indican S. J. Russell, P. Norvig, *Artificial Intelligence. A modern Approach*, London, 3rd ed., 2016, p. 7.

⁵ A. Kaplan, y M. Haenlein, *Siri, Siri, in My Hand: Who's the Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations, and Implications of Artificial Intelligence*, en *Business Horizons*, 62/2019, p. 15 ss.

⁶ Véase J. Turner, *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, London, 2019, p. 6; C. Bartneck, C. Lütge, A. Wagner, S. Welsh, *An Introduction to Ethics in Robotics and AI*, Cham, 2021, p. 10; J. Almazora, *Inteligencia Artificial e Inteligencia Humana, una distinción necesaria*, en M. Azuaje Pirela (coord.), *Introducción a la Ética y el Derecho de la Inteligencia Artificial*, Cizur Menor, 2023, pp. 45-46.

⁷ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, “Inteligencia artificial para Europa”, COM(2018)237 ([https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2018\)237&lang=es](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2018)237&lang=es)).

⁸ De hecho, en el arco de la Acción Europea “Desafíos para la regulación de la Inteligencia Artificial”, que coordiné, uno de los resultados que pusimos de manifiesto era que, precisar un concepto legal de IA era uno de los grandes desafíos de la necesaria regulación de esta tecnología. EUIN2017-87410, 2017-2018.

⁹ 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). DOUE n. 1689, de 12 de julio de 2024. DOUE-L-2024-81079

¹⁰ Dados los límites de la autorregulación. Véase, entre otros, B. Wagner, *Ethics as an Escape from Regulation. From «Ethics-Washing» to Ethics-Shopping?*, en E. Bayamlioglu, et al. (eds.), *Being Profiled. Cogitas Ergo Sum. 10 Years of «Profiling the European Citizen»*, Amsterdam, 2018, pp. 84-88; R. Campione, *La plausibilidad del Derecho en la era de la Inteligencia Artificial*, Madrid, 2020, p. 96. Esta preocupación, era asumida también por el propio Parlamento Europeo, como pone de manifiesto la Resolución de 16 de febrero de 2017 sobre la necesidad de elaborar una normativa civil a nivel europeo sobre robótica (Resolución sobre normas de Derecho civil sobre robótica), en la que se reflejan “los valores humanistas intrínsecamente europeos y universales que caracterizan la contribución de Europa a la sociedad”. Véase, Parlamento Europeo, “Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica”, 2015/2103(INL) (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html).

¹¹ C. Benlloch Domènech, J. Sarrión Esteve, *Los derechos fundamentales ante las aporías de la era digital*, cit., p. 10.

Pues bien, el Reglamento de IA trata de precisar qué se puede entender, desde el punto de vista normativo europeo, por sistemas de IA, con la pretensión de que la definición sea armonizable con los trabajos de organizaciones internacionales, a la vez que sea adaptable, flexible, dados los avances tecnológicos, tal y como se desprende del considerando 12 del Reglamento de IA, precisando el art. 3.1 d) lo que se entiende, a efectos del Reglamento, por “sistema de IA”:

*un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales*¹².

Como la definición no es tan sencilla, la Comisión Europea ha elaborado unas directrices sobre la definición de sistema de AI, para aplicar la aplicación práctica del concepto, de forma que pueda ayudar a las personas y empresas a determinar si un sistema es o no de IA a efectos de aplicación del Reglamento, lo que no es baladí, dado que, si no es un sistema de IA, quedaría fuera de su ámbito de aplicación¹³.

Además, como se ha indicado con acierto, estos sistemas de IA demuestran una capacidad tecnológica que tiene como resultado, en última instancia, la realización de decisiones o autónomas o la sugerencia de decisiones, lo que puede ayudar, en el ámbito jurídico, en la investigación e interpretación, tanto de hechos físicos como jurídicos, como se expone en el propio Anexo III, del RIA; si bien también puede tener otros usos en el ámbito jurídico que son de interés, y que se han puesto de manifiesto el Estudio en profundidad sobre el uso de IA en los sistemas judiciales, del Consejo de Europa, como la búsqueda avanzada de jurisprudencia, la resolución en línea de disputas o conflictos, asistencia en la redacción de estrictos jurídicos, análisis predictivos, etc¹⁴.

No obstante, aunque el objetivo del Reglamento de IA es lograr un marco jurídico aplicable a los sistemas de IA que se utilicen o introduzcan en el mercado de la Unión, estableciendo garantías y obligaciones, fundamentadas en el riesgo, lo cierto es que excluye de su ámbito de aplicación tanto a los ámbitos que queden fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (art. 2.3 RIA), a los sistemas de IA que se utilicen exclusivamente con fines militares, de defensa o de seguridad nacional, con independencia de la entidad que lo haga (art. 2.3 RIA); como también a las autoridades públicas de un tercer países y organizaciones internacionales que utilicen sistemas de IA en el marco de la cooperación internacional o de acuerdos de cooperación policial y judicial con la Unión, siempre que ofrezcan garantías suficientes de protección de los derechos fundamentales (art. 2.4 RIA); sistemas y modelos de IA específicamente desarrollados y que se pongan en servicio “con el único fin de la investigación y el desarrollo científicos” (art. 2.6 RIA); las actividades de investigación, prueba o desarrollo de sistemas o modelos de AI, con carácter previo a su introducción en el mercado o su puesta en servicio (art. 2.8 RIA); a las personas físicas que utilicen sistemas de IA en el curso de una actividad personal de carácter no profesional; y los sistemas de IA bajo licencias libres y de código abierto, con la excepción de que sean de alto riesgo o de riesgo limitado (art. 2.10 RIA).

Así pues, podemos ver como hay dos exclusiones que afectan a la actividad de investigación con IA, tanto el propio uso de sistemas y modelos de IA específicamente desarrollados y que se pongan en servicio con el único fin de la investigación y el desarrollo científicos, prevista en el art. 2.6 RIA, como

¹² Resaltado añadido por el autor.

¹³ Ya disponibles en español, Directrices de la Comisión relativas a la definición de sistema de inteligencia artificial establecida en el Reglamento (UE) 2024/1689 (Reglamento de IA), 2025 (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/commission-publishes-guidelines-ai-system-definition-facilitate-first-ai-acts-rules-application>).

¹⁴ Véase R. Cippitani, I. Cornejo-Plaza, *Interpretación del derecho e inteligencia artificial*, en J. A. Martínez Gómez, A. F. Carrillo Salgado, y J. C. Muñoz Mendiola (coord.), *Direcciones contemporáneas de la argumentación jurídica, hermenéutica e interpretación*, Valencia, 2024, pp. 97-98; Consejo de Europa, Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), “Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno”, Estrasburgo, 3 de diciembre de 2018, Apéndice I “Estudio en profundidad sobre el uso de IA en los sistemas judiciales, en particular las aplicaciones de IA que procesan datos y decisiones judiciales” (<https://www.protecciondata.es/wp-content/uploads/2021/12/Carta-Etica-Europea-sobre-el-uso-de-la-Inteligencia-Artificial-en-los-sistemas-judiciales-y-su-entorno.pdf>).

también a la propia actividad de investigación, prueba o desarrollo de sistemas de IA, con carácter previo a su introducción en el mercado o puesta en servicio, conforme al art. 2.8 RIA¹⁵, si bien se especifica en este caso que estas actividades “se llevarán a cabo de conformidad con el Derecho de la Unión aplicable” – como si se pudiera hacer otra cosa – y que las pruebas “en condiciones reales no estarán cubiertas por esta exclusión”.

En realidad, toda actividad de investigación y desarrollo científico, también la utilización de sistemas y modelos de IA desarrollados para la investigación y que se utilicen con éste único fin, se somete, como no puede ser de otra manera, al Derecho de la Unión aplicable, lo que va a incluir, también con alguna excepción prevista en la misma, del Reglamento General de Protección de Datos, y, en su caso, del resto de normativa en materia de protección y utilización de datos. Sin embargo, esta llamada al resto del Derecho de la UE puede no ser tan inocua como a priori puede parecer, puesto que, podemos entender, que implica que todas estas actividades entran dentro del ámbito de aplicación del DUE y, por tanto, debemos entender aplicable la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de forma que los derechos y libertades reconocidos en la misma estarían tutelados frente a la utilización para investigación, y para estos usos, de los sistemas de IA, aunque no se apliquen de forma específica las garantías y procedimientos previstos en el RIA, con la excepción hecha de las pruebas en condiciones reales, a las que sí se aplican. Asimismo, debemos entender aplicable, en su ámbito, y en la medida en que respete la primacía del Derecho de la Unión, el Derecho interno.

La finalidad de la exclusión de la actividad científica del ámbito de aplicación del RIA responde, como nos indica el considerando 25 del RIA, precisamente al ánimo de que la norma no suponga una limitación de la actividad científica y de investigación, de forma que se apoye, excluyendo su aplicación, a la innovación, pero, en cualquier caso “*toda actividad de investigación y desarrollo debe llevarse a cabo de conformidad con normas éticas y profesionales reconocidas para la investigación científica y con el Derecho aplicable de la Unión*”¹⁶.

Si comparamos lo que incluye el considerando con las previsiones de los apartados 6 y 8 del art. 2 RIA podemos destacar que mientras que el artículo hace referencia a la aplicación del Derecho de la Unión, el considerando amplía la llamada a “las normas éticas y profesionales reconocidas” para la investigación científica, además del Derecho de la Unión aplicable. Desde luego, hubiera sido deseable que el art. 2.8 RIA también incluyera esta llamada a las normas éticas y profesionales puesto que, en ese caso, no sería necesario entrar a valorar el carácter vinculante o no de los considerandos más allá de su naturaleza como criterios guía de orientación para la aplicación e interpretación de la normativa, incluyendo el RIA.

En cualquier caso, es de interés identificar esas normas éticas y profesionales “reconocidas” para la investigación científica que van a constituir lo que podemos denominar como los principios éticos aplicables a la investigación con IA y que van a complementar el propio Derecho de la Unión Europea y los principios jurídicos que en el mismo se establecen.

2. Hacia un nuevo tango jurídico: los principios (éticos) del tecnoderecho en la investigación científica

Ciertamente, para poder identificar los principios éticos aplicables a la investigación científica con sistemas de IA, se hace necesario bucear en diversos textos e informes, incluyendo, entre otros, el Plan Coordinado sobre Inteligencia Artificial de 2018¹⁷, las denominadas “Directrices Éticas para una IA

¹⁵ Rodríguez de las Heras Ballell plantea que son dos exclusiones de distinta naturaleza, la primera (art. 8.2 RIA) es una exclusión de naturaleza material, que impacta en el ámbito objetivo de aplicación; la segunda (art. 8.6 RIA) es una exclusión vinculada al ámbito personal de aplicación. Véase, T. Rodríguez de las Heras Ballell, *Artículo 2. Ámbito de aplicación*, en M. Barrio Andrés (dir.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Madrid, 2024, p. 153.

¹⁶ Resaltado añadido por el autor.

¹⁷ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Plan coordinado sobre la inteligencia artificial”, 7 de diciembre de 2018, COM(2018) 795 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0795>).

fiable”¹⁸, elaborada por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, creado por la Comisión Europea en junio de 2018, y que se publica en 2019, así como el propio Derecho de la Unión, dado que es posible que algunos principios hayan sido objeto de positivación. De esta forma, podríamos inferir los principios del tecnoderecho o Derecho europeo de la ciencia y la tecnología, y que podemos considerar como el nuevo tango jurídico a considerar en la investigación científica de la era digital.

Sin embargo, en realidad, gran parte de los principios éticos, entendidos como mandatos de orientación, ya están contenidos en normas jurídicas y son obligaciones legales, puesto que están juridificados. De hecho, la complejidad del Derecho contemporáneo, así como de su aplicación e interpretación, está motivada en gran parte por la inclusión en el ordenamiento jurídico de principios y criterios metajurídicos que, junto con el carácter multi e interdisciplinar de lo que se ha venido a denominar tecnoderecho o Derecho de la ciencia y la tecnología, constituyen, como veremos, lo que podemos llamar un nuevo tango jurídico¹⁹ con el que tenemos que bailar para poder comprender qué es el tecnoderecho, y cuáles son los principios éticos aplicables a la investigación científica con sistemas de IA y tecnologías conexas.

Así, si uno tuviera que identificar, desde el Derecho constitucional contemporáneo, los actuales desafíos que, desde la perspectiva de la investigación científica, se plantean para la disciplina, quizá serían – fundamentalmente – dos, que convergen en lo que he denominado la ampliación de su campo y objeto de estudio, y que incluye, en primer lugar, el estudio de los elementos constitucionales de los procesos supranacionales de integración regional, como es el caso de la Unión Europea, sentando las bases y el desarrollo de lo que se ha denominado el Derecho constitucional europeo, que incluiría todos los elementos de la realidad jurídica de relevancia constitucional, tanto del Derecho constitucional de la Unión Europea propiamente, como del Derecho constitucional de los Estados miembros, e incluso de Derecho internacional con relevancia constitucional en la Unión²⁰; así como, en segundo lugar, los desafíos y oportunidades que, desde un punto de vista jurídico constitucional, plantea la transformación digital y las innovaciones tecnológicas, lo que incluye tanto las cuestiones éticas como jurídicas de esta nueva realidad que el Derecho enfrenta, y que, desde hace ya algunos años, está mereciendo la atención

¹⁸ Comisión Europea, Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, “Directrices Éticas para una Inteligencia Artificial fiable”, 8 de abril de 2019 ([doi:10.2759/14078](https://doi.org/10.2759/14078)).

¹⁹ Es conocido el viejo aforismo de que para bailar el tango hacen falta dos, pero aquí me he permitido, además, la licencia de hacer referencia con la expresión “nuevo tango jurídico” a este nuevo paradigma de un marco jurídico híbrido, en el que se integran elementos metajurídicos propios de la gobernanza en red, haciendo alusión al famoso “nuevo tango” desarrollado por A. Piazzola, que tuvo tanto éxito, integrando diferentes elementos sinfónicos para crear una nueva música inconfundible.

²⁰ Así, el Derecho constitucional, esto es, el constitucionalismo, ya no puede limitar su estudio al texto constitucional, aunque parta necesariamente del mismo, sino que, desde el texto constitucional, fija su atención también en otras normas y elementos del orden o sistema jurídico que se debe al mismo; sin que por tanto podamos obviar los procesos supranacionales de integración, y de internacionalización, dado que las constituciones no son ya textos cerrados, y tampoco lo son por tanto los antaño nacionales sistemas jurídicos, sino que abren la puerta a la influencia del Derecho internacional, y en particular del Derecho de la Unión Europea, lo que propicia un espacio jurídico abierto y plural. Así, la realidad “constitucional” que se puede apreciar en la integración europea ha posibilitado justificar y fundamentar el estudio del Derecho comunitario desde el Derecho constitucional, un Derecho constitucional europeo que se construye, como disciplina jurídica, a partir del antecedente de la idea de Derecho constitucional común europeo enunciada por P. Häberle, y que permite, como dice F. Balaguer Callejón, estudiar el fenómeno de constitucionalización del proceso de integración europea, pero también integrar las cuestiones constitucionales europeas en el Derecho constitucional, considerando, con una perspectiva amplia e integradora, los espacios constitucionales de la Unión y de los Estados miembros. Véase al respecto P. Häberle, *Derecho constitucional común europeo*, traducción de E. Mikunda Fanco, en *Revista de Estudios Políticos*, 79/1993, p. 7 ss.; Íd., *Europa como comunidad constitucional en desarrollo*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 1/2004; y F. Balaguer Callejón (coord.), *Introducción al Derecho Constitucional*, 5ª ed., Madrid, 2016, p. 79 ss. El nacimiento y desarrollo de esta disciplina jurídica se ha defendido desde las Cátedras Jean Monnet en Derecho constitucional europeo de los profesores F. Balaguer, T. Freixes, y Y. Gómez. Véase Y. Gómez Sánchez y C. Elías Méndez, *Derecho Constitucional Europeo*, Cizur Menor, 2020, pp. 20 y ss.; J. Sarrión Esteve, *El reconocimiento y protección de los derechos y libertades en un mundo en transformación ¿Hacia un nuevo paradigma constitucional?*, Cizur Menor, 2023, p. 39 ss. Perspectiva que comparto y trato humildemente de seguir desde la Cátedra Jean Monnet en Gobernanza y Regulación en la Era Digital (GovRedig).

de la dogmática²¹. Este trabajo se ubica en el segundo de los grandes desafíos del Derecho constitucional contemporáneo, sin perjuicio que, en la medida en que atiende al ámbito supranacional de la Unión Europea, de alguna manera también se ubica en el primero, por la relevancia constitucional que la protección de los derechos y libertades adquiere frente al uso de sistemas de inteligencia artificial.

Estamos hablando de la identificación y estudio de los principios (éticos) que deben regir la investigación científica con Inteligencia Artificial o con sistemas de IA, que forma parte de la investigación científica con innovaciones tecnológicas, siendo la IA o – mejor dicho – los sistemas de IA una tipología particular de innovaciones tecnológicas. Lógicamente, no podemos confundir el uso de la tecnología en la investigación científica con el propio uso de la tecnología para ofrecer o prestar servicios y productos, son dos campos o ámbitos diferentes.

Debemos considerar que, como ya apuntaba hace años L. Díez Picazo, un cambio tecnológico origina (siempre) una laguna legal, de forma que el problema jurídico estaría en integrar dicha laguna conforme a los sistemas generales de integración, pues los textos legales “anacrónicos”, servirían tan solo para “constatar” principios generales que sean aplicables a la nueva situación, y es que se trata de hechos nuevos respecto a los que falta una normativa aplicable²².

Sin embargo, no es lo mismo proyectar la normativa actual sobre la nueva realidad tecnológica, e incluso buscar su regulación, que tratar de identificar los principios éticos que, en cuanto mandatos de orientación, deben guiar la investigación científica con sistemas de IA.

En este marco, en un mundo regido por algoritmos diseñados por grandes compañías tecnológicas que tienden a configurar los procesos de producción industrial, de prestación de servicios, incluyendo en particular todo el proceso comunicativo, con la consiguiente influencia lógica en la toma de decisiones, la investigación científica no va a ser un campo excluido del uso de estas innovaciones, y, por tanto, la utilización de sistemas de IA y de tecnologías conexas, va a ser cada vez más relevante.

F. Balaguer ha identificado y desarrollado, con precisión, una teorización muy sugerente sobre la ruptura de la cultura constitucional contemporánea provocada por la doble concatenación o advenimiento de globalización y tecnología digital, que habría supuesto: 1) la fragmentación del contexto cultural constitucional, con nuevos factores de legitimación que corresponden al poder global; 2) la pérdida de la constitución como referente cultural unitario; 3) la ruptura entre la realidad física y virtual, dado que una se regula por el Derecho público y la otra por el Derecho privado; 4) la afectación de la configuración de la realidad, derivada de la destrucción de la percepción social compartida de la realidad, afectando al espacio público; y 5) la pérdida de la capacidad del Estado de ordenar la vida social por el desarrollo tecnológico; lo que reclamaría, sostiene el profesor, una “constitucionalización de la tecnología”, y una revalorización constitucional en el ordenamiento y en el espacio público fundamentada en los derechos fundamentales²³.

Por supuesto, como he tenido oportunidad de apuntar en trabajos anteriores, cómo estas rupturas e incidencias tienen repercusión también en la investigación científica, puesto que – como juristas preocupados por las cuestiones jurídicas y éticas de la investigación – somos conscientes de que vivimos en una nueva realidad que es híbrida y polarizada y que, incluso, llega a desbordar la capacidad normativa de la Constitución²⁴.

Por ello, esto motiva que necesitemos repensar el Derecho (constitucional) en clave digital, y que realicemos juntos la búsqueda de un nuevo paradigma (constitucional) que logre mantener en el centro

²¹ J. Sarrión Esteve, *Ampliación del objeto y campo de estudio. Los desafíos actuales para la investigación. Postconstitucionalismo*, Madrid, 2024, pp. 61-62 (<https://doi.org/10.5281/zenodo.11242988>).

²² L. Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Barcelona, 1993, pp. 306-307.

²³ F. Balaguer Callejón, *La Constitución del Algoritmo*, 2ª edición, Fundación Manuel Giménez Abad de estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2023, p. 53 ss.; y Íd., *La Constitución del Algoritmo. El difícil encaje de la Constitución analógica en el mundo digital*, en Íd. y L. Cotino Hueso, *Derecho Público de la Inteligencia Artificial*, Fundación Manuel Giménez Abad de estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2023, pp. 29-56.

²⁴ J. Sarrión Esteve, *Propósito de la dimensión jurídica del Espacio Europeo de la Investigación: unas notas introductorias*, en R. Cippitani, *La Dimensión Jurídica del Espacio Europeo de Investigación*, Roma (CNR), 2023, pp. 15 y ss.; J. Sarrión Esteve, *La tarea de interpretación constitucional ante los desafíos de la era digital*, en J. A. Martínez Gómez, A. F. Carrillo Salgado, J. C. Muñoz Mendiola (coord.), *Direcciones contemporáneas de la argumentación jurídica, hermenéutica e interpretación*, Valencia, 2025, p. 72 ss.

del debate la protección de los derechos y las libertades de las personas en cualquier ámbito, también en lo que concierne a la investigación científica²⁵.

Ciertamente, los investigadores, tanto en el ámbito público como privado, vamos a tender a utilizar, de forma progresivamente creciente, las innovaciones tecnológicas, y por tanto los algoritmos, en nuestras actividades diarias, también en la investigación científica y en los procesos de toma de decisiones y, de esta forma, los sesgos y errores de las que han sido llamadas “armas de destrucción masiva”²⁶ nos van a acompañar, van a sumarse a nuestros propios sesgos y errores, con los riesgos para los derechos fundamentales que siempre han tenido las innovaciones tecnológicas, pero con las particularidades que los algoritmos parecen presentar en la era digital²⁷; de ahí que, además de unas adecuadas garantías para los derechos y libertades²⁸, se haga necesario desarrollar un auténtico marco ético de gobernanza de la investigación científica con las innovaciones tecnológicas y, en particular, con los sistemas de IA.

La investigación científica, junto con la educación y la innovación, adquieren en la Unión Europea una especial relevancia, en particular si atendemos al desarrollo del Espacio Europeo de Investigación²⁹, lo que motiva la necesidad de dar respuesta a los desafíos que para el Derecho plantea esta 4ª revolución industrial, tratando de preservar unos principios y garantías, que no pueden perderse, y que deben formar parte de una misma conciencia y cultura (post)constitucional en el Derecho contemporáneo en la era digital; constituyendo ésto un elemento clave para la tarea de todo intérprete, de todo operador jurídico llamado a la aplicación e interpretación de este ordenamiento jurídico híbrido³⁰.

Por supuesto, algunos principios jurídicos pueden ser relevantes en este ámbito, así, en el ámbito del Derecho de la Unión, y que en la medida en que son fuente del Derecho de la Unión Europea, son aplicables, en el ámbito de aplicación de este, a la investigación con sistemas de IA, como de forma específica los llamados principios directores o administrativos – aunque tienen también una clara dimensión y naturaleza de Derecho constitucional de la Unión – incluyendo el principio de legalidad, el principio igualdad y la prohibición de no discriminación, los principios de confianza legítima, buen fe y

²⁵ J. Sarrión Esteve, *Algunas notas sobre el paradigma de protección de los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial y las neurotecnologías*, en N. Reche Tello, R. Tur Ausina (dir.), *La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías*, Cizur Menor, 2022, pp. 181-197; y J. Sarrión Esteve, *El reconocimiento y protección de los derechos*, cit., pp. 170-171.

²⁶ C. O’Neil, *Armas de destrucción masiva*, Madrid, 2018.

²⁷ Véase el pionero trabajo de G. Doménech Pascual, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006; y los más recientes trabajos, entre otros, de M. Arenas Ramiro, *La igualdad a la luz de los derechos digitales*, en N. Reche Tello, y R. Tur Ausina (dir.), *La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías*, Cizur Menor, 2022, pp. 121-144; R. F. de Asís Roig, *Inteligencia Artificial y neurotecnologías. La demanda de nuevos derechos*, en N. Reche Tello, y R. Tur Ausina (dir.), *La teoría constitucional*, cit., pp. 165-179; A. Aba Catoira, *La garantía de los derechos como respuesta a los retos tecnológicos*, en F. Balaguer Callejón, y L. Cotino Hueso, *Derecho Público de la Inteligencia Artificial*, cit., pp. 57-84; P. Simón Castellano, *Allende una teoría general de las garantías jurídicas para una inteligencia artificial confiable*, en F. Balaguer Callejón, y L. Cotino Hueso, *Derecho Público*, cit., pp. 111-148; A. Soriano, *Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales*, en *Revista General de Derecho Administrativo*, 56/2021; y de la misma autora *Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos*, en *Revista de Derecho Público*, 3/2021, p. 85 ss.; L. Cotino Hueso y J. Castellanos (coords.), *Algoritmos abiertos y que no discriminen en el sector público*, Valencia, 2023.

²⁸ En este nuevo contexto híbrido, entiendo que debemos tratar de superar la dualidad online/offline de forma que los derechos y libertades, casi todos los derechos y libertades relevantes van a tener una dimensión digital que requiere de protección, y quizá, sea necesario establecer nuevas garantías para esa dimensión digital e incluso es posible que podamos identificar o descubrir nuevos derechos que, con una dimensión autónoma suficiente, superen una naturaleza de garantía de otros derechos o libertades para constituirse en sí mismos, como nuevos derechos o libertades, como ocurrió en el pasado con el derecho a la protección de datos de carácter personal en relación con el derecho a la intimidad, o lo que, más recientemente, ocurrió con el derecho al olvido en relación al derecho a la protección de datos de carácter personal. Desarrollo una reflexión sobre el nuevo estatus de las personas en la era digital, y la necesidad de tutelar la dimensión digital de los derechos, en J. Sarrión Esteve, C. Benlloch Doménech, *Algunos riesgos para el estatus de las personas en la utilización de la IA: aproximación a los avances de la Ley 15/2022*, *en IgualadES*, 10/2024, p. 91 ss. (<https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.04>).

²⁹ R. Cippitani, *La Dimensión Jurídica del Espacio Europeo de Investigación*, cit.

³⁰ Sobre la tarea del intérprete en la era digital, véase J. Sarrión Esteve, *La tarea de interpretación constitucional*, cit.; así como R. Cippitani, e I. Cornejo-Plaza, *Interpretación del derecho e inteligencia artificial*, cit., p. 95 ss.

seguridad jurídica, el principio de proporcionalidad, el principio de transparencia, y el principio de buena administración.

A estos principios jurídicos, que son Derecho, hay que añadir la relevancia que adquiere la ética, llamada por el propio RIA, en el ámbito de la investigación científica. Una ética de la ciencia y la tecnología que debe complementar a los principios jurídicos para una mejor y máxima garantía de los derechos y bienes jurídicos que pueden quedar afectados por la investigación científica y el desarrollo de la ciencia y tecnología, y que formaría lo que puede ser considerado como el centro o núcleo (ético y de moral pública) del Derecho europeo de la ciencia y la tecnología en desarrollo o el tecnoderecho europeo, sobre el fundamento de la realización de los derechos y las libertades, también en el ámbito de la actividad científica.

En mi humilde opinión, esta complementación entre Derecho y Ética, puede coadyuvar a una mejor protección de la libertad. Quizá este planteamiento, desde la perspectiva filosófica del Derecho, puede ser considerado – sobre todo, desde posiciones positivistas o formalistas –, como de “neoconstitucionalismo”³¹, pero en realidad se trata de integrar, en el Derecho constitucional contemporáneo, nuevos elementos metajurídicos de inspiración que son relevantes, partiendo de una perspectiva multi e interdisciplinar que pueda ayudar a enfrentar los desafíos que implica el actual fenómeno del desarrollo tecnológico; en la medida en que estos principios éticos, estos elementos metajurídicos, pueden servir como guía de orientación preceptiva (*soft law*) complementaria al Derecho de carácter normativo (*hardlaw*), sobre todo porque aunque se suela decir que el *softlaw* y los principios éticos no juridificados no tienen un carácter general vinculante comparable, en el caso del uso de sistemas de IA para investigación científica hemos visto una llamada concreta del Reglamento de IA que hace que cobren dicho carácter normativo.

Además, si bien el funcionamiento práctico del Derecho contemporáneo no solo se explica por el fenómeno del constitucionalismo y la transformación que ha supuesto el Estado (constitucional) democrático y social (de Derecho), desde una teoría democrática y normativa de la Constitución, sino que los propios procesos de integración supranacional en los que participa este Estado constitucional han supuesto, una mutación hacia un constitucionalismo supranacional y global (Derecho de la integración) donde existe una dimensión constitucional, elementos constitucionales, en esos procesos de integración supranacional e internacionalización, que son relevantes para el Derecho constitucional europeo³² (constitucionalismo multinivel, pluralismo constitucional); y a esto se une ahora el fenómeno de transformación digital, en el que las innovaciones tecnológicas, en particular lo digital, requieren también de una respuesta del Derecho (constitucional) contemporáneo, para tratar de preservar unos principios y garantías que forman parte de la conciencia constitucional, en una nueva conciencia y cultura (post)constitucional, lo que quizá se puede llamar “postconstitucionalismo”.

En efecto, la evolución que actualmente sufren los propios ordenamientos jurídicos en este contexto, global y digital, manifiestan hoy más una tendencia de intervención regulatoria, que no de desregulación – frente a la desregulación liberalizadora que supuso la anterior globalización –, si bien bajo un modelo de gobernanza complejo de tipo red, todo ello a través de una regulación de tipo macro complementada

³¹ Como ha indicado elocuentemente Atienza, hoy en día resulta difícil precisar en qué consiste el neoconstitucionalismo, pues se trata de una expresión que “al haber sido utilizada para significar casi todo, ha terminado [...] por no significar prácticamente nada” ; y se defiende que es más acertado huir del término, y abordar el Derecho, desde una defensa de lo que sería más bien un constitucionalismo no positivo, esto es, un “constitucionalismo pospositivista”, que se distancia del positivismo para poder dar cuenta de lo que supuesto el constitucionalismo, pero que no cae en la tentación de considerar superada la autoridad de las normas que es lo que, en última instancia, se achaca en gran parte al neoconstitucionalismo (populista), que podría preservarse, al mismo tiempo que se busca la realización de un objetivismo mínimo, destacando para ello la importancia de la dimensión argumentativa del Derecho, y abriendo la actuación jurídica a la transformación de la práctica para “aproximarla a los valores del constitucionalismo”. Véase M. Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, 2017, p. 117 y 143 ss.

³² Como hemos dicho antes, el Derecho constitucional europeo se construye, como disciplina jurídica, a partir del antecedente de la idea de Derecho constitucional común europeo enunciada por P. Häberle , y que permite, como dice F. Balaguer, estudiar el fenómeno de constitucionalización del proceso de integración europea, pero también integrar las cuestiones constitucionales europeas en el Derecho Constitucional, considerando, con una perspectiva amplia e integradora, los espacios constitucionales de la Unión y de los Estados miembros.

con intervenciones de tipo micro³³; y ello con independencia de la naturaleza pública o privada, a veces, de estas intervenciones; esto hace más compleja, si cabe, la tarea del jurista, del intérprete del Derecho. Por tanto, podemos decir que estamos ante un “nuevo tango jurídico” en el que hay que aprender a bailar³⁴.

Para identificar los principios éticos del emergente Derecho europeo de la ciencia y la tecnología³⁵, o tecnoderecho europeo, que también van a ser aplicables a la investigación científica con sistemas de Inteligencia Artificial e innovaciones tecnológicas conexas, necesitamos, por un lado, superar la perniciosa y formalista fragmentación disciplinar, quizá artificial en gran medida, dentro de la Ciencia Jurídica, puesto que una excesiva fragmentación ha dificultado precisamente la innovación en la Ciencia del Derecho, empujando y limitando las propias posibilidades del avance científico en el Derecho contemporáneo³⁶ y; por otro lado, bucear en los textos elaborados en las instituciones europeas, lo que nos permitirá identificar estos principios y establecer su lugar en el nuevo marco ético de gobernanza de la investigación científico-tecnológica europea.

Es, quizá, en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2018, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, cuando se identifica por primera vez el importante papel que puede desempeñar la Unión Europea a la hora de establecer los principios éticos básicos que deben respetarse para el desarrollo tecnológico, reflejando los valores humanistas europeos³⁷.

Posteriormente, es importante resaltar la Comunicación sobre “Inteligencia Artificial para Europa” de la Comisión Europea, de 25 de abril de 2018, en la que, ya se hace referencia, dentro de los objetivos, al establecimiento de un marco ético y jurídico para la Inteligencia Artificial, que estaría sustentado en los valores enunciados en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea, además de enfatizar el apoyo a la investigación y la innovación con tecnologías de IA³⁸. En particular, se resalta la importancia de que “en relación con el desarrollo y la utilización de la IA, se cree un entorno de confianza y se establezca la obligación de rendir cuentas”; y anuncia la elaboración de las Directrices éticas en relación con la IA.

³³ A., Porras Nadales, *Sistema de red. Hacia la gobernanza regional europea*, Fundación Manuel Giménez Abad de estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2023, p. 51ss.

³⁴ Es conocido el viejo aforismo de que para bailar el tango hacen falta dos, pero aquí me he permitido, además, la licencia de hacer referencia con la expresión “nuevo tango jurídico” a este nuevo paradigma de un marco jurídico híbrido, en el que se integran elementos metajurídicos propios de la gobernanza en red, haciendo alusión al famoso “nuevo tango” desarrollado por A. Piazzola, que tuvo tanto éxito, integrando diferentes elementos sinfónicos para crear una nueva música inconfundible. Quizá, es, “Libertango” una de las aportaciones más significativas, y en la letra que se compuso para el mismo viene a decir que: “*Mi libertad me insiste con lo que no me atrevo/Mi libertad es tango de par en par abierto/Y es blues y es cueca y choro, danzón y romancero/Mi libertad es tango, juglar de pueblo en pueblo/Y es murga y sinfonía y es coro en blanco y negro/Mi libertad es tango que baila en diez mil puertos/Y es rock, malambo y salmo y es ópera y flamenco/Mi libertango es libre, poeta y callejero/Tan viejo como el mundo, tan simple como un credo*”. Quizá, en realidad, no es algo tan nuevo, quizá estamos volviendo a un pluralismo jurídico de tipo medieval, pero lo cierto es que el nuevo tango jurídico, que incluye elementos de blues jurídico, de romancero, o de sinfonías legales, tenemos que aprenderlo a bailar en la sociedad digital.

³⁵ Loable ha sido el trabajo, aquí, de R. Cippitani, desde sus Cátedras Jean Monnet, desde la Cátedra Jean Monnet “teKla” sobre el Espacio Legal de Conocimiento Europeo (*The European Knowledge Legal Area*), 2011-2014, hasta la más reciente Cátedra Jean Monnet sobre la 5ª libertad, la libertad de investigación como la 5ª libertad (*5th*Freedom, Freedom of Research as EU Fifth Freedom*); junto con los Centros de Excelencia Jean Monnet, Rights & Science, 2015-2018, y Baldus (*Building the Age of a Lawful and sustainable Data-Use*), 2022-2025.

³⁶ Así, como dice G. Doménech: “la realidad enseña que los problemas jurídicos suelen atravesar los estrechos lindes de las áreas de conocimiento” y el aislamiento que se produce “dificulta la visión de lo que se está haciendo en otras comunidades. Reduce el intercambio de ideas entre individuos que están analizando problemas similares. Entorpece que cualquier investigador pueda aprovechar lo que debería ser un acervo común de conocimientos para hacer progresar la ciencia jurídica.” Véase G. Doménech Pascual, *Que innoven ellos: Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora*, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2016, pp. 19-20.

³⁷ Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). Accesible aquí: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&from=EN>

³⁸ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Inteligencia artificial para Europa”, cit.

Como indica Campionie, es esencial que las instituciones supranacionales traten de dar una respuesta al potencial de la IA y de las tecnologías conexas, a través de un marco ético y jurídico que posibilite, tanto su regulación como su gobernanza³⁹; y las europeas lo hacen o, mejor dicho, lo han estado haciendo de forma progresiva y acumulativa, a través de diferentes textos y, posteriormente, a través de iniciativas normativas como el Reglamento de Inteligencia Artificial.

Quizá, en primer lugar, hay que señalar el Plan Coordinado sobre Inteligencia Artificial de 2018⁴⁰, que señala la importancia del fortalecimiento de la excelencia en unas tecnologías de “IA confiable”, y de desarrollar unas directrices de “ética” con una “perspectiva global”, a la vez que un “marco jurídico favorable a la innovación”. En este sentido señala la importancia de que:

Para ganar la confianza, que es necesaria para que las sociedades acepten y utilicen la IA, *la tecnología debe ser predecible, responsable, verificable, respetar los derechos fundamentales y observar las reglas éticas*. De lo contrario, el uso de IA puede conducir a resultados indeseables, como crear una cámara de eco donde las personas solo reciben información que corresponde a sus opiniones, o reforzar la discriminación, como en el caso de un algoritmo que se volvió racista en un plazo de 24 horas debido a la exposición a material racista⁴¹.

Siguiendo a Llano Alonso⁴², se evidencia la progresiva construcción europea de este entorno o marco jurídico y ético de gobernanza, o, en sus palabras “marco normativo común para una ética de la IA”, y que se desarrolla, además, de conformidad con la CDFUE, el Reglamento General de Protección de Datos de Carácter Personal, la Estrategia Europea de Datos, el Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial, así como las Directrices Éticas para una IA fiable.

Quizá es importante señalar, que no es lo mismo hablar de gobernanza, marco ético y marco normativo, son tres dimensiones diferentes. En este sentido, como señala Floridi, aunque la gobernanza digital (*Digital Governance*), la ética digital (*Digital Ethics*), y la regulación digital (*Digital regulation*) se pueden solapar en parte, hay también partes no coincidentes⁴³.

Como ilustra muy bien Floridi:

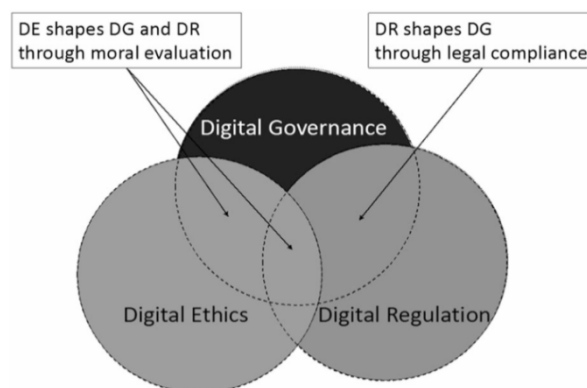


Ilustración 1. Fuente: Floridi, “The relationship between digital ethics, digital regulation and digital governance”⁴⁴.

³⁹ R. Campione, *La plausibilidad del Derecho en la era de la Inteligencia Artificial*, cit., p. 96.

⁴⁰ Comisión Europea, “Plan coordinado sobre la inteligencia artificial”, cit.

⁴¹ *Ídem*, apartado 2.6, resultado de l'autor.

⁴² F. H. Llano Alonso, *De máquinas y hombres. Tres cuestiones ético-jurídicas sobre la Inteligencia Artificial*, en *Íd.*, J. Garrido Martín, *Inteligencia Artificial y Derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, Cizur Menor, 2021, p. 226-227.

⁴³ L. Floridi, *Soft Ethics and the Governance of the Digital*, en *Philos. Technol.*, 31/2018 (<https://doi.org/10.1007/s13347-018-0303-9>).

⁴⁴ *Íbidem*.

Las denominadas “Directrices Éticas para una IA fiable”⁴⁵, elaboradas por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, se publican el 8 de abril 2019. En estas directrices, desde un enfoque basado en los derechos fundamentales⁴⁶, se identifican en su primer capítulo los principios éticos y sus valores conexos que deben respetarse en el desarrollo, despliegue y utilización de los sistemas de IA, por tanto, incluyendo también la investigación científica.

Estos principios éticos, fundamentados en los derechos fundamentales, y por tanto en el respeto de la dignidad humana, la libertad individual, el respeto de la democracia, la justicia y el Estado de Derecho, de la igualdad, no discriminación y solidaridad, así como los derechos de los ciudadanos, según estas directrices éticas, son cuatro principios o mandatos éticos⁴⁷: 1) Respeto de la autonomía humana; 2) Prevención del daño; 3) Equidad; y 4) Explicabilidad.

En el siguiente capítulo, las Directrices hacen referencia a siete requisitos para lograr la realización de una IA fiable, que incluyen: 1) acción y supervisión humana; 2) solidez técnica y seguridad; 3) gestión de la privacidad y de los datos; 4) transparencia; 5) diversidad, no discriminación y equidad; 6) bienestar social y ambiental; 7) rendición de cuentas.



Ilustración 2. Interrelaciones existentes entre los siete requisitos: todos tienen idéntica importancia, se apoyan entre sí.
Fuente: “Directrices Éticas para una Inteligencia Artificial fiable”, p. 18.

Poco tiempo después, se publica el Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial, donde se resalta la importancia de lograr un ecosistema que sea a la vez de “excelencia” y de “confianza”, siendo para éste segundo esencial el cumplimiento de los requisitos establecidos en las directrices éticas antes señalados; así como realiza una reflexión sobre los riesgos para los derechos fundamentales, en particular la protección de datos personales, y de la privacidad y la no discriminación; enfoque de

⁴⁵ Comisión Europea. Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, “Directrices Éticas para una Inteligencia Artificial fiable”, cit.

⁴⁶ Derechos fundamentales que engloban tanto los reconocidos en los Tratados de la Unión, como en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

⁴⁷ Comisión Europea. Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, “Directrices Éticas para una Inteligencia Artificial fiable”, cit., 2.2 Principios éticos en el contexto de los sistemas de IA.

riesgo que propuesto por el Comité alemán sobre ética en materia de datos, es el que acabará asumiendo el nuevo Reglamento de IA.

En este marco debemos situar, también la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas, en el que se solicita a la Comisión una propuesta normativa sobre responsabilidad civil de sistemas de IA⁴⁸.

Volviendo al documento de Directrices Éticas, si nos fijamos en los principios o mandatos éticos contenidos en las directrices, podríamos considerar que, en realidad, desde la perspectiva de la protección de los derechos y libertades, podríamos quizá hablar de algunos más, esto es, de aquellos principios que definen la cultura jurídica europea, aunque estén implícitos en los señalados. Así, yo hablaría de los siguientes: el principio de la dignidad humana como fundamento de la libertad, el principio de autodeterminación en la participación de las personas en la actividad científica (ambos reconducidos al respeto de la autonomía humana); el principio de la igualdad (equidad); los principios de prevención y precaución (prevención del daño); además de los principios de responsabilidad, integridad y transparencia en la actividad científica (aunque las directrices únicamente hacen referencia a la explicabilidad).

Vamos a detenernos en cada uno de los principios o mandatos éticos de las directrices y a relacionarlos con su fundamento, esto es, la protección y garantía de los derechos y libertades, en lo que afecta a la investigación científica. Es importante, señalar, por otro lado, que las directrices, en cuanto que contienen principios o mandatos éticos, pueden llegar a ser vinculantes por remisión de las disposiciones jurídicas de la Unión, es decir, pueden adquirir carácter jurídico. Es posible, también, que algunos ya lo tengan, porque en realidad sean proyecciones de obligaciones legales ya existentes, como destacan las propias directrices⁴⁹.

Esto es relevante para considerar que estos principios, en principio éticos, pueden ser juridificados, o adquirir carácter jurídico. Asimismo, cabe señalar que la definición de los conceptos, lo que no es una cuestión menor, en caso de adquisición de un carácter jurídico, va a depender, al final, del Tribunal de Justicia de la Unión, puesto que, salvo que el Derecho de la Unión remita al Derecho interno, los conceptos que maneja son conceptos autónomos de Derecho europeo, que corresponde delimitar y precisar, en su definición, para consagrar una interpretación uniforme, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁰.

1) *El principio de respeto de la autonomía humana.*

Las directrices éticas, nos señalan, en relación con el principio de respeto de la autonomía humana que:

Los derechos fundamentales en los que se apoya la UE van dirigidos a garantizar el respeto de *la libertad y la autonomía de los seres humanos*. Las personas que interactúen con sistemas de IA deben poder mantener una autonomía plena y efectiva sobre sí mismas y ser capaces de participar en el proceso democrático. Los sistemas de IA no deberían subordinar, coaccionar, engañar, manipular, condicionar o dirigir a los seres humanos de manera injustificada. En lugar de ello, los sistemas de IA deberían diseñarse de forma *que aumenten, complementen y potencien las aptitudes cognitivas, sociales y culturales de las personas*. La distribución de funciones entre los seres humanos y los sistemas de IA debería seguir principios de diseño

⁴⁸ Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012 (INL)) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IP0276>).

⁴⁹ Así, se reconoce que “Muchos de ellos aparecen recogidos ya en gran medida en los requisitos legales existentes de obligado cumplimiento, por lo que entran dentro del ámbito de la «IA lícita», el primer componente de la IA fiable²⁶. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, pese a que numerosas obligaciones legales reflejan principios éticos, el cumplimiento de estos últimos trasciende el mero cumplimiento de las leyes existentes”. Comisión Europea. Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, “Directrices Éticas para una Inteligencia Artificial fiable”, op. cit., apartado 49.

⁵⁰ Sobre la jurisprudencia del TJUE referente a los conceptos autónomos y cómo se fundamenta en el efecto útil del Derecho de la Unión, véase R. Cippitani, *La Dimensión Jurídica del Espacio Europeo de Investigación*, op. cit., p. 123-124.

centrados en las personas, y dejar amplias oportunidades para la *elección humana*. Esto implica *garantizar la supervisión y el control humanos* sobre los procesos de trabajo de los sistemas de IA. Los sistemas de IA también pueden transformar de un modo fundamental el mundo del trabajo. Deberían ayudar a las personas en el entorno laboral y aspirar a crear empleos útiles⁵¹.

Como hemos adelantado, en realidad, considero más adecuado hablar de dos principios distintos, por un lado, el principio de respeto de la dignidad humana como fundamento de la libertad, y el principio de autodeterminación en la participación de las personas en la actividad científica, como manifestación específica de la libertad individual, ambos reconducidos en las directrices éticas al llamado principio o mandato de respeto de la autonomía humana.

Entiendo que, aunque la dignidad humana y su protección, sea también un principio jurídico establecido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no hubiera estado de más incluirlo como principio ético a respetar en la investigación científica con sistemas de Inteligencia Artificial y tecnologías conexas; aunque podamos entenderlo implícito en el respeto de la autonomía humana.

En cualquier caso, una primera aproximación nos deja claro que se trata de un principio ético que va a tutelar, en exclusiva, a las personas humanas, excluyendo por tanto a las personas jurídicas o colectivas, lo que en algún caso puede ser discutible, en particular cuando se trata de grupos o colectivos que pueden verse afectados como tales, no las personas individualmente consideradas, por el uso de la IA, también en investigación científica. Pensemos que, en algunos casos es posible que el uso de sistemas de IA o tecnologías conexas puedan afectar a la biodiversidad o al biogenoma de grupos o colectivos, en el caso de estudios que abarquen a la totalidad de un grupo o población, lo que puede tener repercusiones, quizá no a la libertad individual de las personas, pero a la dignidad del pueblo o grupo. Esto es consecuencia de que la dignidad de la persona esté implícita como fundamento, pero no se haya separado de la autonomía humana como derecho individual vinculado a la libertad personal; esto debería hacernos reflexionar sobre la necesidad de tutelar también la dignidad (humana) de los pueblos, colectivos y grupos, que puede tener una manifestación concreta en éste u otro principio ético de orientación en el uso de los sistemas de IA y tecnologías conexas. Lo mismo, y vinculado a la protección del medio ambiente, cabría decir cuando se trata de proteger espacios naturales que pueden tener la atribución de personalidad jurídica, pero que no van a quedar protegidos o tutelados en este principio.

Volviendo al fundamento del principio ético, en lo tocante a la dignidad humana. Si consideramos el art. 2 del Tratado de la Unión Europea, así como el Preámbulo de la CDFUE, se señala que la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad son valores indivisibles y universales de la Unión que, a través de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, “sitúa a la persona en el centro de su actuación” (de la Unión)⁵². Asimismo, el art. 2 CDFUE señala que “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”, configurando la dignidad no tanto como un principio jurídico, sino como un derecho fundamental a la dignidad, a diferencia de textos constitucionales como el español, que la configuran como un principio⁵³.

⁵¹ Comisión Europea. Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, “Directrices Éticas para una Inteligencia Artificial fiable”, cit., apartado 50. Resaltado añadido por el autor.

⁵² Art. 2 TUE: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. Preámbulo de la CDFUE, párrafo 2: “Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”.

⁵³ Art. 10.1 de la Constitución española, dispone: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

La dignidad de la persona está también consagrada en múltiples textos constitucionales e internacionales, e implica la prevalencia del individuo frente al Estado. También encontramos la referencia a la dignidad en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cabe decir que el libre desarrollo de la personalidad, cuyo precedente es el artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn es un eco del derecho a la búsqueda de la felicidad proclamado en la Declaración de la Independencia de Estados Unidos, y se puede considerar como la consagración de una cláusula general de libertad⁵⁴.

En relación con el principio de autodeterminación personal en la participación de las actividades de investigación científica, hay que vincularlo también con la dignidad y su protección, en particular cuando se trata de la participación de personas que no pueden consentir (menores hasta que alcancen la edad requerida, en función del tipo de investigación científica; personas con discapacidad, etc.)⁵⁵, o bien, pudiendo, es posible que haya ciertas actividades científicas de investigación que puedan afectar o incluso vulnerar la dignidad de las personas.

Asimismo, evidentemente, el principio de autodeterminación está vinculado a la libertad personal, esto es, al derecho a la libertad. Como, hemos adelantado, se encuentra en el TUE, así como también en el prólogo de la CDFUE como valor, pero tiene un reconocimiento específico como derecho en el art. 6, en el sentido de que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.”

Atención, porque es difícil, como decía Sánchez Ferriz, definir la libertad⁵⁶, y se trata de un término con múltiples significados⁵⁷. Por un lado, hay un núcleo común en el concepto que implica ausencia de restricciones y, por otro lado, la libertad se concibe como el fundamento o base del reconocimiento y protección de los derechos y libertades de la persona, que se manifiestan en determinados ámbitos de la vida que quedan protegidos de la intromisión del poder público o de la acción de otras personas, a la vez que, en la democracia permite el desarrollo de la persona como sujeto individual y su participación como ciudadano en los asuntos públicos⁵⁸; deberíamos entender, aquí, que esta proyección se extiende también a la investigación científica.

De hecho, en el ámbito de la investigación científica, la concreción de la libertad en lo que es la autonomía de la voluntad, está conectada no solo con la libertad, sino también con el derecho a la integridad personal, reconocido en el art. 3 de la CDFUE, de forma que, se concreta no solo respecto a la integridad física y psíquica (art. 3.1 CDFUE), sino que tiene un haz de garantías del mismo, aplicables en el ámbito de la medicina y de la biología, que implican en particular (art. 3.2 CDFUE):

- a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley;
- b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas;
- c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;
- d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

Se evidencia que estas garantías del derecho a la integridad personal, establecidas en particular para la biología y medicina, se aplicarán también a la investigación científica con sistemas de IA y tecnologías conexas, en el ámbito de la investigación biomédica, y que incluyen, por tanto: la exigencia de un consentimiento libre e informado (por tanto, se va a exigir una información suficiente, so pena de que el consentimiento esté viciado, conforme a lo previsto en la ley); la

⁵⁴ L. M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 5ª ed., 2021, p. 62-63.

⁵⁵ A este respecto, véase Y. Gómez Sánchez (coord.), *Menores e investigación biomédica*, Madrid, 2018.

⁵⁶ R. Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*, 2ª ed., Valencia, 1995, p. 43

⁵⁷ I. Berlin, *Las ideas políticas en la era romántica*, Ciudad de México, FCE, 2014, p. 179-190.

⁵⁸ Y, en este sentido, la libertad política se concibe como noción negativa, es decir, es la ausencia de obstáculos y la capacidad de realizar lo que uno desee, frente a una noción positiva de libertad entendida como capacidad de realización, emancipación o salvación. Véase I. Berlin, *Las ideas políticas en la era romántica*, cit., p. 179-190 y 191 ss.; I. Berlin, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Ciudad de México, 2005. Sobre una historia de la idea de libertad en el pensamiento político y la praxis de la misma como derecho, véase el reciente estudio de J. De Miguel Bárcena, *Libertad. Una historia de la idea*, Sevilla, 2022

prohibición de prácticas de investigación que, también utilizando sistemas de IA y tecnologías conexas, impliquen eugenesia, esto es, la modificación de la herencia genética, en particular, cuando tengan como finalidad la selección de personas; la prohibición de que la investigación con el cuerpo humano o partes del mismo, también utilizando sistemas de IA o tecnologías conexas, puedan convertirse en objeto de lucro; y la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos, también cuando se realiza con técnicas o sistemas de IA o tecnologías conexas.

También cabe resaltar que, de las directrices éticas, se deduce que hay un principio adicional como es el de la garantía de la supervisión humana, como garantía del principio de autonomía humana. En efecto, recordemos que, como se ha indicado arriba, la directriz establece que “(e)sto implica garantizar la supervisión y el control humanos sobre los procesos de trabajo de los sistemas de IA”, porque sería la forma de garantizar la elección humana, y que se define en el punto o apartado 65 de las directrices éticas⁵⁹.

2) *El principio de prevención del daño.*

El principio de prevención del daño es explicado, por parte de las Directrices Éticas, en el sentido de que:

Los sistemas de IA no deberían provocar daños (o agravar los existentes)²⁹ ni perjudicar de cualquier otro modo a los seres humanos. Esto conlleva la protección de la dignidad humana, así como de la integridad física y mental. *Todos los sistemas y entornos de IA* en los que operan estos deben ser *seguros*. También deberán ser *robustos* desde el punto de vista técnico, y debería garantizarse que no puedan destinarse a usos malintencionados. Las personas vulnerables deberían recibir mayor atención y participar en el desarrollo y despliegue de los sistemas de IA. Se deberá prestar también una atención particular a las situaciones en las que los sistemas de IA puedan provocar efectos adversos (o agravar los existentes) debido a asimetrías de poder o de información, por ejemplo entre empresarios y trabajadores, entre empresas y consumidores o entre gobiernos y ciudadanos. *La prevención del daño implica asimismo tener en cuenta el entorno natural y a todos los seres vivos*⁶⁰.

Es interesante, porque aquí sí se extiende la protección del principio de prevención, requiriendo entornos y sistemas seguros y robustos, no solo a las personas humanas, y en particular aquellas personas vulnerables, o que formen parte de grupos con asimetrías, sino también a la protección del “entorno natural”, esto es, el medioambiente, y “a todos los seres vivos”, lo que implica una tutela también de los animales en el uso de los sistemas de IA y tecnologías conexas, desde el punto de vista del mandato ético de prevención del daño.

En realidad, aquí encontramos dos principios distintos bajo el mandato o directriz ética de la prevención, y son los principios de prevención y precaución (cautela). Estos principios están vinculados a

⁵⁹ En el sentido de que “La supervisión humana ayuda a garantizar que un sistema de IA no socave la autonomía humana o provoque otros efectos adversos. La supervisión se puede llevar a cabo a través de mecanismos de gobernanza, tales como los enfoques de participación humana, control humano o mando humano. La participación humana hace referencia a la capacidad de que intervengan seres humanos en todos los ciclos de decisión del sistema, algo que en muchos casos no es posible ni deseable. El control humano se refiere a la capacidad de que intervengan seres humanos durante el ciclo de diseño del sistema y en el seguimiento de su funcionamiento. Por último, el mando humano es la capacidad de supervisar la actividad global del sistema de IA (incluidos, desde un punto de vista más amplio, sus efectos económicos, sociales, jurídicos y éticos), así como la capacidad de decidir cómo y cuándo utilizar el sistema en una situación determinada. Esto puede incluir la decisión de no utilizar un sistema de IA en una situación particular, establecer niveles de discrecionalidad humana durante el uso del sistema o garantizar la posibilidad de ignorar una decisión adoptada por un sistema. Además, se debe garantizar que los responsables públicos puedan ejercer la supervisión en consonancia con sus respectivos mandatos. Puede ser necesario introducir mecanismos de supervisión en diferentes grados para respaldar otras medidas de seguridad y control, dependiendo del ámbito de aplicación y el riesgo potencial del sistema de IA. Si el resto de las circunstancias no cambian, cuanto menor sea el nivel de supervisión que pueda ejercer una persona sobre un sistema de IA, mayores y más exigentes serán las verificaciones y la gobernanza necesarias”. Comisión Europea. Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, “Directrices Éticas para una Inteligencia Artificial fiable”, cit., apartado 65.

⁶⁰ *Ibíd.*, apartado 50. Resaltado añadido por el autor.

la gestión de riesgos, en determinadas políticas y actuaciones, con el ánimo de evitar daños a las personas, al medioambiente, en función de la información y el avance científico, y se recoge en el art. 191 TFUE, en el marco de las políticas medioambientales, disponiendo que (art. 191.2 TFUE):

La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los *principios de cautela y de acción preventiva*, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión⁶¹.

También se encuentran en el ámbito de las políticas de salud pública, cuando el art. 168 hace referencia a que la acción de la Unión garantizará un alto nivel de protección de la salud humana, que complementará las políticas nacionales, apoyando la lucha contra las enfermedades más graves, y apoyando la investigación de su etología, transmisión, y su prevención. También la Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a la reducción de los daños de salud producidos por drogas, incluyendo la información y la prevención (art. 168.1 TFUE).

Adicionalmente, la prevención del daño, como se ha visto, exige la robustez y seguridad del sistema, lo que se concreta en el sentido de que:

Un componente crucial de la IA fiable es la solidez técnica, que está estrechamente vinculada al principio de prevención del daño. La solidez técnica requiere que los sistemas de IA se desarrollen con un enfoque preventivo en relación con los riesgos, de modo que se comporten siempre según lo esperado y minimicen los daños involuntarios e imprevistos, evitando asimismo causar daños inaceptables. Lo anterior debería aplicarse también a los cambios potenciales en su entorno operativo o a la presencia de otros agentes (humanos y artificiales) que puedan interactuar con el sistema de manera contenciosa. Además, debería garantizarse la integridad física y mental de los seres humanos⁶².

3) *El principio de equidad.*

El principio de equidad se entiende en el sentido de justicia, es decir, una distribución de los beneficios y costes equitativa y justa, desde un punto de vista sustantivo, y la eliminación de sesgos discriminatorios; y de exigir mecanismos de reparación o compensación y de limitación desde el punto de vista procedimental.

En palabras de las propias Directrices Éticas:

El desarrollo, despliegue y utilización de sistemas de IA debe ser equitativo. Pese a que reconocemos que existen muchas interpretaciones diferentes de la equidad, creemos que esta tiene tanto una dimensión sustantiva como procedimental. La dimensión sustantiva implica un compromiso de: garantizar una distribución justa e igualitaria de los beneficios y costes, y asegurar que las personas y grupos no sufran sesgos injustos, discriminación ni estigmatización. Si se pueden evitar los sesgos injustos, los sistemas de IA podrían incluso aumentar la equidad social. También se debería fomentar la igualdad de oportunidades en términos de acceso a la educación, los bienes los servicios y la tecnología. Además, el uso de sistemas de IA no debería conducir jamás a que se engañe a los usuarios (finales) ni se limite su libertad de elección. Asimismo, la equidad implica que los profesionales de la IA deberían respetar el principio de proporcionalidad entre medios y fines, y estudiar cuidadosamente cómo alcanzar un equilibrio entre los diferentes intereses y objetivos contrapuestos. La dimensión procedimental de la equidad conlleva la capacidad de oponerse a las decisiones adoptadas por los sistemas de IA y por las personas que los manejan, así como de tratar de obtener compensaciones adecuadas frente a ellas. Con este fin, se

⁶¹ *Ibíd.*, apartado 51. Resaltado añadido por el autor.

⁶² *Ibíd.*, apartado 66.

*debe poder identificar a la entidad responsable de la decisión y explicar los procesos de adopción de decisiones*⁶³.

4) *El principio de explicabilidad.*

La explicabilidad exige transparencia e información, es decir, está conectada con la transparencia como derecho y como principio.

Conforme a las Directrices Éticas:

*La explicabilidad es crucial para conseguir que los usuarios confíen en los sistemas de IA y para mantener dicha confianza. Esto significa que los procesos han de ser transparentes, que es preciso comunicar abiertamente las capacidades y la finalidad de los sistemas de IA y que las decisiones deben poder explicarse – en la medida de lo posible – a las partes que se vean afectadas por ellas de manera directa o indirecta. Sin esta información, no es posible impugnar adecuadamente una decisión. No siempre resulta posible explicar por qué un modelo ha generado un resultado o una decisión particular (ni qué combinación de factores contribuyeron a ello). Esos casos, que se denominan algoritmos de «caja negra», requieren especial atención. En tales circunstancias, puede ser necesario adoptar otras medidas relacionadas con la explicabilidad (por ejemplo, la trazabilidad, la auditabilidad y la comunicación transparente sobre las prestaciones del sistema), siempre y cuando el sistema en su conjunto respete los derechos fundamentales. El grado de necesidad de explicabilidad depende en gran medida del contexto y la gravedad de las consecuencias derivadas de un resultado erróneo o inadecuado*⁶⁴.

3 Los principios éticos en la investigación con sistemas de IA según la IA⁶⁵

Ahora, imaginemos que podemos utilizar a la propia IA o, mejor dicho, a un sistema de IA, como por ejemplo ChatGPT, para que nos ayude a identificar los principios éticos que deben guiar a investigación con sistemas de IA, probemos.

Así, podríamos realizarle una pregunta.

La investigación con sistemas de inteligencia artificial (IA) debe guiarse por principios éticos sólidos para garantizar que su desarrollo y aplicación benefician a la sociedad, minimicen los riesgos y respeten los derechos humanos. A continuación, se presentan los principios éticos más ampliamente aceptados:

1. Beneficencia

La IA debe desarrollarse y utilizarse para promover el bienestar humano y mejorar la calidad de vida.

Las investigaciones deben enfocarse en resolver problemas significativos sin causar daño.

2. No maleficencia

Se debe evitar causar daño intencional o no intencional a las personas, grupos o al medio ambiente.

Incluir mecanismos para identificar y mitigar sesgos, errores y consecuencias imprevistas.

3. Autonomía

Respetar la capacidad de los individuos para tomar decisiones informadas.

Garantizar el consentimiento informado en los estudios que involucren datos personales o interacción con humanos.

4. Justicia

Promover la equidad en el acceso, uso y beneficios de la IA.

Evitar la discriminación y el sesgo algorítmico que pueda perjudicar a ciertos grupos.

5. Transparencia

Facilitar la comprensión de cómo funcionan los sistemas de IA, sus decisiones y limitaciones.

Publicar metodologías, fuentes de datos y resultados de manera clara y accesible.

6. Responsabilidad

Los investigadores y desarrolladores deben ser responsables de sus sistemas y decisiones.

⁶³ *Ibíd.*, apartado 52. Resaltado añadido por el autor.

⁶⁴ *Ibíd.*, apartado 53. Resaltado añadido por el autor.

⁶⁵ Para preparar este apartado se ha utilizado ChatGPT, para realizar una pregunta, y se ha reproducido la contestación facilitada por ChatGPT (<https://chatgpt.com/c/684e9af4-a904-8003-8798-57375a19117f>).

Establecer mecanismos claros de rendición de cuentas, especialmente cuando la IA afecta directamente a las personas.

7. Privacidad

Proteger los datos personales y sensibles utilizados o generados por los sistemas de IA.

Aplicar prácticas de minimización de datos y cumplimiento con marcos legales como el GDPR o equivalentes locales.

8. Seguridad y robustez

Diseñar sistemas seguros, resilientes ante ataques y fallos, y capaces de operar de manera confiable en condiciones diversas.

Incluir pruebas éticas y técnicas rigurosas antes de desplegar sistemas en entornos reales.

9. Sostenibilidad

Considerar el impacto ambiental de los sistemas de IA, especialmente el consumo energético y uso de recursos computacionales.

Estos principios suelen estar recogidos en marcos éticos de organizaciones como la OCDE, la Unesco, el IEEE, y declaraciones gubernamentales o institucionales sobre IA responsable.

Lo interesante es ver que los principios que identifica, y que extrae, indica, de los marcos éticos de organizaciones como la OCDE o UNESCO, y de declaraciones públicas o institucionales sobre una IA responsable, serían: 1. *Principio de beneficencia*, en el sentido de que el desarrollo debe perseguir el bienestar del ser humano y la mejora de la calidad de vida, resolviendo problemas a la vez que no causa daño; y que podríamos vincular a los principios de prevención del daño y de equidad antes comentados. 2. *Principio de no maleficencia*, entendido en el sentido de evitar los daños, tanto intencionales como no intencionales, tanto a las personas, grupos o al propio Medio Ambiente, así como la identificación y mitigación de “sesgos, errores y consecuencias imprevistas”, que vuelve a estar conectado con el principio de prevención, así como también con el principio de equidad. 3. *Principio de autonomía*, en el sentido de respeto de la capacidad de las personas para la toma de decisiones informadas, así como que se garantice el consentimiento informado cuando hay datos personales o interacción con seres humanos, que evidentemente conecta con el principio de respeto de la autonomía humana; 4. *Principio de justicia*, en el sentido de promover la equidad tanto el acceso como beneficios de la IA, como en evitar la discriminación y sesgos algorítmicos, que tienen conexión con el principio de equidad; 5. *Principio de transparencia*, en el sentido de facilitar el entendimiento del funcionamiento y decisiones de IA, así como la publicación de metodologías, fuentes de datos y resultados, que conecta con el principio de explicabilidad; 6. *Principio de responsabilidad*, en el sentido de que las personas que desarrollan la investigación con sistemas de IA deben ser “responsables” de dichos sistemas y de las decisiones adoptadas, así como se debe establecer mecanismos de rendición de cuentas, claros, con forma especial cuando la IA afecte a personas, y que está conectado con el principio de equidad; 7. *Principio de privacidad*, en el sentido de que se deben proteger los datos personales, así como sensibles, que se utilicen o generen sistemas de IA, y también hay que aplicar prácticas de minimización de datos y cumplimiento normativo, en especial el RGPD, y que se conecta con los principios de prevención del daño y de equidad; 8. *Principio de seguridad y robustez*, en el sentido de que los sistemas de IA se deben diseñar seguros y resilientes frente a ataques y fallos, así como deben funcionar u operar de forma confiable en diversas situaciones y condiciones, y se deben aplicar pruebas rigurosas de carácter técnico y ético antes del despliegue o implementación de los sistemas en condiciones reales, lo que está conectado con el principio de prevención del daño; y el 9. *Principio de sostenibilidad*, en el sentido de que hay que considerar el impacto ambiental de los sistemas IA que se desarrollan, con particular atención al consumo energético y el uso que realizan de medios, recursos o infraestructuras computacionales (pensemos en los centros de datos y su desarrollo), lo que se conecta necesariamente con el principio de prevención del daño, así como con el principio de equidad.

De forma que podríamos tener la siguiente correlación de principios, con el siguiente mapa conceptual:

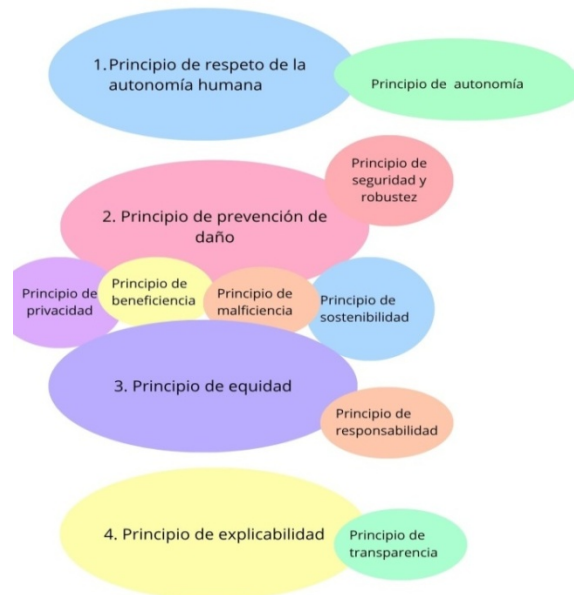


Ilustración 3: Elaborado por C. Benlloch Domènech, a partir de los datos facilitados por el autor.

Entiendo que los equipos de investigación tecnológica, de los que deberían formar parte juristas, para un adecuado asesoramiento no solo en el Derecho aplicable, sino también en estos principios éticos, durante todo el proceso tecnológico, desde la idea, su diseño, desarrollo e implementación; siguiendo estos principios éticos que complementan el Derecho aplicable, llevarán a cabo una investigación responsable de calidad, respetuosa con el marco ético y jurídico actual, con el máximo respeto y garantía de los derechos y libertades de las personas.

4. Conclusiones

En la investigación con sistemas de IA, y dada la exclusión del ámbito de aplicación del RIA, cobran especial relevancia las normas éticas y profesionales, que se agrupan en torno a lo que podríamos denominar los principios éticos de la investigación con Inteligencia Artificial y tecnologías conexas, que complementan el Derecho aplicable, ya que la exclusión de la aplicación del RIA no afecta a la aplicación del resto de las normas, en su respectivo ámbito de aplicación, así como de los principios jurídicos relevantes.

Estos principios éticos se infieren fundamentalmente de las denominadas “Directrices Éticas para una IA fiable”, elaborada por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, creado por la Comisión Europea en junio de 2018; si bien hay otros textos relevantes.

No obstante, como se ha puesto de manifiesto, una gran parte de estos principios éticos, entendidos como mandatos de orientación, ya están contenidos en normas jurídicas y son obligaciones legales. Precisamente, uno de los desafíos de la complejidad del Derecho contemporáneo, así como de su

aplicación e interpretación, deriva de la inclusión en el ordenamiento jurídico de principios y criterios metajurídicos que, junto con el carácter multi e interdisciplinar de lo que se ha venido a denominar tecnoderecho o Derecho de la ciencia y la tecnología, constituyen un nuevo tango jurídico con el que tenemos que bailar para poder comprender la realidad digital jurídica en la que vivimos, y poder exigir y garantizar adecuadamente, en un momento de desbordamiento de la Constitución y del ordenamiento jurídico, el máximo respeto a los derechos y libertades de las personas, también durante todo el proceso de investigación científica con sistemas de IA.

Por ello, estos principios éticos cobran especial relevancia a la hora de orientar la aplicación e interpretación del Derecho aplicable a los sistemas de IA, y pueden servir también para orientar y guiar en el uso de sistemas de IA.

Estos principios, recogidos en las Directrices Éticas para una IA fiable, son el respeto de la autonomía humana, que en mi opinión recoge dos principios, respeto de la dignidad humana como fundamento de la libertad, y la autodeterminación en la participación de las personas en la actividad científica; prevención del daño, que contienen los principios de prevención y precaución (cautela), y que podríamos conectar con la beneficencia, no maleficencia, sostenibilidad, seguridad y robustez, y privacidad; equidad, que a su vez podríamos conectar con los principios de sostenibilidad, responsabilidad, privacidad, beneficencia y no maleficencia; y explicabilidad que conecta con el principio de transparencia.

Así, los equipos de investigación tecnológica, de los que deberían formar parte juristas, siguiendo estos principios en la investigación con sistemas de IA, garantizarán una investigación responsable de calidad, respetuosa con el marco ético y jurídico actual, con el máximo respeto y garantía de los derechos y libertades de las personas.

Abstract

El desarrollo de los sistemas de Inteligencia Artificial plantea riesgos para la protección de los derechos y libertades de las personas. Para hacer frente a estos riesgos, la Unión Europea está desarrollando un marco ético y normativo de gobernanza digital y tecnológica que pone en el centro a las personas. El nuevo Reglamento de Inteligencia Artificial es uno de los hitos importantes en este proceso de construcción del marco normativo que, sin embargo, exceptúa de su ámbito de aplicación la actividad científica, con alguna excepción. Así, la actividad de investigación con sistemas de IA deberá ajustarse a los principios éticos aplicables. En este trabajo tratamos de aproximarnos a estos principios (éticos) que están llamados a gobernar la investigación científica con sistemas de IA y que, inferidos de distintos textos como las Directrices Éticas para una IA fiable, integran tanto principios ya reconocidos en el ordenamiento jurídico (principios jurídicos) como principios éticos (metajurídicos) que se complementan dentro del emergente Derecho europeo de la ciencia y la tecnología o tecnoderecho, formando un nuevo tango jurídico con el que debemos "bailar" para garantizar la máxima garantía a los derechos y libertades de las personas, incluyendo todo el proceso de investigación científica con sistemas de IA.

Palabras clave: inteligencia artificial, IA principios, ética, investigación, derecho, tecnoderecho

*

The development of Artificial Intelligence systems poses risks to the protection of human rights and freedoms. To address these risks, the European Union is developing an ethical and regulatory framework of digital and technological governance that puts people at the center. The new Artificial Intelligence Act is one of the important milestones in this process of building the regulatory framework, which, however, excludes scientific activity from its scope, with some exceptions. Therefore, the research activity with AI systems must comply with applicable ethical principles. In this work, we attempt to explore these (ethical) principles that are called to govern scientific research with AI systems and that, inferred from different texts such as the Ethical Guidelines for Trustworthy AI, integrate both principles already recognized in the legal framework (legal principles) as well as ethical principles (meta-legal) that complement each other within the emerging European law of science and technology or techno-law, forming a new legal tango with

which we may "dance" to guarantee the maximum guarantee to the rights and freedoms of people, including the entire process of scientific research with AI systems.

Key words: artificial intelligence, AI principles, ethics, research, law, technolaw

Parte II

rubriche

L'impatto dell'intelligenza artificiale sull'ermeneutica giuridica e musicale^()*

Lucia MIGLIETTI*

Sommario: 1. Interpretazione giuridica e interpretazione musicale: spunti comparativi 2. Benefici e insidie dell'impiego dell'IA nell'ermeneutica giurisprudenziale 3. Il regime di tutele dell'AI Act e le sue implicazioni nel settore giudiziario 4. Benefici ed insidie dell'impiego dell'IA nell'ermeneutica musicale 5. Note conclusive

1. Interpretazione giuridica ed interpretazione musicale: spunti comparativi

Il rapporto tra diritto e musica è un tema che, da più anni, ha attratto l'attenzione della dottrina nordamericana e italiana conquistando uno spazio sempre più centrale in molte ricerche accademiche. Nell'ambito del movimento nordamericano *law & humanities*, numerosi sono, infatti, gli studi dedicati al raffronto delle due forme di cultura al punto da far emergere una vera e propria disciplina, *Law and Music*, nella quale il rapporto tra diritto e musica viene innanzitutto analizzato dal punto di vista storico ed antropologico, nell'intento di tracciare un percorso comune tra le due dimensioni¹. In Italia, come avvenuto negli USA, insigni giuristi², muovendo da un dibattito dottrinale sorto già nella prima metà del Novecento³, hanno inteso vagliare le possibilità di una comparazione tra musica e diritto con esiti molto interessanti e utili anche ai fini di una più ampia comprensione del fenomeno giuridico. Da più parti si è sottolineato come le due discipline "rappresentano forme di cultura che ruotano intorno al fondamentale problema dell'ordine inteso sia nel senso della relazione strutturale tra le parti dell'insieme sia nel senso del rapporto tra lo specifico artefatto culturale e l'ambiente circostante"⁴. Vi

(*) Testo della relazione presentata al III Seminario annuale DPCE, *Tradizioni giuridiche e musica. Momenti e snodi di una possibile interazione*, tenutosi a Como presso l'Università degli Studi dell'Insubria, 12-13 giugno 2025, destinato al volume di raccolta degli atti, per la cura di G. Grasso, R. Tarchi, L. Testa.

* Docente a contratto presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università della Calabria.

¹ Cfr. J. Frank, *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation*, in *Columbia Law Review*, 47/1947, p. 1259 ss.; S. Levinson, M. Balkin, *Law, Music and Other Performing Arts*, *University of Pennsylvania Law Review*, 139/1991, p. 1597 ss.; Id., *Interpreting law and music: performance notes on "The Banjo Performer" and "The Lying Crowd of Jews"*, in *Cardozo Law Review*, 20/1999, p. 1513 ss.

² Cfr., tra i molti contributi, M. Cossutta, *Sull'interpretazione della disposizione normativa e sui suoi possibili rapporti con l'interpretazione musicale*, in *Riv. scienze della comunicazione*, 2011, p. 101 ss.; G. Iudica, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 467 ss.; V. Nitrato Izzo, *Diritto e musica: performance e improvvisazione nell'interpretazione e nel ragionamento giuridico*, in M.P. Mittica (cur.) *Dossier: Diritto e Narrazioni, Temi di diritto, letteratura e altre arti, Atti del secondo convegno nazionale della ISLL*, Bologna 3-4 giugno 2010, pp. 121-122; F. Galgano, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione tra culture*, Bologna, 2009; G. Resta, *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema: 'diritto e musica'*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2011; Id., *Variazioni comparatistiche sul tema: «diritto e musica»*, in "Comparazione e diritto civile", ott. 2010 (www.comparazionedirittocivile.it); Id. (cur.), *L'armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, Roma, 2020, p. 251 e ss.; G. Severini, *Su diritto e musica: considerazioni di un uomo in toga senza strumenti di musica*, in G. Resta (cur.) *L'armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, in *L'unità del diritto. Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma 3*, Roma 2020, pp. 341-347.

³ Dibattito che, notoriamente, ha visto coinvolti l'autorevole giurista S. Pugliatti, *L'interpretazione musicale*, Messina, 1940 (ristampa 1991) ed il filosofo e critico musicale A. Parente, *La musica e le arti. Problemi di estetica*, Bari, 1946, nonché E. Cione, *Problemi di estetica musicale*, in *Logos*, 1938, p. 633 ss.

⁴ Così, S. Nardi, *Pulchrum et iustum convertuntur. Sulla relazione tra musica e diritto*, in *dirittomodaearti.it*, 1/2022, p. 22, il quale richiama il saggio di F. Cernelutti, *Arte del diritto* (ristampa con prefazione di C. Consolo), Torino, 2017, p. 6, ove l'insigne giurista

è un sottile *fil rouge* che, poi, le accomuna ed unisce, poiché i soggetti coinvolti si pongono, tanto nel diritto quanto nella musica, nella medesima relazione: c'è chi crea (il legislatore e il compositore), chi interpreta o esegue (il giudice e l'esecutore/interprete), chi è destinatario del prodotto (la società e l'ascoltatore). La comparazione tra il diritto e la musica viene operata su diversi livelli e per molteplici finalità teoriche⁵; certamente, uno degli approcci più scelti consiste nel fondare il confronto su un particolare aspetto che diritto e musica in modo inequivocabile sembrerebbero condividere, quello dell'interpretazione. Il modello di interpretazione musicale viene, difatti, considerato il più aderente al paradigma giuridico⁶ e ciò per la condivisione di alcune problematiche ermeneutiche e per gli strumenti simili mediante i quali vengono risolte. Se il rapporto (interpretativo) tra il diritto e la musica si osserva, in particolare, dalla visuale degli operatori, creatori ed interpreti delle norme giuridiche e delle opere musicali emergono, infatti, esigenze affini, poiché da un canto, si ha la richiesta di assoluta fedeltà al testo (sia questo rappresentato dal pentagramma e dalla norma) che conduce a pretendere dall'interprete una interpretazione letterale; dall'altro, la tensione da parte dell'interprete a partecipare, seppure dal suo punto operativo subordinato all'autore, alla realizzazione pratica dell'opera artistica, ed anche al procedimento di ordinamento giuridico della società⁷. Nel raffrontare il diritto alla musica insigni giuristi hanno evidenziato la compresenza di tre elementi nell'ambito del processo ermeneutico, ovvero la forma rappresentativa, oggetto dell'attività in parola, l'autore della stessa e l'interprete che pone in essere un'attività cognitiva prima, riproduttiva o normativa poi⁸. Quella musicale è anzitutto ricognitiva, nel senso che è tesa a rinvenire tecnicamente il messaggio dell'autore e ad agevolarne la comprensione, ma è ancora parziale; poi è riproduttiva, per cui è ottimale quella di chi trasmette fedelmente al pubblico la finalità perseguita dall'autore dell'opera (in tal senso l'interprete non è mai un creatore originale), facendo intendere il messaggio a una cerchia di destinatari⁹. Similmente, l'interpretazione giuridica – la quale, tuttavia, si spinge ben oltre il momento riproduttivo – non consiste solo nella mera conoscenza e comprensione della norma, in quanto detta conoscenza deve essere, comunque, funzionale alla sua integrazione e realizzazione nella vita di relazione¹⁰ per decidere e/o regolare un caso concreto. L'interprete, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, non si limita, quindi, a riprodurre meccanicamente il testo, ma lo attualizza; se nel diritto, il giudice o giurista cerca il significato della norma alla luce del contesto, dei principi generali e dei casi concreti, nella musica, invece, l'esecutore imprime alla partitura il proprio stile, la propria sensibilità, rispettando però il carattere e l'intenzione dell'autore. Nelle due forme di interpretazione rileva, secondo diverse graduazioni, proprio la creatività dell'interprete. Come autorevolmente sostenuto dal Pugliatti, il processo interpretativo è essenzialmente connotato di creatività, ed in quanto processo complesso che

scriveva che studiare il diritto o l'arte significa aggredire da due lati diversi il medesimo problema, poiché “servono per ordinare il mondo. Tendono un ponte dal passato al futuro”.

⁵ Sul punto, si v. A. Porciello, *Diritto e musica: armonia o dissonanza?*, in *Materiales de Filosofia del Derecho*, 5/2018, pp. 1-17, il quale afferma che il confronto tra diritto e musica non può e soprattutto non deve essere generale ed indiscriminato, come peraltro spesso si tende a fare, poiché deve avvertirsi innanzitutto l'esigenza di limitarlo attraverso una serie di paletti concettuali che attengono essenzialmente: a) al tipo d'indagine che s'intende effettuare; b) al punto di vista che si vuole impiegare nell'indagine; c) al tipo di diritto o di musica che s'intende confrontare e di cui s'intende discutere. L'A. rammenta, altresì, le diverse prospettive di analisi del rapporto Law & Music e le relative locuzioni con cui si suole individuarle: Law and Music (Diritto e musica), Law as Music (Diritto come musica), Law in Music (Diritto nella musica), Law of Music (Diritto della musica).

⁶ Cfr. E. Betti, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, p. 34 ss. (ristampa ivi 2014, p. 11 e ss., con Prefazione di N. Irti, da cui le citazioni); Id., *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1955, spec. p. 640 ss. Sul punto, si v. pure G. Resta, *Variazioni comparatistiche sul tema: «diritto e musica»*, cit., secondo cui la musica, come il diritto, costituisce una disciplina performativa, nel senso che l'interprete musicale muove il discorso da un insieme di grafemi, ordinati secondo un certo programma, che compongono la partitura.

⁷ Così, M. Cossutta, *Sull'interpretazione*, cit., p. 107.

⁸ E. Betti, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit.

⁹ Cfr. M. Cossutta, *Sull'interpretazione*, cit., p. 102, il quale fa costante riferimento all'opera *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1955 di Emilio Betti.

¹⁰ Sul punto, v. ancora, M. Cossutta, *Sull'interpretazione*, cit., il quale così afferma: “qui si tratta, prendendo le mosse dal testo, di riprodurre, di ri-creare, la legge, ovvero, riprendendo i termini propri alle speculazioni di Massimo Severo Giannini e di Vezio Crisafulli, di trarre dalla disposizione la norma”.

implica una 'ricreazione dell'opera' esso richiede "una umana partecipazione, che di quei segni sparsi e morti faccia una sola parola viva, interamente sciogliendo ogni frammento esteriore, oggettivo, nella libera creatività del soggetto"¹¹. E se è pur vero che lo spartito costituisce un limite oggettivo, la fase di studio e analisi del testo non esaurisce l'attività dell'interprete¹², in quanto rappresenta soltanto il primo momento di risoluzione dei problemi tecnici di esecuzione, per dare seguito a una successiva fase 'creativa' di interpretazione. L'insigne giurista nell'evidenziare il profilo creativo caratterizzante le due forme interpretative ha inteso, così, avversare le tesi del filosofo e critico musicale Alfredo Parente secondo cui, invece, l'esecuzione dell'opera d'arte "è da riferire ad una funzione pratica e non lirica, ed è insomma tecnica, non creativa [...] l'originalità può valere nell'ambito della creazione, non già in quello della resurrezione del passato, rispetto al quale ogni originalità o soggettività si trova in arbitrio"¹³. L'aspetto creativo del processo ermeneutico assume, altresì, rilievo nell'autorevole opera di Emilio Betti secondo il quale nel momento dialettico dell'interpretazione avviene l'incontro tra la personalità dell'autore e quella dell'interprete. Ed è proprio in questa fase che l'attività interpretativa si pone come ri-creazione che consiste in "una sintesi ricostruttiva fatta di una dialettica di fedeltà e di rinnovamento" e "che non si conclude mai in unità perfetta come nella creazione originale"¹⁴. In una siffatta ottica, la ricreazione dell'opera non può che passare attraverso la sensibilità dell'interprete il quale ri-crea pur restando fedele al testo. Nell'ambito dell'interpretazione musicale, l'inversione dell'iter creativo, secondo l'insigne giurista, "non può riuscire senza la illuminazione di una commossa sensibilità, di un'inventiva e di un intuito divinatorio"¹⁵, sebbene, poi, l'interpretazione non può ricreare l'opera interamente perché irripetibile e l'interprete vive il dramma di un 'ideale irraggiungibile': quello di identificarsi con l'autore. Ne consegue che le due forme di interpretazione possono, quindi, fra loro ricollegarsi per una pluralità di elementi quale la ineliminabile creatività dell'interprete, il costante equilibrio che esse richiedono tra rispetto per il testo (fedeltà all'autore o al legislatore) e libertà interpretativa (l'autonomia dell'interprete) e, ancora, per i linguaggi, ambedue connotati da vaghezza e imprecisione e bisognosi dell'attività integrativa dell'interprete. Deve, tuttavia, precisarsi che la libertà del giurista nell'esegesi della norma è, certamente, più limitata rispetto a quella dell'esecutore musicale, posto che nel diritto vi sono precise regole ermeneutiche da rispettare¹⁶; in ambito musicale, invece, è lo stesso compositore che spesso lascia libertà creativa all'interprete; questi, in vista del raggiungimento di un risultato di tipo estetico, può andare ben oltre il testo da cui muove e diventare anche creatore, possibilità questa che nel contesto giuridico – di là delle ipotesi di giurisprudenza creativa – dovrebbe non accadere¹⁷. Un ulteriore punto di contatto che accomuna il diritto alla musica si individua pure nella necessità di ricorrere a elementi extra testuali. Come

¹¹ S. Pugliatti, *L'interpretazione musicale*, cit. p. 37 ss.

¹² Sul tema, v. anche le considerazioni di S. Nardi, *Pulchrum et iustum convertuntur*: cit., p. 26, il quale evoca alcune vicende che testimoniano che l'interprete possa talvolta diventare creatore. L'A., in particolare, rammenta la scena del celebre film *Amadeus* di Milos Forman (1984) ove si vede il giovane W.A. Mozart che, dopo aver assistito al momento in cui Antonio Salieri omaggia l'imperatore di una sua nuova composizione, invitato dall'imperatore stesso, riproduce il brano appena ascoltato con sue personali variazioni che arricchiscono il tema ideato dal compositore italiano. L'A. richiama, altresì, il genio genovese Niccolò Paganini e la sua celebre frase "Paganini non ripete" fatta recapitare a Carlo Felice al Teatro di Torino, e che rappresenta un esempio evidente di come chi interpreta può andare oltre il testo, creare *ex novo* rispetto alle note scritte, tanto da non essere in grado di ripetere.

¹³ A. Parente, *La musica e le arti. Problemi di estetica*, cit., p. 108; Id., *L'interpretazione musicale e la vita dello spirito*, in *Rass. musicale*, 1932, p. 116 ss.

¹⁴ E. Betti, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Sul punto, si v. S. Nardi, *Pulchrum et iustum convertuntur*: cit. p. 27, il quale ha osservato che "(i)n diritto, l'interpretazione nella misura in cui è chiamata a dare un senso alla norma di legge non può per definizione essere creativa, cioè dare vita ad un senso che non è nella norma, come testimoniato dall'art. 12 preleggi ("nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore") e dall'art. 1362 c.c. sulla interpretazione dei contratti, ma anche dall'art. 101, secondo comma, Cost. ("i giudici sono soggetti soltanto alla legge")".

¹⁷ Sono le conclusioni a cui perviene G. Zagrebelsky, in M. Brunello e G. Zagrebelsky, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, 2016, p. 62 ss.

l'interprete del diritto che di fronte a un problema ermeneutico trova supporto nelle ricostruzioni interpretative della norma operate dalla dottrina o dalla giurisprudenza, anche il musicista potrà cercare ausilio nella tradizione interpretativa, in quanto pure la musica ha la sua 'giurisprudenza', solitamente costituita dalle edizioni della partitura o dalle incisioni su disco da parte di allievi del compositore¹⁸. Sotto il profilo funzionale, si è pure evidenziato che la musica è ordinata al bello mentre il diritto al giusto. E nel fare richiamo all'insegnamento tomista, – *pulchrum et iustum convertuntur* così che nella realtà il bello è anche giusto –, si è, altresì, sostenuto che tanto la musica quanto il diritto "ruotino intorno ad un altro trascendentale che è il *verum* che non può che passare per il tramite dell'interpretazione"¹⁹; il reale *trait d'union* tra le due discipline viene, così, individuato nell'esigenza di libertà di ognuno, poiché "in fondo, tanto il musicista quanto il giurista sono operatori di libertà dal momento in cui entrambi contribuiscono all'educazione della personalità di ogni individuo che non può non passare per la verità, che infatti rende liberi"²⁰. Ciò potrà anche non rappresentare un profilo di affinità peculiare del rapporto tra agire giuridico e agire musicale (in quanto rinvenibile anche altrove), ma è, comunque, certo che in esso si possa cogliere "una similitudine funzionale di non immediata evidenza, ma tutt'altro che irrilevante nel funzionamento concreto del sistema sociale"²¹. Ma oltre a questi evidenti e suggestivi punti di contatto, emergono nel rapporto (interpretativo) tra musica e diritto molteplici dissonanze. Differente è la finalità perseguita²², sebbene in ambedue i processi ermeneutici vi è un testo da intendere entro un determinato contesto: nella musica l'interprete sceglie una esecuzione per suscitare emozioni mirando, così, alla comunicazione espressiva dell'opera all'ascoltatore; nel diritto l'interprete deve individuare la scelta di un comportamento da seguire e si ha, pertanto, una prospettiva più sociale rispetto a quella individuale della musica²³. Inoltre, la musica si serve di forme musicali le quali non necessariamente sono o devono essere comprensibili agli ascoltatori²⁴; nel diritto la forma, invece, deve essere una veste intellegibile della norma, tale da poter assicurarne la comprensione da parte dei suoi destinatari. Il tempo gioca, poi, un diverso ruolo: la musica si identifica nel tempo, o, per meglio dire, è la fusione tra tempo e suono; il diritto sta nel tempo, senza, però, identificarsi in esso²⁵. Dunque, l'attività ermeneutica del giurista, ancorché riconducibile ad una più ampia idea di interpretazione, che comprende al suo interno tutte le diverse 'interpretazioni' del contesto artistico, presenta, come opportunamente rilevato, delle "peculiarità e soprattutto finalità tali da assegnargli all'interno di quell'insieme un posto ed uno statuto del tutto speciali, che difficilmente possono risultare

¹⁸ Il caso paradigmatico è l'edizione delle opere di Chopin a cura del suo fidato discepolo Mikuli, basata sulle indicazioni scritte a mano del Maestro e l'incisione sul disco del pianista Koczalski, allievo di Mikuli e un tempo considerato autentico depositario della tradizione interpretativa di Chopin.

¹⁹ Così testualmente, S. Nardi, *Pulchrum et iustum convertuntur. Sulla relazione tra musica e diritto*, cit., p. 28 che richiama quanto affermato da M. Brunello, G. Zagrebelsky, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, cit., p. 75.

²⁰ Così, ancora, S. Nardi, *Pulchrum et iustum convertuntur. Sulla relazione tra musica e diritto*, cit., p. 28, il quale condivide e cita le argomentazioni di F. Rimoli, *Interpretazione, forma, funzione: sulle presunte affinità tra l'agire giuridico e l'agire musicale*, in G. Resta (cur.), *L'armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, Roma, p. 320, secondo cui "il contatto della musica con il diritto – ossia con la dimensione giuridica dell'agire sociale – non si trova dunque tanto nelle (pur presenti, ma non peculiari) affinità operazionali che l'attività del giurista e quella del musicista manifestano, ma nell'insieme delle funzioni latenti che la creazione musicale (e in senso lato artistica) da un lato e la capacità programmatica di un diritto che sia costituzionalmente orientato verso una società democratica e liberale dall'altro assumono: funzioni complessivamente rivolte all'espansione massima della personalità individuale, della comunicazione interpersonale, della coscienza critica del proprio agire sociale, culturale e politico. In questo senso il musicista (l'artista in genere) e il giurista possono dirsi accomunati dal fatto di essere entrambi – ciascuno nel proprio specifico ambito, e con il proprio linguaggio – operatori di libertà".

²¹ F. Rimoli, *Interpretazione, forma, funzione*, cit., p. 28.

²² S. Nardi, *Pulchrum et iustum convertuntur. Sulla relazione tra musica e diritto*, cit., p. 34.

²³ Cfr. F. Rimoli, *Interpretazione, forma, funzione: sulle presunte affinità tra l'agire giuridico e l'agire musicale*, cit., p. 304, il quale evidenzia pure che il linguaggio musicale è emotivo a differenza del linguaggio giuridico che è prescrittivo.

²⁴ La forma, difatti, è spesso strumentale alla funzione cui è destinata la musica (si pensi, ad esempio alla musica d'ambiente, o alla musica destinata ad una sala da concerto).

²⁵ Così, F. Rimoli, *Interpretazione, forma, funzione: sulle presunte affinità tra l'agire giuridico e l'agire musicale*, cit., p. 316 ss.

paragonabili ad attività interpretative a primo acchito simili”²⁶. Di là dalle analogie e dissonanze rilevate, il confronto tra il diritto e la musica si conferma ancora utile, in quanto ricco di suggestioni e stimoli per il giurista affinché continui a meditare sul proprio ruolo e a rivolgere lo sguardo anche oltre i propri confini. Del resto, non si può non osservare come oggi il raffronto tra i due paradigmi ermeneutici abbia acquisito una nuova linfa anche a fronte delle tante comuni problematiche (specie di omologazione interpretativa) emerse a seguito dell'impiego dell'intelligenza artificiale. Detta tecnologia informatica ha, difatti, profondamente rivoluzionato le due attività interpretative comportando, certamente, una serie di innegabili benefici, ma anche molte insidie che, in particolare, investono lo stesso ruolo dell'uomo nel processo ermeneutico sino ad implicarne il suo ridimensionamento e la sua (pericolosa e potenziale) sostituibilità. Nel prosieguo, si indugerà, quindi, sulle implicazioni positive e negative che discendono dall'applicazione dell'IA nei contesti considerati onde, poi, conclusivamente riflettere riguardo l'approccio da adottare per restare ancorati ad una visione non solo etica, ma anche antropocentrica dell'uso (oramai ineludibile) delle tecnologie informatiche nell'ambito dell'ermeneutica sia giuridica che musicale.

2. Benefici ed insidie dell'impiego dell'IA nell'ermeneutica giurisprudenziale

L'uso dell'Intelligenza Artificiale si è diffuso in vari ambiti della vita quotidiana incluso il settore della giustizia che risulta oggi sempre di più pervaso dall'inesorabile filtrare di strumenti computazionali che garantiscono la trattazione automatizzata di grandi quantità di dati per diverse finalità, con tempi e costi assai ridotti²⁷. Da più tempo, si discorre di giustizia predittiva²⁸ la quale utilizza algoritmi complessi per prendere decisioni giudiziarie o prevedere gli esiti delle stesse offrendo – a dire di molti autori – una molteplicità di vantaggi, tra i quali una maggiore certezza del diritto²⁹ e uniformità nelle interpretazioni legali. Vi è chi, in ragione di detti benefici, è giunto finanche a sostenere che il vero giudice terzo e imparziale, autonomo e indipendente, sia proprio quello artificiale che, lontano dalle pulsioni e dalle emozioni dell'animo umano rappresenta il migliore interprete di quell'ambizione che ogni ordinamento giuridico si tramanda e, cioè, la certezza del diritto e l'uguaglianza dinanzi alla

²⁶ Così A. Porciello, *Diritto e musica: armonia o dissonanza*, cit., p. 16, il quale – pur aderendo parzialmente all'idea espressa da Basil Markesinis nel volume *Good and Evil in Art and Law: An Extended Essay*, London, 2007, sulla inutilità ed infruttuosità della comparazione tra diritto e musica – ritiene che il confronto tra le due discipline sia, comunque, sostenibile specie nel tentativo di reperire dinamiche comuni capaci di illuminare aspetti, soprattutto giuridici, altrimenti in ombra.

²⁷ Per una ricognizione dell'ampio dibattito sviluppatosi sull'impegno dell'IA nel settore della giustizia, si v., tra i molti contributi, F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1/2020; C. Casonato, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3/2020, p. 3371; Id., *Per un'intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in A. D'Aloia (cur.), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 81 ss; V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. Ruffolo (cur.), *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020; R. Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford, 2019; A. Carleo (cur.), *Decisione robotica*, Bologna, 2019; J. Nieva Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019; S. Quattrocchio, U. Pagallo, *The impact of AI on criminal law, and its twofold aspects*, in W. Barfield, U. Pagallo (eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham, 2018; D. Ben-Ari, Y. Frish, A. Lazovski, U. Eldan, D. Greenbaum, *Artificial intelligence in the Practice of Law: An analysis and proof of concept experiment*, in 23 *Richmond Journal of Law and Technology*, 2017, p. 21; A. Formisano, *L'impatto dell'intelligenza artificiale in ambito giudiziario sui diritti fondamentali* in “Federalismi”, 11 sett. 2024 (www.federalismi.it), 22/2024, p. 112 ss.

²⁸ Sul tema, tra gli altri, si v. E. Bassoli, *La Ciber-Etica: luci e ombre della predittività algoritmizzata*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 17 aprile 2020; C. Castelli, D. Piana, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questione Giustizia*, 4/2018, p. 153; N. Aletras ed al., *Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing Perspective*, in *PeerJ Computer Science*, 24 ottobre 2016.

²⁹ L'idea di un diritto certo realizzato tramite l'avvento di macchine in grado di ragionare al posto dell'uomo viene preconizzato da G.W. Leibniz nell'idea di un diritto “definibile con certezza geometrica” (cfr. G.W. Leibniz, *Principi ed esempi della scienza generale*, in F. Barone (cur.), *Scritti di logica*, Roma-Bari, 1992, p. 121), fino ad arrivare all'idea del diritto calcolabile di Weber consistente in una operazione complessa riducibile alla linearità del calcolo ed applicabile more geometrica (cfr. M. Weber, *Economia e Società*, Torino, 1981, vol. IV Sociologia politica, p. 486); si v. anche N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 28/1951, p. 146-157; L. Gianformaggio, voce *Certezza del diritto*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. II, vol. II, 1988, p. 274 ss.

legge³⁰. Nella odierna realtà giudiziaria l'intelligenza artificiale è percepita come uno strumento che sembra possa garantire un ordine lineare, semplice, prevedibile, ma dietro al quale si consuma, in verità, una frattura antropologica e un'intera rivoluzione cognitiva in cui il reale si riduce al quantificabile e l'operare è destinato a prevalere sul pensare³¹.

I principali vantaggi derivanti dall'automazione di specifiche operazioni propedeutiche e strumentali alla fase di 'giudizio' sono, generalmente, così enucleati: a) maggiore certezza del diritto (intesa in termini di 'calcolabilità'); b) aumento della uniformità e coerenza delle pronunce giurisprudenziali, con riduzione dei 'contrastanti inconsapevoli'; c) minore esposizione delle decisioni al 'soggettivismo giudiziario' e ai rischi di parzialità; d) decremento dei tempi della giustizia, per effetto dell'ottimizzazione del processo decisionale, e della deflazione delle azioni giudiziarie determinato dalla consapevolezza del probabile esito del giudizio, e) contrazione dei costi della giustizia. Tuttavia, questi (presunti) vantaggi, costituiscono solo una parte delle conseguenze derivanti dall'impiego dell'IA atteso che quest'ultima presenta numerosi e critici elementi suscettibili di condizionare profondamente i processi decisionali, mutandone le logiche di fondo, con rilevanti implicazioni sui diritti fondamentali e, più precisamente, sullo sviluppo umano³². In ordine alla garanzia di una maggiore certezza del diritto, si ritengono condivisibili le autorevoli argomentazioni di chi, con piglio critico, ha sottolineato che sostenere l'esistenza della certezza del diritto presuppone l'esistenza di un diritto meramente meccanicistico dominato solo dall'applicazione del criterio della sussunzione e che, a sua volta, presupporrebbe la "certezza della fattispecie"³³. La creatività interpretativa nell'attività del giudice, invero, si manifesta quando emergono lacune normative ed anche quando vi sono clausole generali, ('diligenza', piuttosto che 'buona fede', o 'ragionevolezza'); l'interprete si trova, in tali casi, a dover definire il significato della disposizione e valutarne la riconducibilità alla fattispecie normativa, nonché a dover riempire e ad integrare il contenuto delle dette clausole enunciate dal legislatore³⁴ le quali non trovano fondamento nell'oggettività di norme calcolabili, ma sul soggettivismo della decisione³⁵. In queste ipotesi "l'attività del giudice conserverebbe comunque uno spazio di discrezionalità interpretativa, che lui consuma impiegando energie cognitive e valutative, che mancano all'intelligenza meccanica, impropriamente chiamata intelligenza, pur essendo priva del nocciolo duro del cervello

³⁰ Sul punto, v. E. Vincenti, *Il "problema" del giudice-robot*, in A. Carleo, *Decisione robotica*, Bologna, 2019, p. 111. Secondo taluni autori, dunque, la sostituzione del giudice umano con una macchina intelligente sarebbe un'ipotesi addirittura auspicabile nella ricerca di una decisione oggettivamente esatta. In argomento, si v. D.M. Katz, *Quantitative Legal Prediction-or-How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data-driven Future of the Legal Services Industry*, in *Emory Law Journal*, 2013; R.M. Re, A. Solow-Niederman, *Developing Artificially Intelligent Justice*, in *The Stanford Technology Law Review*, 2019, p. 246 ss., spec. p. 255.

³¹ R.E. Kistoris, *Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale*, in *disCrimen.it*, 5.3.2024, p. 17.

³² Sul punto, si v. le critiche considerazioni di A. Balsamo, *L'impatto dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia in Sistema Penale.it*, 22 maggio 2024, pp. 1-20, nonché di A. Correr, *Il ruolo dell'intelligenza artificiale nel paradigma europeo dell'E-justice*, in *Quaderni AISDUE*, fasc. spec. 2/2024, p. 1 ss.

³³ L'espressione è di N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 19 ss. Sul punto, si v. anche P. Grossi, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giustizia civile*, 4/2014, p. 921 ss.; M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3/2018, p. 872 ss.; G. D'Amico, *L'insostenibile leggerezza della fattispecie*, in *Giustizia civile*, 1/2019, p. 16 ss.

³⁴ Si v., tra molti, S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 82 ss.; V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2018, p. 19 ss.; nonché i contributi che sono nel n. 1/2020 della rivista *Questione giustizia* e, part., quelli di E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in *Questione giustizia*, 1/2020, p. 60 ss.; M. Luciani, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione giustizia*, 1/2020, p. 67 ss.

³⁵ Si tratterebbe, in sostanza, di distinguere due dimensioni del diritto, la prima oggettiva (norme coperte da regole legislative quindi con fattispecie) e l'altra soggettiva (norme senza fattispecie quali lacune generali, clausole generali, concetti indeterminati e norme costituzionali contenenti valori) dove si realizza – per utilizzare l'espressione di Natalino Irti – un fenomeno di "soggettivismo giudiziale" che produce secondo l'A. quell'effetto di "soggettivismo ermeneutico, che, dimentico delle norme sull'interpretazione (art. 12 del titolo preliminare al codice civile), si abbandona con voluttà mentale ai "pre-giudizi" e alle "precomprensioni" della moda gadameriana" (N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. Carleo (cur.), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017) oltre a compromettere valori come la prevedibilità e l'incalcolabilità giuridica. Sul punto, si v. anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 199, il quale si limita a sostenere che siffatte valutazioni del giudice "dev[ono] necessariamente appoggiarsi su visioni obiettive comuni dei fatti sociali".

Proprio con riferimento al fenomeno della decisione secondo valori N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., pp. 23-27, il quale individua 4 tipi di decisione, ordinandoli secondo il loro grado di calcolabilità, che risulta ridotta al minimo proprio quando si tratta di "decidere secondo valori".

umano”³⁶. Con riguardo, poi, alla minore esposizione delle decisioni al ‘sogettivismo giudiziario’ e ai rischi di parzialità, si è osservato, sempre in senso critico, che i sistemi di intelligenza artificiale sono sì costruiti *simia hominis*³⁷, ma presentano non poche criticità relativamente alle modalità attraverso cui vengono istruiti, specie nell’ipotesi nelle quali si trovano ad interpretare norme contenenti valori/principi o formule particolarmente vaghe e che possono porsi in contrasto con altri valori/principi. Diversamente da quanto sostenuto da alcuni autori³⁸, l’algoritmo è tutt’altro che neutrale; la macchina, difatti, viene costruita da una persona e se ogni decisione muove dalla conoscenza e selezione dei dati l’attendibilità dei risultati non può che essere inevitabilmente compromessa³⁹ laddove gli stessi dati non sono stati raccolti in modo corretto e/o contengono errori. Il rischio che ne consegue, quindi, è che la decisione algoritmica può risultare sprovvista di quel crisma della ‘neutralità’⁴⁰ configurandosi non più ‘giusta’ rispetto a quella umana. Un difetto di programmazione o una non buona qualità del dataset utilizzato, può, quindi, individuare false correlazioni in numero maggiore rispetto alla fisiologia o dar luogo ai bias cognitivi⁴¹; questi ultimi sono elementi che, inavvertitamente, riflettono o amplificano gli stereotipi esistenti o le precomprensioni di chi elabora l’algoritmo e la cui ideologia potrebbe influenzare il comportamento della macchina, portando a interpretazioni distorte o false dichiarazioni⁴². L’impossibilità di accedere alle informazioni necessarie su cui si basano i modelli decisionali più avanzati fondati sull’IA può, inoltre, tradursi in un vizio motivazionale delle sentenze emanate e generare un contesto di asimmetria informativa incompatibile con il rispetto del diritto di difesa e della parità delle armi⁴³. L’inadeguatezza della motivazione delle soluzioni di volta in volta proposte è riconducibile sia alla opacità di funzionamento dell’algoritmo sia all’eventuale esistenza di

³⁶ G. De Minico, *Giustizia e intelligenza artificiale: un riequilibrio mutevole*, in *Rivista AIC*, 2/2024, spec. pp. 24-25.

³⁷ Così, V. Frosini, *Cibernetica diritto e società*, Milano, 1973, pp. 104-105; cfr. anche A. Viola, *Diritto e intelligenza artificiale nel pensiero di Vittorio Frosini*, in *Informatica e diritto*, 1/2016, p. 215 ss.

³⁸ Sul punto, si v. A. Garapon, J. Lassègue, *Justice digitale: Révolution graphique et rupture anthropologique*, Parigi, 2018, p. 134, si tratterebbe di “salvare il giudice dalla sua umanità”; E. Vincenti, *Il “problema” del giudice-robot*, cit.; M. FASAN, *I principi costituzionali nella disciplina dell’Intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative*, in *DPCE-online*, 1/2022, spec. p. 183 ss.

³⁹ Il ragionamento della macchina, come quello degli uomini, dipenderà dai dati con cui è stata addestrata secondo il principio *garbage in garbage out* con ciò significando che la qualità degli output dipende dalla qualità dei dati di training, e utilizzare dati di scarsa qualità comporta creare algoritmi di scarsa qualità. Per una ricostruzione del principio si v. G. Resta, *Governare l’innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, p. 214

⁴⁰ A. Simoncini, *L’algoritmo incostituzionale: l’intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1/2019, p. 81.

⁴¹ Con il termine bias nell’ambito dell’IA si fa riferimento a possibili distorsioni del processo decisionale o valutativo determinate da “pregiudizi” insiti all’interno di tali strumenti tecnologici. Relativamente all’impatto dei bias sui meccanismi decisionali di tipo automatizzato risulta particolarmente significativa un’analisi compiuta nel 2019 dall’AI Now Institute dal titolo *Disability, Bias, and AI*, New York, 2019, nella quale è riportato, tra gli altri, il caso di un sistema di IA che non è stato in grado di riconoscere come umani alcuni soggetti diversamente abili in quanto il loro tipo di interazione non rispecchiava fedelmente i parametri con i quali la tecnologia era stata addestrata per distinguere una macchina da un umano. Per un approfondimento del test condotto nell’esempio citato, cfr. K. Nakamura, *My Algorithms Have Determined You’re Not Human: AI-ML, Reverse Turing-Tests, and the Disability Experience*, in *The 21st International ACM SIGACCESS Conference on Computers and Accessibility*, Association for Computing Machinery, New York, 2019.

⁴² Uno studio del 2016 di ProPublica ha scoperto che un sistema algoritmico di predizione del rischio di recidiva e di comportamenti violenti di proprietà di una società privata, ampiamente impiegato in alcune corti americane e denominato COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) avrebbe assegnato agli afroamericani un tasso di recidiva ad alto rischio addirittura doppio rispetto alle altre popolazioni, mentre gli imputati bianchi venivano erroneamente etichettati a basso rischio più spesso delle persone di colore. Cfr. J. Angwin, J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, *Machine Bias: There’s Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And It’s Biased against Blacks*, in “ProPublica”, 2016; B.D. Mittelstadt, P. Allo, M. Taddeo, S. Wachter, L. Floridi, *The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate*, in *Big Data & Society*, 3(2)/2016. Sulla vicenda è intervenuta la Corte suprema del Wisconsin, nel noto caso *State/Loomis*, originato dal ricorso di un imputato avverso una decisione con cui nella determinazione del quantum della pena comminata, il giudice di primo grado aveva tenuto in considerazione “anche” il risultato fornito dal software COMPAS, il cui funzionamento per ragioni proprietarie non era stato, però, reso accessibile alla difesa. Sulla vicenda processuale, v. C. McKay, *Predicting risk in criminal procedure: actuarial tools, algorithms, AI and judicial decision-making*, in *Current Issues in Criminal Justice*, 32(1)/2019, p. 2 ss.

⁴³ Sul tema, si v. A. Balsamo, *L’impatto dell’intelligenza artificiale nel settore della giustizia*, cit., p. 13 il quale discorre di decisioni che rischiano di produrre una vera e propria “prigionia del passato”.

diritti di privativa sul codice sorgente. Il primo fattore dà luogo al cd. “problema della black box”⁴⁴ che implica una scarsa trasparenza del processo decisionale, poiché né è dato comprendere i passaggi logici mediante i quali l’IA è pervenuta ad una data previsione o decisione né è possibile operare un controllo sull’esercizio della funzione, con ciò impedendo al soggetto leso dalla decisione algoritmica di impugnarla⁴⁵. A latere dei rischi legati alla possibile frustrazione del diritto alla difesa previsto dall’art. 24 Cost. e dell’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali prescritto dall’art. 111 comma 2 della Costituzione, sussistono, ancora, ulteriori insidie riferibili al potenziale sviluppo di un conformismo giudiziario (che costituirebbe un chiaro limite all’evoluzione giurisprudenziale, posto che i programmi formulano predizioni fondate su analisi retrospettive)⁴⁶ e alla profilazione dei giudici, la quale renderebbe sempre più difficoltoso per il magistrato mutare i propri orientamenti a fronte della percezione pubblica di una serie di decisioni prese in precedenza⁴⁷. In questa prospettiva, il giudice, potrebbe adagiarsi acriticamente sui risultati della macchina e abdicare al proprio dovere di decidere⁴⁸. L’adozione di un approccio meramente fideistico e incurante delle specificità della fattispecie concreta non solo deresponsabilizza il giudice rispetto al provvedimento che deve emanare quanto, pure, fa perdere alla soluzione proposta dall’IA la sua connotazione orientativa per assumerne una normativa. In mancanza di adeguati accorgimenti, quindi, anche i pretesi vantaggi sul piano della imparzialità delle decisioni giudiziarie potrebbero rivelarsi puramente illusori⁴⁹. Non meno rilevanti sono, poi, i rischi relativi alla divulgazione dei dati sensibili nonché le problematiche connesse al *digital divide* derivanti dalla mancanza di adeguate conoscenze digitali in capo ai giudici o agli

⁴⁴ Cfr. F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University press, Cambridge (Mass.), London, 2015 (<https://raley.english.ucsb.edu/wp-content/Engl800/Pasquale-blackbox.pdf>).

⁴⁵ Per tale criticità è stato proposto già da parte della dottrina uno sforzo di passare da un modello di *black-box* a uno di *white box*, contribuendo così ad una *explainable AI* (cfr. sul tema, U. Pagallo, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2020, p. 96 ss.). Alcuni autori (cfr. G. Carullo, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3/2021, p. 445 ss.) hanno sostenuto che un simile risultato si potrebbe raggiungere tramite l’accesso al c.d. codice sorgente che è un elemento essenziale per la comprensione della decisione, dal momento che permette di verificare se le regole informatiche scritte in fase di programmazione dell’algoritmo applichino fedelmente il dettato normativo; pertanto il codice sorgente in quanto testo deve essere considerato, di norma, parte integrante della motivazione, insieme alla documentazione tecnica relativa al codice sorgente stesso. Tuttavia, pur accedendo al codice sorgente, il comune cittadino, ma anche lo stesso avvocato avrebbe difficoltà a comprenderlo trattandosi pur sempre di un codice redatto secondo un linguaggio informatico, per cui sarebbe necessario “tradurlo” tramite un ingegnere o un programmatore in un linguaggio giuridico a lui comprensibile (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, par. 8.3).

⁴⁶ Alcuni autori parlano a tal riguardo di un rischio di “stagnazione della giurisprudenza” (cfr. J. Nieva Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 21); o anche di stabilizzazione della giurisprudenza (O. Di Giovine, *Il judge-bot e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cassazione penale*, 3/2020, p. 952 ss.). Sul punto, v. anche M. Luciani, *La decisione giudiziaria*, cit., spec. p. 887, secondo cui il vincolo “alla giurisprudenza pregressa impedisce l’evoluzione degli indirizzi giurisprudenziali e preclude al diritto di esercitare la sua funzione primaria (rispondere a bisogni umani regolando umani rapporti corrispondentemente alle esigenze sociali del momento storico)”.

⁴⁷ Cfr., ancora, A. Balsamo, *L’impatto dell’intelligenza artificiale nel settore della giustizia*, cit., p. 8. il quale discorre di decisioni che rischiano di produrre una vera e propria “prigione del passato”.

⁴⁸ L’attitudine qui in discorso è stata analizzata nell’ambito della psicologia ed economia comportamentale che ritiene di influenzare i meccanismi decisionali di un soggetto mediante dei “suggerimenti” velati inducendoli ad assumere dei comportamenti raccomandabili. Le basi di questa teoria sono state introdotte da R.H. Thaler – C.R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Penguin Books, Londra, 2009. Il testo è tradotto in italiano, R.H. Thaler – C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute e felicità*, Milano, 2014.

⁴⁹ Sul punto significativa è la riflessione compiuta dalla *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, adottata nel 2018 dalla CEPEJ (Commissione per l’efficienza della giustizia del Consiglio d’Europa), che ha sottolineato come una metodologia statistica possa produrre effetti discriminatori. In proposito, si sono richiamate le osservazioni prospettate dalla ONG ProPublica sull’algoritmo utilizzato dal software COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), che era stato sviluppato da una società privata ed utilizzato da alcune autorità giudiziarie statunitensi per valutare – sulla base di 137 domande completate con le risposte fornite dall’imputato o con le informazioni tratte dal casellario giudiziale - il pericolo di recidiva nell’ambito della commisurazione della pena. Questo metodo apparentemente “neutro” aveva però condotto alla stima secondo cui gli afroamericani avevano il doppio delle probabilità di recidiva, entro due anni dalla condanna, rispetto alla restante parte della popolazione. Si tratta, all’evidenza, di una conclusione che portava a legittimare, anziché correggere, i problemi connessi alla fragilità socio-economica di alcuni settori della popolazione, rendendo più difficile l’accesso ai percorsi di riabilitazione e reinserimento sociale.

assistenti giudiziari, le quali rendono non agevole contestare il concreto funzionamento di algoritmi di estrema complessità e di sistemi informatici coperti da privative industriali. A queste ultime insidie, si aggiunge, ancora, il pericolo di perdere quella dimensione emotiva e valoriale del giudizio che, poggiando sulle 'innumerevoli sfumature' delle idee e delle emozioni umane, ha "paradossalmente il suo punto di forza nell'imperfezione"⁵⁰. Ci si trova, in definitiva, dinanzi ad una molteplicità di effetti pregiudizievoli che nell'esplicare il loro impatto su tutti i presidi previsti a garanzia di un processo equo alimentano un rapporto di tensione tra i modelli decisionali automatizzati e l'impostazione tradizionale che generalmente affida i valori in gioco ad una decisione umana, accessibile e controllata. In una siffatta cornice, assumono rilievo tanto le esortazioni della giurisprudenza amministrativa a che "la regola tecnica che governa ciascun algoritmo rest[i] pur sempre una regola amministrativa generale, creata dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi solamente applicata da quest'ultima"⁵¹, quanto le reiterate preoccupazioni della dottrina maggioritaria, la quale, nell'evidenziare la scarsa prevedibilità degli esiti di utilizzo dei sistemi di IA e l'impatto che essa produce rispetto alla tutela dei diritti umani, ha posto, altresì, in luce il rischio latente "che un impiego crescente degli strumenti della IA propizi nel tempo l'introduzione nella stessa società di una visione sempre più standardizzata, sempre più impersonale, sempre più 'algoritmica' della vita e delle relazioni umane. Che il suo uso induca sempre di più le persone a impiegare parametri di valutazione meramente quantitativi e numerici; che alla fine disabitui alla razionalità e alla ragionevolezza, e alla ricerca della giustizia nel caso concreto"⁵².

3. Il regime di tutele dell'AI Act e le sue implicazioni nel settore giudiziario

Le criticità succintamente sopra richiamate hanno sollecitato il legislatore europeo a concentrare i suoi sforzi per indagare le condizioni alle quali è possibile riconoscere i vantaggi e le molteplici opportunità dell'IA, dominarne gli effetti distorsivi e a renderne il suo uso sempre più compatibile anche con le strutture e gli istituti tradizionali del settore della giustizia, soprattutto in termini di trasparenza, non discriminazione e tutela della *privacy*. Nella prospettiva di un 'sano' modello di 'collaborative IA', e nella consapevolezza che sarebbe oggi antistorico ed illogico rinunciare alle tante potenzialità che essa offre in molteplici ambiti, è stato emanato il Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale (AI Act) – entrato in vigore con prime disposizioni dal 2 febbraio 2025 e con applicazioni graduali fino al 2027 – che introduce una disciplina più dettagliata e stringente per la tutela dei diritti fondamentali, la sicurezza e la trasparenza nell'uso dell'intelligenza artificiale nell'Unione Europea⁵³. Con l'AI Act, l'Unione Europea ha deciso di adoperare lo strumento del regolamento al posto della direttiva onde realizzare un effetto orizzontale idoneo a garantire un'applicazione diretta e omogenea

⁵⁰ Così G. Carloti, *La giustizia predittiva e le fragole con la panna*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, che con riguardo a quest'ultimo profilo richiama G. Zaccaria, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2020, p. 27.

⁵¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2270 del 8 aprile 2019 il quale ha, altresì, precisato che "la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, creata dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi solamente applicata da quest'ultima". Sul punto, v. anche *Conseil Constitutionnel* francese, sentenza n. 2018-765 DC del 12 giugno 2018 e nel *common law*, v. Supreme Court of Wisconsin, *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, caso n. 2015AP157-CR, 5 aprile–13 luglio 2016; nonché in Canada e nel Regno Unito, Supreme Court, *Ewert v Canada*, 2018 SCC 30; Court of Appeal, *R (Bridges) v. The Chief Constable of South Wales Police et al.*, 2020, EWCA Civ 1058, sulla quale v. J. Purshouse, L. Campbell, *Automated facial recognition and policing: A Bridge too far?*, in *Legal Studies*, online, 2021, p. 1 ss.

⁵² Così, R.E. Kistoris, *Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale*, cit.

⁵³ L'iter legislativo di approvazione del Regolamento si è concluso con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea in data 12 luglio 2024 recante il numero 2024/1689. Il Regolamento sarà pienamente applicabile solo a partire da agosto 2026, anche se alcune specifiche disposizioni saranno efficaci già in periodi antecedenti, come quelle sulle "pratiche vietate" e quelle sui sistemi di IA con finalità generali. La letteratura sul tema, come noto, è alluvionale. Per dei primi commenti, si v. C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla Proposta di Regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 3/2021; A. Adinolfi, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell'Unione*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (cur.), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. I, Bologna, 2022, p. 168.

della disciplina normativa su tutto il territorio dell'Unione. Fondamentale è la classificazione dei sistemi IA in quattro livelli di rischio (inaccettabile, alto, limitato e minimo) – c.d. *risk based approach* –, con obblighi e restrizioni differenziate in funzione del rischio associato⁵⁴. I sistemi a rischio minimo sono soggetti a pochi obblighi, come l'informazione che l'utente sta interagendo con una macchina; i sistemi a rischio alto⁵⁵, che includono anche quelli utilizzati in ambito giudiziario e amministrativo, devono, invece, soddisfare requisiti rigorosi di trasparenza, sicurezza, qualità dei dati, supervisione umana e responsabilità. In particolare, per il settore giudiziario, che rientra nei sistemi classificati ad alto rischio, l'AI Act impone che le applicazioni di IA utilizzate per assistere l'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e della legge siano sottoposte a un rigoroso sistema di gestione del rischio. Questo sistema prevede un complesso di cautele *ex ante* ed *ex post*, nella forma di valutazioni e autovalutazioni di conformità del prodotto e del rischio, di informazione e trasparenza, nonché di sicurezza e affidabilità, propedeutiche al rilascio di certificazioni obbligatorie, attraverso le quali gli operatori interessati possono dimostrare l'affidabilità dei sistemi di IA 'ad alto rischio' impiegati, certificandone la conformità ai requisiti etici, giuridici e tecnici previsti nel regolamento, prima che i relativi prodotti o servizi possano essere immessi sul mercato⁵⁶. L'uso dell'IA nel processo decisionale, quindi, non è vietato, ma viene subordinato al rispetto di detti oneri per assicurare la tutela dei diritti fondamentali e l'integrità delle decisioni⁵⁷. La normativa in discorso presenta, inoltre, parametri stringenti sulla qualità, rappresentatività e correttezza dei dati utilizzati nei modelli IA, specie con riguardo ai dati sensibili (origine etnica, opinioni politiche, orientamento sessuale, salute, ecc.) e ciò per prevenire discriminazioni e bias⁵⁸. In caso di rilevazione di anomalie o discriminazioni, sono previste delle misure correttive e la sensibilizzazione delle parti coinvolte. Sul piano della trasparenza, l'AI Act richiede che i sistemi ad alto rischio siano progettati in modo da garantire una trasparenza 'sufficiente' a permettere agli utenti, e in particolare ai giudici, di interpretarne correttamente gli output e di comprendere le modalità di funzionamento, i dati di training, validazione, test e le limitazioni⁵⁹. Sono, quindi, obbligatorie istruzioni chiare, complete e accessibili per l'uso del sistema AI: i giudici devono avere, infatti, la possibilità di identificare eventuali pregiudizi dell'algoritmo, nonché motivare sia l'uso che il rigetto dei suggerimenti algoritmici e poter accedere ai dati e ai processi decisionali del sistema per garantire un'effettiva autonomia e tutela dei diritti fondamentali⁶⁰.

⁵⁴ Sul punto, si v. A. Adinolfi, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell'Unione*, cit., p. 168 che discorre di "proceduralizzazione" del rischio che, mediante requisiti, certificazioni e controlli, dovrebbe essere ridotto entro un livello ritenuto accettabile"; contra si v. M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, p. 182, secondo cui "il proceduralismo non è di per sé una garanzia contro l'ingiustizia". Con riferimento al diverso trattamento giuridico dei sistemi di IA in base ai rischi potenziali per i diritti fondamentali, la sicurezza e la privacy dei cittadini, v. O. Pollicino, G. De Gregorio, F. Paolucci, F. Bavetta, *Regolamento AI, la "terza via" europea lascia troppi nodi irrisolti: ecco quali*, in "Agenda digitale, 21 magg. 2021 (www.agenda-digitale.eu). In senso critico, v. anche F. Donati, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale*, in A. Pajano, F. Donati, A. Perrucci (cur.), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?* cit., p. 119.

⁵⁵ Con riguardo alla scelta – compiuta con l'Allegato III dell'AI Act – di considerare come "sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio" quelli "destinati a essere usati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti" il "considerando" n. 61 dell'AI Act spiega che essa è finalizzata a "far fronte ai rischi di potenziali distorsioni, errori e opacità", nel quadro più generale di un'impostazione che tende a classificare come "sistemi ad alto rischio" determinati sistemi di IA destinati all'amministrazione della giustizia e ai processi democratici, "in considerazione del loro impatto potenzialmente significativo sulla democrazia, sullo Stato di diritto, sulle libertà individuali e sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale".

⁵⁶ Sul punto, cfr. A. Corra, *Il ruolo dell'Intelligenza artificiale nel paradigma europeo dell'E-justice*, cit., p. 21.

⁵⁷ V. art. 9 del regolamento.

⁵⁸ Su tali aspetti e criticità, v. anche C. Casonato, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, cit.; M. Fasan, *L'intelligenza artificiale nel settore della giustizia. Prime riflessioni alla luce della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI*, in *Queste Istituzioni*, 4/2022, pp. 190-211.

⁵⁹ V. art. 10 del regolamento, in particolare i paragrafi da 2 a 5.

⁶⁰ Sul punto, v. A. Formisano, *L'impatto dell'intelligenza artificiale in ambito giudiziario sui diritti fondamentali*, cit., p. 138, il quale osserva: "(e)videntemente per capire se si sono fatti dei passi avanti rispetto alla disciplina della trasparenza contenuta nella parte precettiva del GDPR negli artt. 13-14-15-22 è necessario interrogarsi se con il Regolamento assisteremo o meno a un cambio di paradigma vale a dire ad un passaggio da un *explanability ex ante* a un diritto di spiegabilità dell'algoritmo anche *ex post*".

Queste peculiari accortezze in materia di trasparenza e interpretabilità dei risultati prodotti oltre a rendere l'interprete più edotto riguardo le capacità e i limiti della tecnologia adottata, possono supportarlo nel momento decisionale agevolandone il compito di motivare il provvedimento. A corroborare il quadro delle cautele predisposte per i sistemi di IA ad alto rischio, vi sono, poi, le regole sulla sorveglianza umana e quelle sulla necessità di creare un ambiente tecnologico sicuro a garanzia dell'integrità del sistema. In particolare, il Regolamento introduce un concetto chiave, definito 'coefficiente di umanità', che impone che il livello di controllo e supervisione umana sia proporzionato al rischio del sistema IA. Specificatamente, si distinguono tre modalità di supervisione umana: *Human-in-the-loop* (intervento umano diretto in ogni fase del processo); *Human-on-the-loop* (supervisione e monitoraggio umano continuo); *Human-in-command* (controllo umano pieno sull'esito, con facoltà di arrestare o modificare i risultati dell'algoritmo, compreso l'uso di 'stop button')⁶¹. Viene imposto ai fornitori di progettare e sviluppare i sistemi di IA con adeguate interfacce uomo-macchina che consentano a coloro ai quali sarà affidata la supervisione umana di 'comprendere correttamente le capacità e i limiti' della macchina ed essere in grado 'di monitorarne debitamente il funzionamento', in modo tale da poter intervenire tempestivamente in caso di 'anomalie, disfunzioni e prestazioni inattese'. Le disposizioni normative in tema di sorveglianza oltre a prevenire il fenomeno dell'*automation bias* – informando l'utente 'della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento' sull'*output* prodotto dal sistema IA – offrono la possibilità al giudice di poter sempre disattendere, annullare o ignorare la soluzione proposta o interrompere il funzionamento della macchina ancor prima che un eventuale risultato possa essere prodotto. Il principio *under user control* sotteso alle prescrizioni normative, nel garantire che gli utilizzatori agiscano come soggetti informati e conservino il pieno controllo delle loro scelte, mira, quindi, a preservare l'autonomia e l'autodeterminazione dell'organo giudicante e ad escludere in radice un approccio prescrittivo dell'impiego dell'IA. Certamente, oggi i tempi non sono ancora maturi per appurare la concreta efficacia ed incisività del Regolamento nell'arginare i rischi che l'IA comporta quando viene impiegata nel settore della giustizia, tuttavia, può senz'altro ritenersi apprezzabile per il suo chiaro intento di affermare un'IA antropocentrica e al servizio dell'uomo, e di promuoverne un uso sempre più responsabile nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone⁶². È utile, in ultimo, rammentare che sulla linea tracciata dall'AI Act è stata approvata in Italia la legge n. 132 del 23 settembre del 2025, recante "principi in materia di ricerca, sperimentazione e sviluppo, adozione e applicazione di sistemi e di modelli di intelligenza artificiale". La legge ha lo scopo di allineare la normativa italiana con il Regolamento europeo onde evitare frammentazioni che potrebbero ostacolare l'adozione delle tecnologie di AI su scala internazionale e creare incertezza per le imprese, rallentando così lo sviluppo del settore. Con precipuo riguardo al settore della giustizia – che è considerato, in conformità all'art. 6 comma 2 e all'III par. 8 del Regolamento, ad 'alto rischio' – l'iniziativa in discorso, significativamente, all'art. 15 dispone che "Nei casi di impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria è sempre riservata al magistrato ogni decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti". La norma configura, quindi, una declinazione del c.d. principio antropocentrico posto a fondamento generale del AI Act⁶³ in virtù del quale è sempre la tecnologia ad essere al servizio dell'essere umano e non viceversa, cosicché le decisioni finali devono essere sempre assunte dall'essere umano.

e quindi dopo l'adozione della decisione, come già risulterebbe dalla valorizzazione del considerando 71 del GDPR, che, tuttavia, non ha carattere precettivo". Con riguardo ai profili di contatto e differenziazione tra GDPR e AI Act, v., tra molti, G. Finocchiaro, L. Greco, *Il ruolo di titolare, responsabile e contitolare del trattamento nei trattamenti di dati personali mediante intelligenza artificiale*, in A. Pajano, F. Donati, A. Perrucci (cur.), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. I, Bologna, p. 313 ss.

⁶¹ Sul punto, si v. D. Amoroso, G. Tamburini, *I sistemi robotici ad autonomia crescente tra etica e diritto: quale ruolo per il controllo umano?*, in *BioLaw Journal*, 1/2019, p. 33; L. Parona, *Prospettive europee e internazionali di regolazione dell'Intelligenza artificiale tra principi etici, soft law e self regulation*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2020, p. 70 ss.

⁶² Per alcune riflessioni critiche sull'AI Act, si v. l'accurata analisi di A. Correr, *Il ruolo dell'Intelligenza artificiale nel paradigma europeo dell'E-justice*, cit.

⁶³ Cfr. [art. 1 Reg. UE 2024/1689](#) ed i relativi considerando nn. 1, 6, 8, 27, 176.

4. Benefici ed insidie dell'impiego dell'IA nell'ermeneutica musicale

Dall'avvento del telharmonium (o dinamofono) di Cahill nel 1897, primo strumento elettronico della storia, il settore musicale ha vissuto una continua trasformazione, evolvendosi attraverso l'uso di sintetizzatori e sistemi elettronici di elaborazione del suono. Oggi, l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del fenomeno musicale, oltre a costituire un ulteriore passo verso la globalizzazione di quest'ultimo, hanno spalancato le porte a nuovi orizzonti; strumenti all'avanguardia, nati dall'avanzamento dell'AI, hanno ridefinito le metodologie creative, e rivoluzionato l'intera sfera musicale. L'AI⁶⁴ si adatta a un'ampia gamma di applicazioni, portando vantaggi tangibili ai vari attori del settore, mutandone pure le tradizionali relazioni. I progressi di *machine learning* e le relative applicazioni algoritmiche hanno, difatti, impattato così prepotentemente nella musica da far sviluppare nuove figure e nuovi ruoli dando luogo a scenari musicali diversi e a sub-culture generatrici di nuova musica. L'ascesa dell'AI nel settore musicale si conferma, quindi, molto potente per le sue opportunità ed applicazioni creative, ma – non diversamente da quanto verificatosi in ambito giudiziario – solleva, al contempo, molteplici preoccupazioni legate, in particolare, alla perdita del ruolo umano nell'espressione artistica. Con riguardo ai benefici derivanti dall'uso dell'AI, si osserva, in via generale, una sorta di democratizzazione processo creativo poiché quest'ultimo è reso più accessibile a tutti, anche a chi non ha una formazione musicale o ingenti risorse economiche⁶⁵. Gli strumenti di AI permettono, infatti, di abbattere le barriere tecniche e culturali e di aprire nuove possibilità ai creatori e di realizzare musica con modelli di apprendimento automatico⁶⁶. Mediante l'analisi di strutture complesse in grandi archivi musicali, si favoriscono nuove scoperte in musicologia, etnomusicologia e teoria musicale. Grazie ai progressi dell'IA, oggi è possibile anche emulare con grande precisione sia la sonorità di strumenti tradizionali che le voci umane. Gli strumenti virtuali basati sull'IA possono analizzare registrazioni di strumenti acustici e riprodurle digitalmente, offrendo, in tal modo, una vasta gamma di suoni senza bisogno di possedere gli strumenti fisici. Inoltre, sempre attraverso l'analisi di modelli vocali umani, i sintetizzatori vocali generano voci cantate realistiche in diverse lingue e stili. La creazione di strumenti virtuali resa possibile dall'AI, quindi, amplia enormemente le possibilità creative per musicisti e produttori abbattendo numerose barriere economiche e logistiche. Reti neurali e algoritmi evolutivi consentono, altresì, la generazione automatica di musica in stili diversi; sistemi come OpenAI MuseNet o AIVA (*Artificial Intelligence Virtual Artist*) riescono a comporre sinfonie, colonne sonore o brani pop, adattandosi a parametri scelti dall'utente. L'IA applicata alla musica facilita anche la sperimentazione grazie alla sua capacità di produrre diversi arrangiamenti, melodie o ritmiche in pochi secondi. Ciò

⁶⁴ La storia dell'intelligenza artificiale nella musica ha inizio nel 1950 con esperimenti di generazione musicale al computer, come quelli di Alan Turing e la Illiac Suite di Hiller e Isaacson. Successivamente, compositori come Xenakis usarono modelli matematici avanzati. Negli anni '80 e '90 dello scorso secolo, l'arrivo delle *Digital Audio Workstation* ha reso l'IA utile nella produzione musicale. Un punto chiave è stato il progetto Iamus nel 2010, che ha composto musica classica in modo originale con algoritmi evolutivi. Oggi l'IA è parte integrante del processo creativo musicale, dalla composizione all'interazione con gli strumenti. Sul tema, v. D. Ranwala, *The Evolution of Music and AI Technology*, 2020 (<https://watt-ai.github.io/blog/music-ai-evolution>); S. Verma, *Artificial intelligence and music: History and the future perspective*, in *International Journal of Applied Research* 7(2)/2021, pp. 272-275.

⁶⁵ E. Artemiev, *Dalla tecnologia della musica concreta alla musica computeristica: nuovi metodi del pensiero musicale*, in R. Favaro (cur.), *Musica e tecnologia domani, Quaderni di "Musica/Realtà"*, 51/2002, pp. 53-61.

⁶⁶ Gli algoritmi generativi come quelli già noti di OpenAI (MuseNet) o Google (Magenta) aiutano i musicisti a creare nuove interpretazioni e accompagnamenti originali, stimolando l'esplorazione di nuovi linguaggi musicali. L'uso dell'intelligenza artificiale nella generazione rapida di idee musicali aumenta l'efficienza creativa, offrendo infinite ispirazioni e permettendo di sperimentare con diversi stili e arrangiamenti in tempi molto più brevi rispetto ai metodi tradizionali. L'IA facilita la sperimentazione producendo rapidamente melodie, ritmi e arrangiamenti, aiutando i compositori e gli interpreti a trovare le combinazioni più adatte alla loro visione artistica e riducendo i tempi di ricerca manuale. Inoltre, durante il brainstorming, gli strumenti di IA generano idee su pochi input, analizzano tendenze musicali attuali e propongono soluzioni creative e commercialmente valide. Grazie alla capacità di adattarsi alle preferenze degli utenti, l'IA permette, quindi, di personalizzare il processo creativo, aprendo nuove possibilità e contribuendo a creare musica rilevante e interessante per un pubblico più ampio. Per un quadro completo delle trasformazioni apportate dalle tecnologie digitali nel mondo della musica, con particolare attenzione alle sue conseguenze estetiche e teoriche, si v. G. Fronzi, *Digital music. Storia e implicazioni teoriche*, in *Studi di estetica*, anno XLVI, IV serie, 3/2018.

permette di valutare le diverse possibili opzioni e di scegliere quelle più in linea con la visione artistica del pezzo in lavorazione. Numerosi vantaggi si registrano anche nello specifico ambito dell'interpretazione musicale. Mediante taluni strumenti (tra gli altri, Yamaha e-Piano AI) è possibile interpretare un brano in tempo reale e adattarne le dinamiche, il tempo e l'espressività a seconda dell'ambiente o dell'interazione con l'esecutore umano. Si rileva, poi, un importante miglioramento della qualità e interattività delle esibizioni dal vivo, in quanto gli algoritmi avanzati consentono di analizzare e ottimizzare l'acustica di un ambiente in tempo reale, aggiustando il suono per compensare le variazioni di rumore, l'eco e tutte le altre distorsioni acustiche che possono verificarsi in uno spazio non sempre ideale. L'IA può, inoltre, analizzare l'intonazione, il ritmo, la dinamica e fornire consigli all'interprete per migliorare la sua esecuzione. Si possono, ancora, ottimizzare i tempi dedicati alla ricerca manuale della combinazione perfetta di note e accordi ed automatizzare le luci, ed altri effetti. Gli artisti riescono, così, a personalizzare le loro performance e a rendere l'esperienza esecutiva molto più coinvolgente. Una applicazione dell'AI particolarmente innovativa attiene alla possibilità di ricostruire esecuzioni storiche o completare opere incompiute partendo dagli appunti del compositore. L'intelligenza artificiale è stata, difatti, utilizzata anche per la creazione di ologrammi di artisti celebri oggi deceduti; non solo si è riusciti a riprodurre la voce con il cd. *voice cloning*, quanto se ne è offerta, con i detti ologrammi, pure una sbalorditiva rappresentazione visiva nell'ambito degli spettacoli dal vivo⁶⁷. A *latere* dei benefici ora citati, vi sono, però, molteplici rischi come, ad esempio, quello di omologazione espressiva che involgono, in particolare, proprio il profilo ermeneutico. Le interpretazioni generate dall'IA tendono a livellare l'unicità espressiva e rischiano di far perdere quell'intenzionalità emotiva legata alla sensibilità umana, dando luogo alla creazione di una musica sempre più omogenea e meno originale. L'intimità, la passione e il *pathos* che emergono nelle esibizioni dal vivo o nelle registrazioni di artisti capaci di 'sentire' la loro musica sono certamente difficili (se non impossibili) da replicare con gli algoritmi. Questi strumenti, come noto, tendono a lavorare con specifici parametri e dati e nonostante la loro capacità di analizzare e riprodurre schemi musicali, non riescono, comunque, a emulare l'imprevedibilità e la varietà emotiva che un interprete infonde nelle sue esecuzioni⁶⁸. Un ulteriore rilevante rischio connesso all'uso dell'intelligenza artificiale, in particolare nella produzione musicale, riguarda la possibilità che essa perpetui bias e stereotipi, se addestrata su *dataset* parziali o distorti; ad esempio, se un algoritmo viene addestrato prevalentemente su una tipologia o stile musicale, lo stesso potrebbe non riconoscere o valorizzare adeguatamente stili musicali meno rappresentati o emergenti. Ciò potrebbe compromettere l'equità e l'inclusività nel settore, penalizzare generi musicali meno rappresentati e, ancora, rafforzare stereotipi culturali e sociali. Poiché la musica è un potente veicolo di espressione culturale e identitaria, la diffusione involontaria di pregiudizi da parte dell'IA non può che può fungere anche da deterrente all'innovazione e alla scoperta e sviluppo di nuovi talenti e, conseguentemente, rallentare la sua evoluzione la sua attitudine di riflettere i cambiamenti sociali e culturali⁶⁹. A queste criticità se ne associano ancora altre che comportano una significativa

⁶⁷ Questa tecnologia è stata sviluppata, dunque, con lo scopo di far "resuscitare", sebbene solo digitalmente, celebrità che hanno segnato la storia della musica, riportandole sul palcoscenico. Per alcuni rilevanti profili critici del fenomeno in discorso, si v. B. Marone, *La simbiosi tra uomo e IA può far bene all'arte, ma con le giuste regole*, in *"Agenda Digitale"*, 15 dic. 2023 (<https://www.agendadigitale.eu>): v. anche, *Streaming sites urged not to let AI use music to clone pop stars*, in *"The Guardian"*, 12 apr. 2023 (<https://www.theguardian.com>).

⁶⁸ Uno dei principali limiti dell'IA nella musica riguarda, in particolare, l'autenticità e la profondità emotiva. La musica che tocca davvero il cuore richiede una connessione emotiva che l'IA, basata su specifici dati e parametri, non riesce ancora a replicare completamente, specialmente in generi come blues, jazz o musica classica, dove l'espressione personale e culturale sono fondamentali. Se l'IA può offrire strumenti utili, i suoi limiti in termini di autenticità emotiva e sensibilità rimangono, quindi, importanti da considerare. Con riguardo alla nozione di creatività umana e computazionale, si v. M. Rohrmeier, *On Creativity, Music's AI Completeness, and Four Challenges for Artificial Musical Creativity*, in *Trans. Int. Soc. Music. Inf. Retr.*, 5(1)/2022, p. 50 ss.

⁶⁹ Per evitare questo impoverimento culturale e una delle maggiori difficoltà per i nuovi talenti a emergere, è fondamentale che gli sviluppatori utilizzino dati diversificati e aggiornati, analizzino criticamente i *dataset* e implementino sistemi per rilevare e correggere i pregiudizi. In tal modo, si può evitare che molti artisti e produttori preferiscano – come spesso accaduto – di seguire le tendenze generate dall'IA per ottenere successo, standardizzando le produzioni, spingendo così il mercato a privilegiare la

svalutazione del ruolo dell'interprete atteso che è sempre più alto il rischio di sostituzione del suo contributo creativo e personale. La rilevata capacità dell'IA di generare musica e vocalizzi a livello quasi professionale svaluta, infatti, il lavoro umano e rende quest'ultimo meno competitivo rispetto a software più economici, instancabili e rapidamente adattabili. La minaccia di sostituzione del contributo e delle competenze umane⁷⁰ si riverbera, inevitabilmente, sul piano occupazionale, in quanto contrae la domanda di esecutori, intensificando la concorrenza e aggravando la già precaria stabilità lavorativa nel settore musicale. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale pone, poi, numerose e complesse questioni legali in tema di diritto d'autore e proprietà intellettuale, e tra le più rilevanti vi è quella di stabilire se le creazioni di un algoritmo possano o meno essere considerate opere originali protette dal diritto d'autore. La legge sul diritto d'autore esige, infatti, un 'atto creativo' da parte di un autore umano, il che pone una sfida diretta nel contesto della musica prodotta dall'AI, dove il 'compositore' o l'interprete è, come noto, un software. Come può essere protetta da copyright la musica prodotta da IA se non esiste un contributo umano diretto nel processo creativo ed interpretativo⁷¹? Altra problematica si pone allorché l'IA utilizza frammenti o stili di composizioni già esistenti per creare nuova musica, poiché anche in tali circostanze può aver luogo la violazione dei diritti d'autore delle opere originarie⁷². L'IA, analizzando e 'apprendendo' da una vasta quantità di musica esistente, può produrre lavori che sono simili a composizioni protette da copyright, potenzialmente senza riconoscere o compensare i creatori e gli interpreti originali. Ciò può portare a controversie legali riguardanti l'uso non autorizzato di materiali protetti⁷³. La questione della proprietà intellettuale è altrettanto discussa. Se un pezzo di musica è creato e/o interpretato da un algoritmo di proprietà di una casa discografica, chi possiede la musica risultante? La risposta a questa domanda può variare a seconda della legislazione del paese e degli accordi contrattuali specifici che definiscono la proprietà intellettuale della musica generata dall'IA. Questa area grigia crea certamente un terreno fertile per dispute legali tra sviluppatori di software, artisti e case discografiche. Le questioni ora accennate e che emergono prevalentemente in materia di tutela del diritto d'autore a causa di un utilizzo sempre più diffuso di sistemi di IA generativa sono per lo più aperte e, allo stato, di ardua risoluzione a causa del rapido sviluppo che si sta avendo nell'ambito delle innovazioni tecnologiche che risulta oltremodo più celere rispetto ai meccanismi di adeguamento del diritto alla realtà. L'Unione Europea è intervenuta sulle questioni ora accennate con il citato Regolamento (UE) 2024/1689 (AI Act) che ha previsto la possibilità di utilizzare dati coperti da diritto d'autore nell'addestramento di sistemi di IA generativa, al fine della creazione di testi, immagini e altri contenuti, purché vi sia l'autorizzazione del titolare dei diritti interessato, salvo eccezioni e limitazioni pertinenti al diritto d'autore⁷⁴. L'AI Act classifica, in via generale, i contenuti creati con IA

quantità sulla qualità, esercitando pressioni sui musicisti per produrre contenuti a ritmi sempre più veloci, possibilmente a scapito dell'originalità e creatività.

⁷⁰ L'intelligenza artificiale può talvolta rappresentare una concreta minaccia per tutti i professionisti del settore musicale, come compositori, arrangiatori, musicisti e cantanti, soprattutto nella produzione su commissione e nella musica di sottofondo. Sul punto, si v., M. Costa, *La disumanizzazione tecnologica. Il destino dell'arte nell'epoca delle nuove tecnologie*, Milano, 2007, che discorre di "liquidazione dell'umano".

⁷¹ Negli USA la problematica è stata recentemente affrontata dal District Court del Distretto della Columbia che ha respinto la richiesta volta ad ottenere l'ordine di registrazione del copyright sull'opera figurativa dal titolo "A Recent Entrance to Paradise", frutto dell'IA, già rigettata per due volte sul piano amministrativo dal Copyright Office statunitense. La questione, tuttavia, resta ancora più che aperta. Sul punto, v. L. Daffarra, *Copyright negato all'IA, ma la sentenza Usa non chiude la questione*, in "Agenda Digitale", 29 ago. 2023 (<https://www.agendadigitale.eu>).

⁷² Per maggiori approfondimenti sul punto, si v. E. Zanardi, *Tutela del diritto d'autore nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Cyberspazio e diritto*, 2/2024, p. 311 ss.

⁷³ Sul punto, v., L. Daffarra, *L'AI alle prese col diritto d'autore: che c'è in ballo*, in "Agenda Digitale", 27 lug. 2023 (<https://www.agendadigitale.eu>).

⁷⁴ Considerando n. 105. Si richiede, inoltre, che i fornitori di IA rendano pubblica una sintesi dei dati usati per l'addestramento. Resta, comunque, fermo il rispetto della Direttiva UE 2019/790 (Digital Single Market). Negli USA, invece, la rapida proliferazione delle tecnologie dell'AI nell'industria discografica, le preoccupazioni per la privacy e la sicurezza dei dati, ha indotto alcuni Stati come ad intervenire sul piano legislativo per offrire una maggiore tutela ai professionisti dell'industria musicale dai potenziali pericoli delle cosiddette "deepfakes". Il 2022 nel Tennessee è stato promulgato l'*Elvis Act* (acronimo di *Ensuring Likeness Voice and Image Security*), diventato legge il 21 marzo 2024, che mira a proteggere artisti, cantautori e voci di professionisti dall'utilizzo improprio dell'IA. Chiamato in omaggio a Elvis Presley, icona culturale profondamente radicata nella storia del Tennessee, l'*Elvis*

come ad alto rischio se non vengono chiaramente etichettati. È poi prevista un'obbligazione di trasparenza che informi l'utente che l'opera è generata artificialmente; ciò non attribuisce automaticamente i diritti all'autore 'digitale', ma garantisce chiarezza sul carattere generativo del contenuto. Nell'ordinamento italiano, la citata legge n. 132 del 23 settembre del 2025, che, come già si è detto, mira a uniformare la normativa nazionale all'AI Act, riafferma la centralità dell'apporto creativo umano, disponendo le opere create con l'ausilio dell'IA possono essere protette dal diritto d'autore, se, però, frutto di lavoro intellettuale umano. Specificatamente, l'art. 25, rubricato "Tutela del diritto d'autore delle opere generate con l'ausilio dell'intelligenza artificiale", inserito nel Capo IV recante "Disposizioni a tutela degli utenti e in materia di diritto d'autore", apporta modifiche all'art. 1, primo comma, della L. 633/ 1941 e in base alla quale sono protette "le opere dell'ingegno di carattere creativo umano [...] qualunque ne sia il modo o la forma di espressione anche laddove create con l'ausilio di strumenti di intelligenza artificiale, purché costituenti risultato del lavoro intellettuale dell'autore"⁷⁵. La legge rafforza, dunque, l'elemento creativo umano riconoscendosi il diritto d'autore alla sola opera intellettuale dell'uomo, il quale può, certamente, avvalersi dei nuovi strumenti di IA, ma nella misura in cui siano solo un mezzo per creare un'opera riconducibile al lavoro intellettuale dell'autore. Inoltre, l'art. 25 dispone l'inserimento dell'art. 70 *septies* nella legge 633/1941 (LDA), che applica le eccezioni al diritto d'autore per il *text and data mining* per scopi di ricerca scientifica (art. 70 *ter*) e per scopi commerciali (art. 70 *quater*) ai modelli e sistemi di intelligenza artificiale anche generativa, nei limiti, comunque, indicati nella LDA. A tal riguardo, l'estrazione di testo e dati da opere o altri materiali contenuti in rete o banche dati è consentita purché l'accesso alle banche dati e reti sia legale, il diritto non sia stato riservato dal titolare del copyright o dal titolare della banca dati e la conservazione dei contenuti sia limitata al tempo necessario ai fini dell'operazione di *text and data mining*. Per quanto riguarda l'utilizzo per la generazione di contenuti creativi, la legge sopra richiamata, in linea con il Regolamento, inserisce vincoli di trasparenza sui contenuti generati parzialmente o interamente da sistemi IA, richiedendo un *watermark* (un elemento visibile all'interno del contenuto che ne segnala la provenienza) sempre visibile quando il contenuto viene generato "in modo tale da presentare come reali dati, fatti e informazioni che non lo sono". L'inserimento del segno identificativo è escluso quando il contenuto "fa parte di un'opera o di un programma manifestamente creativo, satirico, artistico o fittizio".

5 Note conclusive

Quando si va alla ricerca di una relazione tra musica e diritto il tema che in modo più immediato e frequente si propone è quello dell'interpretazione, che coinvolge, come già si è visto in premessa, il

Act modifica e aggiorna il *Personal Rights Protection Act* (PPRA) del 1984, la legge introdotta per la protezione dei cd. "*publicity rights*" – i tratti distintivi, diritti personali dell'artista sul nome, immagine e sembianze – estendendo, per i residenti dello Stato del Tennessee, la tutela anche alla voce dell'artista stesso. Tale legge è, infatti, stata ampliata per proibire l'uso di sistemi di intelligenza artificiale che permettono di impersonare gli esseri umani e permettono agli utenti di creare opere false non autorizzate mediante l'uso dell'altrui immagine e voce. Una delle sue principali disposizioni prevede rigorosi protocolli di test e certificazione per gli algoritmi di AI per valutarne l'equità, la trasparenza e i potenziali pregiudizi. Inoltre, l'*Elvis Act* stabilisce linee guida chiare per l'uso etico dell'AI in settori sensibili come la sanità, la giustizia penale e le finanze. Riconoscendo le profonde implicazioni della presa di decisioni basata sull'AI in questi settori, la legge impone misure di trasparenza per migliorare la responsabilità e ristabilire la fiducia del pubblico. Ciò include requisiti di esplicabilità e controllabilità, consentendo agli interessati di comprendere come gli algoritmi di AI giungano alle loro conclusioni e individuare eventuali casi di abuso o uso improprio degli algoritmi stessi. Sul tema, si v. M. Foti, *Lo Stato del Tennessee approva l'"ELVIS Act"*, in "Altalex", 29/10/2024 (<https://www.altalex.com>).

⁷⁵ Come osserva B. Marone, *Musica e creatività "aumentata" dall'IA: come risolvere i nodi del copyright* in "Agenda digitale", 12 dic. 2024 (<https://www.agendadigitale.eu>), "(p)are intravedersi una prima crepa nella barriera, finora abbastanza solida, all'accesso alla tutela copyright di opere dell'ingegno create con l'assistenza di sistemi di IA. Peraltro, uno spunto in questa direzione era già stato fornito dalla Corte di Cassazione, nell'ordinanza n. 1107 del 16 gennaio 2023, quando ha affermato la necessità di un accertamento di fatto che consentisse di verificare se e in quale misura l'utilizzo di un software per generare un'opera digitale avesse assorbito – o meno – l'elaborazione creativa dell'artista".

comune aspetto fenomenico della ripetitività/creatività e in esso della figura dominante (compositore/esecutore; legislatore/giudice)⁷⁶. Questo rapporto – sulla scia delle note argomentazioni di Salvatore Pugliatti e di Emilio Betti – continua ad essere oggetto di analisi di molti studiosi e a suscitare oggi un vivido interesse anche alla luce dei numerosi e molto discussi effetti (positivi e negativi) conseguenti all'impiego dell'intelligenza artificiale nell'ambito ermeneutico. Nelle pagine che precedono si è inteso evidenziare che l'intelligenza artificiale, tanto nella interpretazione musicale quanto in quella giurisprudenziale, è uno strumento potente, con ampie applicazioni innovative e potenzialità creative. Questa nuova tecnologia informatica si configura, certamente, come una grande alleata di tutti i suoi utilizzatori a patto, però, che venga usata come strumento di arricchimento e non come mero sostituto dell'esperienza umana. Oggi, in considerazione dell'uso sempre più pervasivo della IA, occorre necessariamente far fronte alle molteplici sfide ed alle insidie che essa pone, soprattutto sul fronte della tutela dei diritti umani. Ciò, tuttavia, deve avvenire secondo un approccio nuovo volto a superare la visione antagonistica tra le diverse componenti in questa sede considerate (tecnica e diritto, da un lato; tecnica e arte musicale, dall'altro)⁷⁷, e teso non soltanto ad introdurre iniziative regolatorie di rilievo, ma anche (e soprattutto) ad incentivare un confronto più serrato tra i diversi saperi⁷⁸ onde poter colmare, in primis, il problema della diffusa inadeguatezza delle competenze digitali. Del resto, le disposizioni normative delineate dal Regolamento IA pur rappresentando un importante passo avanti verso la regolamentazione dell'uso responsabile dell'intelligenza artificiale (IA), evidenziano alcune lacune che necessitano, complessivamente, di ulteriori approfondimenti sul piano tecnico-giuridico⁷⁹, specie in settori altamente sensibili come quello della giustizia. Seguendo l'approccio anzidetto, sarà possibile trarre vantaggio dagli sviluppi dell'IA e compiere un concreto tentativo per arginarne gli effetti distorsivi, verificarne le ricadute, l'effettivo valore aggiunto per gli operatori dei vari settori, ed il reale contributo alla realizzazione degli obiettivi da raggiungere. Il nodo cruciale è il rafforzamento delle competenze umane e l'aggiornamento costante dell'alfabetizzazione digitale. Ciò è necessario affinché gli operatori, attraverso un approccio critico e interdisciplinare, mantengano il pieno controllo sui modelli algoritmici, preservando la dimensione valoriale dell'ermeneutica. Ogni giorno l'IA si evolve in modo incessante ed indipendentemente da noi. Il punto è: siamo pronti ad accompagnarla con la giusta cultura di rispetto dei diritti umani? La sfida maggiore è, dunque, far transitare le professioni da un paradigma tradizionale a uno innovativo, promuovendo un utilizzo corretto, trasparente e responsabile dell'IA in una dimensione antropocentrica, senza così rinunciare a competenze umane, etica e pensiero critico.

Abstract

Il contributo, muovendo da una premessa sul rapporto tra diritto e musica da tempo all'attenzione dei giuristi, si propone di esaminarne l'attualità nel quadro del dibattito su benefici e rischi dell'utilizzo dell'intelligenza

⁷⁶ Cfr. G. Severini, *Su diritto e musica: considerazioni di un uomo in toga senza strumenti di musica*, cit.

⁷⁷ Il rapporto tra tecnica e diritto è stato, come noto, ampiamente vagliato da autorevoli giuristi. Sul punto, tra i molti contributi, si v. N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001; L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2001, pp. 1-10; S. Rodotà, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in G. Comandè, G. Ponzanelli (cur.), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino 2004, p. 407 nonché A. Zei, *Tecnica e diritto, tra pubblico e privato*, Milano 2008, p. 6, che rispetto alla necessità di porre in comunicazione la tecnica ed il diritto discorre di due sistemi, "tendenzialmente autoreferenziali, ciascuno dei quali [non solo analizza, ma anche] pretende di ordinare la realtà secondo regole sue proprie sulla base di ciò che è più giusto, ovvero praticamente possibile". Sull'evoluzione del complesso rapporto tra musica e tecnologia avvenuta nell'ultimo secolo e mezzo, si v., tra molti, D. Mignogna, *La musica possibile. Dal cilindro all'auto-tune, storia del rapporto tra popular music e tecnologia*, Roma, 2022.

⁷⁸ Ad esempio, con la creazione di équipe pluridisciplinari composte - con riferimento al dominio della giustizia - da magistrati, ricercatori in scienze sociali e informatici.

⁷⁹ Per alcune considerazioni critiche sugli strumenti normativi individuati nell'AI Act (norme armonizzate e co-regolazione tra autorità pubbliche e privati) che esemplificano una complessa interazione tra decisioni politiche e competenza tecnica, sollevando importanti questioni riguardo alla legittimità, alla rappresentanza democratica e alla tutela dei diritti fondamentali, si v., tra gli studi più recenti, G. De Minico, *Le fonti del diritto: un'argine all'intelligenza artificiale?*, in *Rivista AIC*, 3/2025, pp. 77-99.

artificiale (IA). In proposito, il riferimento alle disposizioni introdotte dal cosiddetto "AI Act" europeo, che segnano un importante passo in avanti verso la regolamentazione dell'uso dell'IA, viene in considerazione, a fronte della necessità di promuovere un approccio teso a rafforzare le competenze critiche e l'alfabetizzazione digitale, quali presupposti imprescindibili per contrastare l'automatismo acritico e riaffermare l'insostituibile centralità della scelta umana nell'atto interpretativo.

Parole chiave: interpretazione, musica, diritto, IA, rischi e benefici

*

The paper, starting from a premise on the long-standing relationship between law and music, which has been the focus of legal scholars, aims to examine its current relevance within the framework of the debate on the benefits and risks of using artificial intelligence (AI). In this regard, the reference to the provisions introduced by the European so-called "AI Act," which marks an important step forward towards the regulation of AI use, is taken into consideration. This is set against the need to promote an approach aimed at strengthening critical skills and digital literacy, which are essential prerequisites for countering uncritical automatism and reaffirming the irreplaceable centrality of human choice in the act of interpretation.

Keywords: interpretation, music, law, AI, risks and benefits

La relazione bilaterale franco-tedesca nel nuovo scenario internazionale

Dario DI NUCCI*

Sommario: 1. Introduzione 2. Il bilateralismo integrato e la leadership in UE 3. La leadership nelle crisi: euro, migranti, COVID 4. Lo stato recente della relazione bilaterale franco-tedesca: la guerra in Ucraina e le sue implicazioni 5. Le elezioni europee 2024 e i riflessi interni nei due paesi 6. Il ritorno di Trump e le nuove prospettive per la coppia franco-tedesca 7. Conclusioni

1. Introduzione

La relazione bilaterale tra la Francia e la Germania è un tema costantemente al centro della riflessione politologica¹. L'articolo che qui si presenta ha un obiettivo duplice. Innanzitutto, esaminare la natura di questa relazione, con un focus tematico sulla rilevanza della coppia franco-tedesca nella gestione di tre recenti crisi europee: la crisi finanziaria, quella migratoria, quella pandemica. E, in secondo luogo, vedere in che modo il bilateralismo franco-tedesco si stia riconfigurando nel nuovo scenario internazionale determinato dalla guerra russo-ucraina. Indicati gli obiettivi, la domanda di ricerca alla quale lo studio proverà a rispondere è la seguente: è ancora possibile parlare di una leadership franco-tedesca in Europa in un contesto in cui sono in gioco la difesa e la sicurezza? In relazione alla letteratura esistente, questo lavoro intende portare un contributo che si sforza di tematizzare il bilateralismo franco-tedesco nel mentre si assiste al ritorno della guerra alle porte dell'Europa. Ciò comporta anche una riconsiderazione della categoria analitica *embedded bilateralism* nell'ottica della dialettica convergenza-divergenza. Il saggio è organizzato come segue. La prima sezione inquadra le caratteristiche principali della relazione bilaterale franco-tedesca e le sue peculiari modalità di esercizio della leadership in UE. La seconda sezione esamina come le categorie analitiche richiamate nel testo sono state applicate in relazione a tre crisi europee: quella finanziaria, quella migratoria e quella pandemica. La terza sezione ha il suo focus tematico sulla guerra in Ucraina e sulle implicazioni che essa ha avuto sulla coppia franco-tedesca, dal momento che ha fatto emergere significative differenze tra i due paesi. La quarta sezione analizza le elezioni europee del 2024 in Francia e in Germania e i riflessi interni che esse hanno avuto. La quinta sezione prova a delineare un'analisi di scenario sulla coppia franco-tedesca, e più in generale sull'Unione Europea, dopo la vittoria di Donald Trump nelle elezioni presidenziali americane. Nelle conclusioni, ci si domanda infine se l'instabilità e i mutamenti in politica domestica di entrambi i paesi possano avere effetti nel medio/lungo periodo sulla coppia franco-tedesca e più in generale sull'Unione Europea.

* Dottorando in Studi Europei, Università di Genova.

¹ D. Deschaux-Dutard, *European defence in an inter-polar context: explaining the limitations of French-German contribution to European strategic autonomy*, London, 2025. S. L. Bora, L. Schramm, *Intergovernmentalism in supranational field: France, Germany and EU competition policy field*, in *West European Politics*, 6/2025. E. Jones, A. Villafranca, *Political instability in Europe: a critical juncture for France and Germany*, in A. Colombo, P. Magri (eds.), *The time of reckoning*, ISPI Report 2025, Milan, 2025, p. 139 ss. (<https://hdl.handle.net/1814/77949>).

2. Il bilateralismo “integrato” e la leadership in UE

La relazione bilaterale franco-tedesca è un tema costantemente al centro della riflessione politologica, e per inquadrarne bene la natura è necessario partire dall'impiego di una categoria analitica che ben riassume l'essenza di questo rapporto, che è quella di *embedded bilateralism*, ovvero un bilateralismo integrato, incorporato e radicato². Questa definizione aiuta a mettere in evidenza l'esclusività del rapporto tra i due paesi e, nel medesimo tempo, la capacità della coppia franco-tedesca di esercitare una leadership e di garantire stabilità in alcuni passaggi critici dell'Unione Europea, favorendone il processo di integrazione.

Il termine *embedded bilateralism* rinvia al concetto di *embedded liberalism* della International Political Economy, ossia un liberalismo nel quale il commercio internazionale è sì motore della crescita e del benessere degli stati e dei cittadini, ma è guidato, ancorato e controllato. E dunque, nell'associare *embedded* al bilateralismo, si intende mettere in evidenza come soprattutto Francia e Germania, sulla base di un insieme unico di legami politici, diplomatici ed amministrativi, possano guidare l'Europa, e in particolare nei momenti di crisi³. Tale concetto è stato impiegato dal politologo tedesco Ulrich Krotz, il quale lo ha ulteriormente sviluppato declinandolo in tre componenti che lo caratterizzano: 1) un intergovernamentalismo regolarizzato; 2) pratiche simboliche; 3) connessioni parapubbliche.

In relazione al primo aspetto, si può dire che Francia e Germania nel corso degli anni hanno regolarizzato i propri vertici bilaterali sia a livello governativo sia burocratico, con una cadenza di una, due volte l'anno. Anche le pratiche simboliche rappresentano un elemento caratterizzante la relazione bilaterale, come ad esempio, l'omaggio al memoriale

di Verdun, o la celebrazione della giornata dell'amicizia franco-tedesca il 22 gennaio, giorno in cui vennero siglati il trattato dell'Eliseo del 1963 e quello di Aquisgrana del 2019. Per quanto concerne infine le connessioni parapubbliche, si possono menzionare un insieme di attività transfrontaliere, gli scambi giovanili ed educativi, nonché l'esistenza di una rete di associazioni e istituzioni impegnate nel rafforzamento dei legami di “amicizia” tra i due paesi al di fuori del rapporto istituzionale. Tra essi, ad esempio: l'Ufficio franco-tedesco per la gioventù; più di 2000 gemellaggi tra città francesi e tedesche e tra dipartimenti e Länder; l'Università franco-tedesca di Saarbrücken⁴. In altre parole, nel corso del tempo Francia e Germania hanno costruito una solida base di fiducia e reciprocità, grazie alla definizione di una struttura bilaterale che coinvolge non soltanto i vertici più alti dei rispettivi governi, ma anche un personale burocratico e amministrativo, essenziale al fine di aumentare di intensità il livello di fiducia tra i due stati e attenuare eventuali cambiamenti nel rapporto bilaterale in seguito agli avvicendamenti interni alla guida degli esecutivi dei due paesi.

Richiamate le componenti essenziali del rapporto bilaterale e in particolare quella dell'intergovernamentalismo bilaterale regolarizzato, si può sostenere che la Francia e la Germania mettono in atto un meccanismo di consultazione permanente, formale e informale. In relazione alla prima modalità di consultazione indicata, i due paesi sono soliti riunirsi attraverso le istituzioni bilaterali comuni, di fondamentale importanza perché consentono ai due stati di interagire e cooperare in un ambiente stabile e strutturato. La Francia e la Germania hanno infatti creato nel corso degli anni un assetto istituzionale bilaterale che non ha eguali a livello europeo. Le principali istituzioni sono: il Consiglio dei ministri franco-tedesco; il Consiglio di difesa e sicurezza franco-tedesco; l'alto Consiglio culturale franco-tedesco; la Brigata franco-tedesca; il Consiglio economico e finanziario franco-tedesco; il Consiglio ambientale franco-tedesco. Quanto alle forme di consultazione informale, sono state e sono

² U. Krotz, J. Schild, *Shaping Europe. France, Germany and Embedded Biltateralism from the Elysée Treaty to Twenty-First Century Politics*, Oxford, 2013, pp. 8-11.

³ Il concetto di *embedded liberalism* in J. G. Ruggie, *International regimes, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order*, in *International Organization*, 2/1982.

⁴ U. Krotz, J. Schild, *Shaping Europe*, cit. Sul concetto di amicizia tra Francia e Germania si veda A. Wendt, *Social theory of international politics*, Cambridge, 1999, p. 298. Sulla relazione franco-tedesca in generale si vedano anche A. Cole, *Franco-German relations*, Harlow, 2001. D. Webber (ed.), *The Franco-German Relationship in the European Union*, London, 1999.

di vario genere, ma quella più classica è rappresentata da incontri tra i leader dei due paesi alla vigilia di importanti vertici europei⁵.

L'*embedded bilateralism* è una categoria analitica che ben riassume il ruolo avuto dalla Francia e dalla Germania fin dagli inizi del processo di integrazione europea. I paesi fondatori concepivano l'integrazione europea come una costruzione anti-egemonica, che cercava di lasciarsi alle spalle la politica di potenza del passato e di dare voce anche agli stati più piccoli quando si sedevano al tavolo dei negoziati. All'interno di questo orizzonte politico-valoriale emerse sin da subito la necessità di una leadership politica, in grado di consentire alla Comunità europea di agire e di garantirle al contempo stabilità. La stabilità diventa fondamentale nei momenti di crisi e nelle emergenze, che rappresentano minacce alle politiche comuni, determinano una generale incertezza e richiedono risposte rapide e adeguate. A soddisfare questo bisogno di sicurezza hanno provveduto la Francia e la Germania, che, in quanto stati membri fondatori e più grandi dell'Unione Europea, hanno avuto un ruolo di primissimo piano nel processo di integrazione e, in taluni passaggi fondamentali, hanno modellato la politica e le politiche dell'Unione stessa.

La relazione bilaterale privilegiata, che si fonda su trattati, quadri istituzionali comuni, procedure strutturate e pratiche simboliche, può essere considerata come il "sottosistema" più avanzato dell'Unione Europea e costituisce in una certa misura una "realtà politica a sé stante"⁶. In considerazione di questa peculiarità, il bilateralismo incorporato consente di analizzare la relazione bilaterale tra i due paesi, la loro interazione, e l'impatto che essi hanno sul processo decisionale dell'Unione Europea. Il che significa soffermare l'attenzione su due livelli. Da una parte, esaminare la dimensione domestica dei due paesi, ossia gli interessi organizzati, i gruppi di pressione, le strutture economiche e sociali e gli orientamenti politici di lungo periodo nella relazione bilaterale. E, dall'altra, concentrarsi sul fine evidente di plasmare la politica dell'Unione Europea.

La rilevanza e l'impatto della coppia franco-tedesca sul processo decisionale della UE sembrano essere ancora maggiori in situazioni particolari, e cioè quando il processo decisionale è meno routinizzato e formalizzato; quando i negoziati e i colloqui importanti sono informali; e infine quando le decisioni sono preparate e prese in contesti intergovernativi. Di certo, negli ultimi decenni la Francia e la Germania hanno utilizzato vari strumenti, in diverse occasioni, per affermare la propria leadership nell'Unione Europea.

Nel concreto, i due paesi possono definire l'agenda politica europea con la presentazione di proposte congiunte in cui richiamano l'attenzione su un problema urgente, e indicano la strada per una politica comune. In secondo luogo, si sforzano di ricercare compromessi per appianare le diversità di vedute tra i gruppi di altri stati membri, al fine di ottenere un consenso ampio che apra la strada a soluzioni europee. Infine, non rinunciano alla costruzione di coalizioni, mettendosi alla guida di un "sottogruppo di stati membri" determinati, se necessario, a perseguire l'esclusione di attori riluttanti.

Nella prospettiva di esercitare una leadership di successo, e di avere un impatto congiunto a livello dell'Unione Europea, Francia e Germania devono, come è naturale, prima coordinare le proprie posizioni. Questo può avvenire sia per "convergenza", sia per "scambio"⁷. A volte, infatti, accade che i due paesi sono attestati su posizioni diverse, ma poi si avvicinano l'uno all'altro incontrandosi a metà strada. In altre circostanze può succedere invece che le posizioni siano opposte, sicché si rende necessario uno "scambio reciproco di concessioni". Nel corso di un processo di negoziazione può avvenire, talvolta, che si registrino divisioni molto ampie tra gli stati membri, e ciò implica che si arrivi

⁵ U. Krotz, J. Schild, *Shaping Europe*, cit., pp. 98-106 e 234-235. R. Keohane, L. Martin, *The Promise of Institutionalist Theory*, in *International Security*, 1/1995, pp. 39-51. A. Moravcsik, F. Schimmelfenning, *Liberal intergovernmentalism*, Princeton, 2009. F. Andreatta, *Mercanti e guerrieri. Interdipendenza economica e politica internazionale*, Bologna, 2001, pp. 62-63.

⁶ U. Krotz, L. Schramm, *Embedded Bilateralism, Integration Theory, and European Crisis Politics: France, Germany, and the Birth of the EU Corona Recovery Fund*, in *Journal of Common Market Studies*, 3/2021, p. 529.

⁷ *Ibid.*, pp. 530-531.

al cosiddetto “compromesso per procura”⁸. Avvalendosi della intermediazione diplomatica, ovvero un coordinamento ai più alti livelli politici e amministrativi, la Francia e la Germania riescono a far convergere gli altri stati membri sulle loro proposte politiche bilaterali. In sintesi, possono costruire “ponti tra campi opposti” e rendere così i loro compromessi bilaterali accettabili anche per gli altri⁹.

Un altro modo per affermare il loro ruolo, e gestire con successo le crisi, consiste nel farsi carico di grandi oneri finanziari per arrivare alla soluzione di un determinato problema. In forza delle loro dimensioni e delle loro risorse finanziarie, che sono consistenti, visti i contributi dei due paesi al bilancio dell'UE, il consenso franco-tedesco è una condizione assolutamente indispensabile per una qualunque azione a livello dell'Unione Europea che richieda l'impiego di ingenti somme di denaro¹⁰.

Definita questa ricognizione generale, il saggio si inserisce in un contesto già delineato soprattutto dai contributi di Krotz, ovvero quello dell'*embedded bilateralism*. Nella prima parte, si adotta questa categoria analitica applicandola ai casi di studio più rilevanti relativi alle crisi europee. Nella seconda parte, attraverso un'analisi degli avvenimenti recenti in ambito europeo, e del conflitto russo-ucraino, si riflette sulla possibilità di aggiornare tale categoria analitica sulla base dei fattori di *convergenza* e *divergenza* tra i sistemi politici di Francia e Germania.

3. La leadership nelle crisi: euro, migranti, COVID

Dopo aver inquadrato le caratteristiche essenziali della relazione bilaterale, è opportuno analizzare l'esercizio di leadership congiunta franco-tedesca nelle crisi che l'Europa ha affrontato negli ultimi tempi. Per far ciò si terrà conto del legame tra la letteratura sulla coppia franco-tedesca in tempi di crisi, attraverso la categoria dell'*embedded bilateralism*, (Krotz e Schramm) e quella sull'integrazione europea e il crisis policy-making dell'UE (Schimmelfenning, Rhinard,). Anche sulla base di tali contributi, si può sostenere che l'esercizio della leadership franco-tedesca in Europa si configura come una *costante sistemica* nel processo di integrazione europea, poiché nei momenti cruciali i due paesi hanno svolto una funzione di guida. Una guida che è emersa chiaramente nel corso delle crisi che hanno coinvolto l'Unione Europea negli ultimi anni: quella economico-finanziaria, quella migratoria e quella pandemica. Ognuna di queste crisi è stata provocata da shock esterni, che hanno minato la stabilità e messo in discussione, in taluni casi, la stessa integrazione del Vecchio Continente. In tutte queste occasioni è infatti emersa con chiarezza la leadership franco-tedesca, nonostante non siano mancati momenti di dissenso, incomprensioni e vere e proprie tensioni¹¹.

Se guardiamo alla crisi economico finanziaria, emerge che Francia e Germania erano inizialmente su posizioni diverse. Il presidente francese Sarkozy riteneva che bisognasse attivare un meccanismo di sostegno finanziario a livello europeo, mentre la cancelliera Merkel era convinta della necessità di reazioni nazionali più rapide e affidabili. Ma, di fronte al pericolo di un default greco non guidato, che avrebbe avuto effetti dirompenti sull'intera area euro, i due paesi furono indotti a superare le divergenze. La svolta si realizzò nel vertice bilaterale che si tenne a Deauville nell'ottobre 2010, nel corso del quale si affermò la leadership forte di Merkel e Sarkozy. Fu infatti il momento di avvio di molte e complesse iniziative bilaterali, che puntavano a riformare l'architettura del Patto di stabilità e di crescita (PSC) e le regole di bilancio. Su un piano più generale, la rilevanza di Deauville si desume da

⁸ M. Koopman, *A driving force despite everything. Franco-German relations and the Enlarged European Union*, 2004, p. 13 (<https://institutdelors.eu/en/publications/a-driving-force-despite-everything-franco-german-relations-and-the-enlarged-european-union/>).

⁹ U. Krotz, L. Schramm, *Embedded Bilateralism*, cit. p. 531.

¹⁰ L. Schramm, U. Krotz, *Leadership in European crisis politics: France, Germany, and the difficult quest for regional stabilization and integration*, in *Journal of European Public Policy*, 5/2023.

¹¹ L. Schramm, *Bilateral leadership in critical moments: France, Germany, and the management of major European integration crises*, in *Comparative European Politics*, vol. 22/2024, pp. 170-191. F. Schimmelfenning, *Crisis and polity formation in the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 31/2024, p. 3396 ss.. M. Rhinard, *The Crisisification of Policy-making in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 57/2019, p. 616 ss.

un dato significativo, e cioè dal fatto che tra l'ottobre del 2010 e il febbraio del 2012 il presidente francese e la cancelliera tedesca programmarono almeno 14 incontri bilaterali¹². Tale modello bilaterale di cooperazione è stato poi inserito in un più ampio quadro di attività diplomatica a livello delle riunioni del Consiglio europeo e dei vertici euro. In sintesi, il bilateralismo franco-tedesco ha rappresentato il collegamento interno dei negoziati più ampi tra l'eurogruppo e l'Unione Europea a 27. Infatti, vi sono poi state, a più riprese, consultazioni in una sorta di circolo ristretto di gestione della crisi. Un circolo composto da Merkel, Sarkozy, i presidenti del Consiglio europeo, della BCE, dell'Eurogruppo e della Commissione, che ha visto talvolta la partecipazione del direttore generale del Fondo Monetario Internazionale¹³. La modalità di funzionamento della coppia franco-tedesca, che prevedeva riunioni periodiche, per superare le divergenze, trovare un accordo, e poi rappresentare con forza la loro posizione comune all'interno dei vertici europei, conferma che Francia e Germania hanno svolto costantemente, e sia pure con inevitabili momenti di dissenso, un indiscutibile ruolo di guida all'interno dell'Unione Europea.

Anche in seguito a nuove tensioni, che emersero in passaggi successivi, l'impegno franco-tedesco tornò a intensificarsi maggiormente soprattutto dopo le dichiarazioni di Draghi sul salvataggio dell'euro. A partire da allora Francia e Germania esercitarono una leadership congiunta impegnandosi in una strenua difesa della zona euro, affermando di essere pronte a fare qualunque cosa per proteggerla. La valenza politica di tale azione, si coglie in maniera evidente se si considera che Merkel si scontrò con il suo ministro delle finanze Schaeuble, il quale aveva proposto un'uscita temporanea della Grecia dall'eurozona. La cancelliera affermò che non avrebbe preso alcuna decisione che la mettesse in contrasto con il presidente francese Hollande, perché ciò avrebbe significato la rottura della coppia franco-tedesca¹⁴.

Se dalla crisi economico-finanziaria si passa a esaminare l'emergenza migratoria tra il 2015 e il 2016, emerge subito, anche in questo caso, che la Francia e la Germania hanno esercitato un ruolo di primo piano per risolvere la questione a livello europeo. Dopo un primo accordo per la ricollocazione dei richiedenti asilo, la cancelliera Merkel decise di accogliere oltre un milione di profughi siriani superando l'accordo precedentemente raggiunto. Tuttavia, dal momento che le tragedie in mare si susseguivano, prese forma nuovamente un'iniziativa congiunta franco-tedesca per organizzare l'accoglienza dei rifugiati e una loro equa ripartizione in Europa.

Si trattava di attivare un "meccanismo permanente e obbligatorio" affinché ogni paese si facesse carico di una parte di rifugiati che scappavano dalla Siria, in base alle possibilità di ciascuno. Bisognava fare di più, perché l'Europa era "un insieme di principi e valori che obbligano ad accogliere i perseguitati, questo è il tempo di agire"¹⁵. La presa di posizione della coppia franco-tedesca sulla crisi dei migranti segnava l'inizio di una nuova fase, ma i paesi del cosiddetto gruppo Visegrad, Repubblica Ceca, Polonia, Slovacchia e Ungheria, si attestarono su una linea di netto rifiuto della *politica delle quote* sostenute dalla Germania e dalla Francia¹⁶. Benché il gruppo di Visegrad esprimesse la propria

¹² H. Degner, D. Leuffen, *Franco-German cooperation and the rescuing of the Eurozone*, in *European Union Politics*, 1/ 2019, p. 98.

¹³ *Ibid.*, pp. 89-102.

¹⁴ W. Hilz, *Franco-German Leadership in the EU: Lessons from the Euro Crisis*, in *Stosunki Międzynarodowe – International Relations*, 4/2015. U. Krotz, J. Schild, *Shaping Europe*, cit., pp. 201-203. D. M. Woodruff, *Governing by Panic: The Politics of the Eurozone Crisis*, in *LEQS Paper*, 81/2014. L. Morlino, C. E. Sottilotta, *Southern Europe and the Eurozone Crisis Negotiations: Preference Formation and Contested Issues*, in *South European Society and Politics*, /2019. C. E. Sottilotta, *How not to manage crises in the European Union*, in *International Affairs*, 5/2022, pp. 1597-1605.

¹⁵ AA. VV, *Profughi, Merkel e Hollande: "Dovere Morale agire, quote obbligatorie"*, in "Corriere della Sera", 3 settembre 2015 (https://www.corriere.it/esteri/15_settembre_03/budapest-riaperta-stazione-migliaia-tentano-salire-treni-18a82b56-520c-11e5-aea2-071d869373e1.shtml).

¹⁶ F. Attinà, *Migration Drivers, the EU External Migration Policy and Crisis Management*, in *Romanian Journal of European Affairs*, 16(4)/2016, pp. 25-27. E. Diodato, *Il Gruppo di Visegrad e la politica estera migratoria nell'Unione Europea*, in V. De Cesaris, E. Diodato (cur.), *Il confine mediterraneo. L'Europa di fronte agli sbarchi dei migranti*, Roma, 2018, pp. 58-59. S. Bolgherini, G. D'Ottavio, *La Germania sospesa*, Bologna, 2019, pp. 146-147. *Joint Declaration of Federal Minister de Maizièrre and Minister Cazeneuve on the relocation mechanism regarding asylum seekers in clear need of protection*, in

contrarietà alla proposta della Germania e della Francia, è fuor di dubbio che la coppia franco-tedesca si stava riproponendo come motore dell'Unione Europea. Una conferma di ciò si ebbe con la visita di Merkel e Hollande al Parlamento Europeo. Con tale evento, per la prima volta dai tempi di Mitterand e Kohl, due capi di Stato e di governo prendevano la parola congiuntamente per affrontare le sfide del momento a livello europeo. Lo stesso presidente del Parlamento Europeo, Martin Schulz, sottolineò con forza la valenza di tale azione politica, affermando che la cooperazione franco-tedesca durante la crisi fosse determinante per l'intera UE. In quell'occasione, Hollande mise in guardia i paesi membri dalla tentazione di affrontare la crisi con risposte nazionali. Merkel, dal canto suo, richiamò l'importanza di avviare una collaborazione con la Turchia, con la quale l'Unione Europea arrivò a un accordo nel marzo 2016¹⁷.

Veniamo quindi al terzo caso. Con lo scoppio della crisi pandemica si è avuta una ulteriore conferma del manifestarsi della leadership franco-tedesca, soprattutto in un momento in cui si correva il rischio di un fallimento dell'UE come progetto politico. La pandemia minacciava di accrescere le differenze economiche all'interno dell'Unione Europea e, in special modo, all'interno della zona euro. A fronte di questo scenario, in un primo momento la Francia e la Germania non erano concordi sulle misure da adottare. La Francia riteneva necessaria una risposta europea comune, ed è per questa ragione che insieme ad altri nove stati membri dell'eurozona, tra cui l'Italia e la Spagna, chiese l'introduzione dei "corona bonds". La Germania era invece contraria al debito comune e a qualunque forma di integrazione fiscale, sicché insieme all'Austria, ai Paesi Bassi e altri stati del nord Europa, propose l'introduzione dei prestiti attraverso il MES. In questo modo, non vi era spazio per una leadership franco-tedesca, anche perché, di fatto, la Germania e la Francia si trovavano alla guida di due minicoalizioni contrapposte¹⁸. Tuttavia, con l'aggravarsi della crisi pandemica, la Germania ha iniziato a oscillare tra due poli. Pur schierandosi con i paesi "frugali" nell'opporli ai corona bonds, ha assunto via via una posizione più flessibile evocando la solidarietà europea¹⁹.

Queste oscillazioni derivavano dalla politica domestica e riflettevano la divergenza di opinioni che esisteva tra Merkel, sostanzialmente scettica nei confronti della possibilità di emettere debito congiunto, e il ministro delle finanze Scholz, che fin da subito era apparso più favorevole a tale opzione. Poco alla volta, la Germania si è ricompattata intorno al principio della "condivisione del rischio", e ciò ha comportato una ridefinizione dei due campi contrapposti. La Germania è infatti passata dallo schierarsi con i paesi frugali alla promozione di opzioni politiche solidaristiche.

L'abbandono di una linea di intransigenza fiscale si rinviene anche sul piano comunicativo, che ha rivelato alcuni tratti caratteristici di una leadership "orientata allo scopo", o addirittura "convinta", in contrapposizione alla "politica di ricerca del consenso". La leadership convinta si fonda infatti sulla promozione di decisioni, scelte e valori che vanno contro gli interessi dell'elettorato del leader, nonché sulla presenza di una dimensione etica che sia ben chiaramente riconoscibile. E così, nel mentre la crisi si intensificava, la pandemia veniva drammatizzata come una "catastrofe naturale" e come "la più grande prova di sempre". Per affrontarla, inizialmente è prevalso il riferimento alla salute pubblica, poi alla struttura economica e infine alla dimensione politica, che è divenuta dominante. Entrando più in dettaglio, la cancelliera ha fatto leva, in primo luogo, su una "logica economica", in base alla quale la prosperità della Germania dipende dal mercato interno e più in generale dal buon funzionamento e dall'equilibrio di tutte le economie europee. E ha poi utilizzato una logica politica, secondo cui l'avanzamento del processo di integrazione europea è nell'interesse dello Stato tedesco.

Bundesministerium des Inneren und für Heimat, 1st June 2015. M. Ceccorulli, S. Lucarelli, *Migration and the EU Global Strategy: Narratives and Dilemmas*, in *The International Spectator. Italian Journal of International Affairs*, 3/2017.

¹⁷ François Hollande and Angela Merkel face MEPs, 7 October 2015 (<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20150929IPR94921/francois-hollande-and-angela-merkel-face-meps>); *Eu-Turkey statement & action plan*, 18 March 2016 (<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/carriage/eu-turkey-statement-action-plan/report?sid=8701>).

¹⁸ U. Krotz, L. Schramm, *Embedded Bilateralism*, cit., pp. 6-8.

¹⁹ A. Crespy, L. Schramm, *Breaking the Budgetary Taboo: German Preference Formation in the EU's Response to the Covid-19 Crisis*, in *German Politics*, 1/2024. L. Schramm, *Economic ideas, party politics, or material interests? Explaining Germany's support for the EU corona recovery plan*, in *Journal of European Public Policy*, 1/2023.

L'intesa franco-tedesca è stata così ritrovata perché Macron e Merkel hanno capito per tempo che si correva il rischio di un fallimento dell'Unione Europea come progetto politico. Il rischio in effetti era reale, ed è proprio per questo che la Francia e la Germania hanno fatto di tutto per rilanciare il processo di integrazione europea, assicurando la direzione e la stabilità di cui c'era bisogno. Con notevoli sforzi economici, sociali e politici hanno intensificato la loro cooperazione bilaterale, stabilendo posizioni comuni, elaborando un progetto congiunto e creando infine le condizioni per un più generale compromesso europeo.

Il compromesso ha avuto un esito positivo, anche perché le consultazioni bilaterali tra Berlino e Parigi sono state assai intense, sia a livello operativo sia a livello politico più alto. In quel passaggio chiave Macron e Merkel avevano almeno due scambi diretti a settimana, mettendo in pratica il meccanismo di consultazione permanente informale. Inoltre, in un'ottica di divisione dei compiti, la cancelliera incontrava a più riprese i primi ministri olandese, italiano e spagnolo a Berlino, mentre Macron teneva a Parigi una serie di incontri bilaterali con altri leader nazionali. In sintesi, Francia e Germania hanno agito in tandem, hanno assicurato la leadership, una leadership congiunta, cooperativa e composita, e il risultato finale è stato il Recovery Fund dell'Unione²⁰.

Il piano "Next Generation EU" rappresenta una vera e propria svolta. Insieme alla moneta, infatti, la condivisione dei rischi economici e sociali è uno dei tratti che meglio definiscono le comunità politiche e la loro volontà di durare nel tempo. A prima vista, il merito principale della svolta va attribuito a Macron, dal momento che, a costo di incrinare, sia pur in via temporanea, i rapporti con la Germania, ha schierato la Francia al fianco dei paesi del Sud Europa. Ma senza l'aiuto di Merkel, decisivo per ricomporre la coppia franco-tedesca, il presidente francese non avrebbe fatto molta strada, in quanto non possedeva una "sufficiente legittimità interna". Al contrario, la cancelliera tedesca è riuscita a fare un grande investimento politico sull'Europa, conducendo in porto una trattativa che, se fosse fallita, avrebbe avuto effetti devastanti per l'integrità dell'Unione²¹.

Ai fini di questa ricerca, la crisi del COVID è esemplificativa, in quanto ha messo in evidenza alcune dinamiche europee, soprattutto nella prima fase della pandemia. Come già accennato, in un primo momento Francia e Germania si sono schierate alla guida di due minicoalizioni contrapposte, per poi superarle al fine di esercitare la leadership comune e imprimere una svolta alla risoluzione della crisi. A tale riguardo, con la Figura 1 si mostra come in questa occasione, più di altre, l'esercizio della leadership franco-tedesca è stato determinante per la risoluzione della crisi, superando talune divergenze, potenzialmente conflittuali, che si erano create attraverso momentanee alleanze tra i paesi UE. Nella figura sono riportate queste coalizioni: quella dei paesi sin da subito a favore di un debito comune (coalizione 1 nella figura), quella dei paesi "frugali" (coalizione 2 nella figura) e quella del Gruppo Visegrad. Al centro un riquadro sulle iniziative comuni franco-tedesche, che hanno portato nel giro di qualche settimana all'accordo al Consiglio Europeo per il Next Generation UE.

²⁰ M. Ferrera, J. Miró, S. Ronchi, *Walking the road together? EU polity maintenance during the COVID-19 crisis*, in *West European Politics*, 44/2021, pp. 1329-1352 e 1335-1337.

²¹ U. Krotz, L. Schramm, *Embedded Bilateralism*, cit.; M. Ferrera, J. Miró, S. Ronchi, *Walking the road together?*, cit.; G. Chazan, S. Fleming, V. Mallet, J. Brunsden, *Coronavirus crisis revives Franco-German relations*, in *Financial Times*, 13 aprile 2020; C. E. Sottolotta, *How not to manage crises in the European Union*, cit. p. 1605 ss.; A. Crespy, L. Schramm, *Breaking the Budgetary Taboo*, cit.; L. Schramm, *Economic ideas, party politics, or material interests?*, cit.; A. Merkel, *Libertà*, Milano, 2024, pp. 678-681.



Figura 1: Coalizioni e dinamiche politiche durante la prima fase della crisi pandemica (Maggio-Luglio 2020). Il grafico è stato rielaborato sulla base di quello che si trova nel saggio di U. Krotz, L. Schramm, *Embedded Bilateralism, Integration Theory, and European Crisis Politics: France, Germany, and the Birth of the EU Corona Recovery Fund*, cit., p.12

4. Lo stato recente della relazione bilaterale franco-tedesca: la guerra in Ucraina e le sue implicazioni

Definita la cornice analitica della relazione franco-tedesca, quella dell'*embedded bilateralism*, avendo tenuto conto del filone di letteratura già presente in relazione ai tre casi di studio menzionati, in questo paragrafo l'analisi politologica si collega al dibattito attuale. In sintesi, ci si soffermerà sullo stato recente della relazione bilaterale franco-tedesca a partire dalla guerra in Ucraina, nonché sulle rilevanti implicazioni che ne sono seguite.

L'invasione russa dell'Ucraina nel febbraio 2022 ha portato dei mutamenti a livello internazionale ed europeo. A partire da allora, in Europa si è tornati a discutere della necessità di una difesa comune. Come ha sottolineato Filippo Andreatta ad un anno dallo scoppio del conflitto, se si guardano le ricerche recenti di Eurobarometro, si nota come la maggior parte dell'opinione pubblica è a favore di una politica estera e di sicurezza comune, a cui non sembra corrispondere, però, una altrettanto decisa volontà da parte dei governi²².

La necessità di un'"Europa della difesa e degli armamenti" è stata riconosciuta dall'ex cancelliere tedesco Scholz alla Conferenza di Monaco sulla sicurezza del febbraio 2023. La Germania aveva stanziato più di 12 miliardi di euro per assistere l'Ucraina e aveva accolto più di un milione di rifugiati. Inoltre, aveva fornito armi, munizioni e mezzi militari all'avanguardia più di qualsiasi altro paese dell'Europa continentale. Il percorso intrapreso dalla Germania era completamente nuovo, poiché per la prima volta nella storia europea una potenza nucleare come la Russia stava conducendo una guerra imperialista di aggressione. Tale eccezionalità era alla base di ogni decisione tedesca relativa all'assistenza militare all'Ucraina, sia in termini di rifornimenti, sia sul piano della logistica. E rappresentava, secondo Scholz,

²² Su questo si veda la relazione di F. Andreatta, in F. Andreatta, E. Letta (cur.), *L'invasione dell'Ucraina un anno dopo. Prospettive di pace, politica estera e sicurezza europea*, Seminario AREL, Roma, 23 febbraio 2023, pp. 55-56.

“un esempio del tipo di leadership che tutti [avevano] il diritto di aspettarsi dalla Germania”. In altri termini, “la Germania [era] impegnata ad assumersi la propria responsabilità per la sicurezza dell’Europa e quella del territorio alleato della NATO senza se e senza ma”. Nel concreto la Germania, che aveva deciso di aumentare in maniera permanente le sue spese per la difesa al 2%, stava elaborando progetti di difesa integrati. Insieme a Francia e Spagna stava sviluppando il “Future Combat Air System (FCAS)” e con la sola Francia il “Main Ground Combat System” (MGCS). E, per rafforzare la difesa aerea nel quadro della NATO, vi era poi la European Sky Shield Initiative proposta dalla Germania. In questo modo, si stavano facendo passi avanti verso un’Europa della difesa, capace di agire e di essere al tempo stesso un alleato transatlantico più forte²³.

In quella stessa conferenza di Monaco, Macron ha affermato che era in gioco la sicurezza dell’Europa, e dunque gli europei dovevano concepire una dottrina della difesa, elaborarla, negoziarla e garantirla in collaborazione con gli alleati della NATO. Il presidente francese si è poi rivolto agli altri paesi europei, esortandoli a “reinvestire massicciamente” nella difesa. La Francia stava facendo la sua parte, investendo in spese militari, per il periodo 2024-2030, 400 miliardi di euro. L’aggressione della Russia era stata condotta “all’ombra della deterrenza”, che costituiva un fattore chiave anche “nella protezione degli alleati”. Macron ha sostenuto, nel passaggio cruciale del suo discorso, che la capacità di deterrenza della Francia, insieme a quella del Regno Unito, ha una funzione fondamentale, in quanto consente all’Europa di contribuire a rafforzare la sicurezza generale della NATO. Era pertanto necessario un progetto di difesa per il futuro, all’insegna dei principi fondamentali della inviolabilità delle frontiere e della “sovranità nazionale”, che ribadisse “il ruolo stabilizzante della deterrenza in Europa”²⁴.

Il cancelliere tedesco e il presidente francese hanno sottolineato con forza a Monaco, in occasione della Security Conference del febbraio 2023, che l’impegno per un’Europa della difesa non può più essere eluso. La Germania ha compiuto grandi passi avanti in quest’ambito, investendo in armamenti 100 miliardi di euro, e diventando così il terzo paese al mondo per spesa militare dietro Stati Uniti e Cina. Questo massiccio investimento ha fatto sorgere taluni interrogativi sullo stato attuale della relazione bilaterale franco-tedesca. Alcuni analisti hanno osservato che la Germania sembra occuparsi principalmente dei suoi interessi di difesa, che hanno un legame di interdipendenza con la propria industria, come dimostra, ad esempio, l’acquisizione di uno scudo di difesa aerea e missilistica con 14 paesi NATO, la cosiddetta European Sky Shield Initiative. Questa decisione, che non è stata ben vista dalla Francia, ha alimentato il dubbio che l’intraprendenza tedesca possa indebolire piuttosto che integrare progetti strategici avviati dalla Germania nella difesa convenzionale insieme a partner europei, come quello della futura guerra aerea e quello del futuro sistema di guerra terrestre.

L’importanza della deterrenza nucleare è stata richiamata a più riprese dal presidente Macron, nel quadro di una autonomia strategica europea, cioè di un’Europa capace di tutelare i propri interessi, che possono anche divergere da quelli degli Stati Uniti. Una simile posizione si colloca nel solco della tradizione gollista, fondata sull’idea di un’Europa a egemonia francese²⁵.

D’altra parte, non potrebbe essere diversamente, considerando alcune differenze nella visione della difesa europea della Germania e della Francia. La più recente concezione tedesca di un’Europa della difesa è emersa nel discorso che Scholz ha tenuto nell’agosto 2022 all’Università di Praga. In quell’occasione, l’ex cancelliere tedesco ha richiamato l’attenzione sul bisogno di una “migliore sinergia” in Europa tra i paesi membri in materia di difesa, ma, significativamente, non ha mai nominato la Francia. La sicurezza e la sovranità dell’Europa sarebbero dipese in ultima analisi, secondo Scholz, dalle capacità di armamento europeo. Ma in un passaggio cruciale del suo discorso egli ha detto: “la NATO rimane il garante della nostra sicurezza”. Ogni miglioramento, ogni passo avanti verso una maggiore integrazione

²³ Speech by Chancellor Scholz at the Munich Security Conference on 17 February 2023 in Munich (<https://www.bundesregierung.de/breg-en>).

²⁴ Speech by M. Emmanuel Macron, President of the Republic, at the Munich Security Conference, 17 febbraio 2023 (<https://www.elysee.fr/en/>).

²⁵ Sull’importanza della tradizione gollista in politica estera francese si veda A. Panebianco, *Guerrieri democratici. Le democrazie e la politica di potenza*, Bologna, 1997, pp. 187-195.

tra le strutture di difesa europea nel quadro comunitario rafforzavano la NATO. La Germania avrebbe investito molte risorse nella difesa aerea, progettandola in modo tale che i vicini europei, se lo avessero voluto, avrebbero potuto essere coinvolti. Infatti, un sistema di difesa aereo sviluppato in maniera congiunta sarebbe stato più efficiente ed economico e avrebbe rappresentato un vantaggio in termini di sicurezza per l'Europa nel suo insieme. E, oltre a ciò, avrebbe costituito un esempio di che cosa si intendeva quando si parlava di rafforzamento del pilastro europeo all'interno della NATO. Gli obiettivi e l'impegno della Germania in Ucraina sono stati ribaditi da Scholz in occasione della conferenza sulla sicurezza a Monaco del febbraio 2024²⁶.

Una tale concezione della difesa europea appare completamente diversa da quella di Macron, il quale immagina invece un'Europa come potenza atomica, che sia guidata dalla Francia insieme al Regno Unito. Non casualmente, infatti, il presidente francese pochi mesi dopo l'invasione russa dell'Ucraina ha proposto il forum della Comunità politica europea, proprio nell'ottica di rilanciare un'intesa franco-britannica in questo ambito²⁷.

Il fatto che la Francia e la Germania abbiano nell'attuale difficile frangente due visioni diverse, accresciute in seguito alla guerra in Ucraina, sembra evidenziare che sia in atto un "rallentamento" del motore franco-tedesco. Inoltre, il rapporto tra il cancelliere uscente Scholz e il presidente Macron non si è mai del tutto consolidato per mancanza di chimica personale. A ciò va aggiunto che, la maggior parte delle famiglie politiche europee ha registrato negli ultimi tempi attriti tra i loro membri francesi e tedeschi. Fra questi il rifiuto del partito di centro-destra francese Les Républicains di sostenere la candidatura di Ursula von der Leyen per un secondo mandato come presidente della Commissione europea e l'espulsione di AfD dal gruppo Identità e Democrazia (ID) dominato dai francesi. Tuttavia, con la visita di stato di Macron in Germania del maggio 2024, i due paesi hanno mostrato la loro volontà di superare le difficoltà bilaterali riscontrate negli ultimi tempi e rilanciare così l'intesa necessaria per l'Europa. A questo proposito, Macron e Scholz, in vista del nuovo ciclo istituzionale europeo 2024-2029, hanno proposto un documento congiunto all'Agenda strategica dell'UE per stimolare la crescita nei prossimi cinque anni²⁸. Tale contributo è arrivato a ridosso delle elezioni europee del giugno 2024. Non è da escludere che alla base di questa ritrovata intesa a pochi giorni dal voto ci fosse la consapevolezza di un deludente risultato dei rispettivi partiti nella tornata elettorale comunitaria. Le elezioni europee, ogni cinque anni, rappresentano per l'UE l'avvio di un nuovo ciclo politico e istituzionale. In questa occasione sono arrivate in un contesto globale segnato dalle complicate dinamiche internazionali dovute alle guerre in Ucraina e in Medio Oriente e dalle elezioni presidenziali americane²⁹.

Sulla base di quanto scritto, si potrebbe dunque sostenere che il concetto di bilateralismo integrato, che come già ricordato si basa su 1) un intergovernamentalismo regolarizzato; 2) pratiche simboliche; 3) connessioni parapubbliche, appare svilupparsi in un'altra dimensione. Di fatto, a fare la differenza sembra essere la convergenza/divergenza tra i sistemi politici nazionali francese e tedesco, influenzati anche dalle novità emerse con le elezioni europee e quelle americane, che hanno visto il ritorno di Donald Trump alla Casa Bianca.

5. Le elezioni europee 2024 e i riflessi interni nei due paesi

Al fine di inquadrare meglio la relazione bilaterale franco-tedesca nel nuovo scenario internazionale, è opportuno osservare l'esito delle elezioni europee nei due paesi e i riflessi interni che hanno

²⁶ Speech by Federal Chancellor Olaf Scholz at the Charles University in Prague, 29 Agosto 2022 (<https://www.bundesregierung.de/breg-en>). Speech by Federal Chancellor Olaf Scholz at the Munich Security Conference, 17 febbraio 2024 (<https://www.bundesregierung.de/breg-en>).

²⁷ N. Tocci, N. Pirozzi, *Il progetto di Comunità Politica Europea: Origini e sviluppo*, in *AREL, la rivista* 1/24 suppl., p. 16, 2024.

²⁸ E. Macron, O. Scholz, *Macron and Scholz: we must strengthen European sovereignty*, in "Financial Times", 27 May 2024. *A new agenda to boost competitiveness and growth in the European Union*, 29 May 2024 (<https://www.bundesregierung.de/>).

²⁹ G. Baldini, E. Baracani, S. Soare, *Navigating Complexity: Continuity and Change in European Governance, 2023/2024*, in *Journal of Common Market Studies*, Annual Review, pp. 1-12, 2024.

avuto all'indomani della tornata elettorale. La principale novità emersa è stata il notevole risultato conseguito dalle forze politiche di estrema destra, Rassemblement National e Alternative für deutschland. Non solo, il dato probabilmente più emblematico, è stato il crollo vertiginoso delle liste del presidente francese e del cancelliere tedesco.

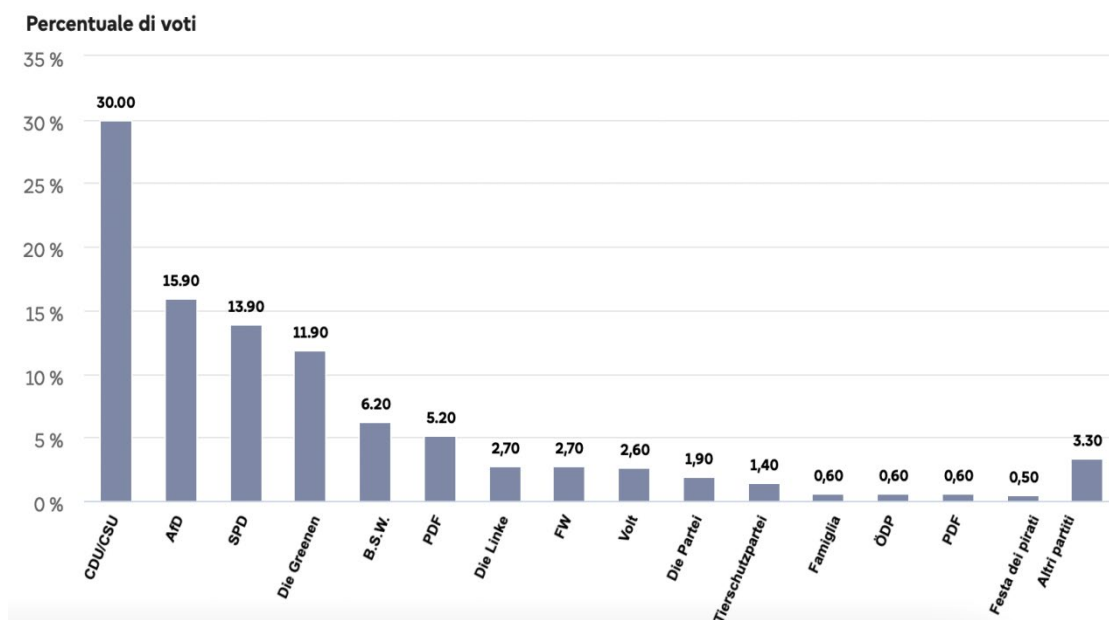


Figura 2: Risultati elezioni europee 2024 in Germania. Fonte: European Parliament <https://results.elections.europa.eu/en/germany/>

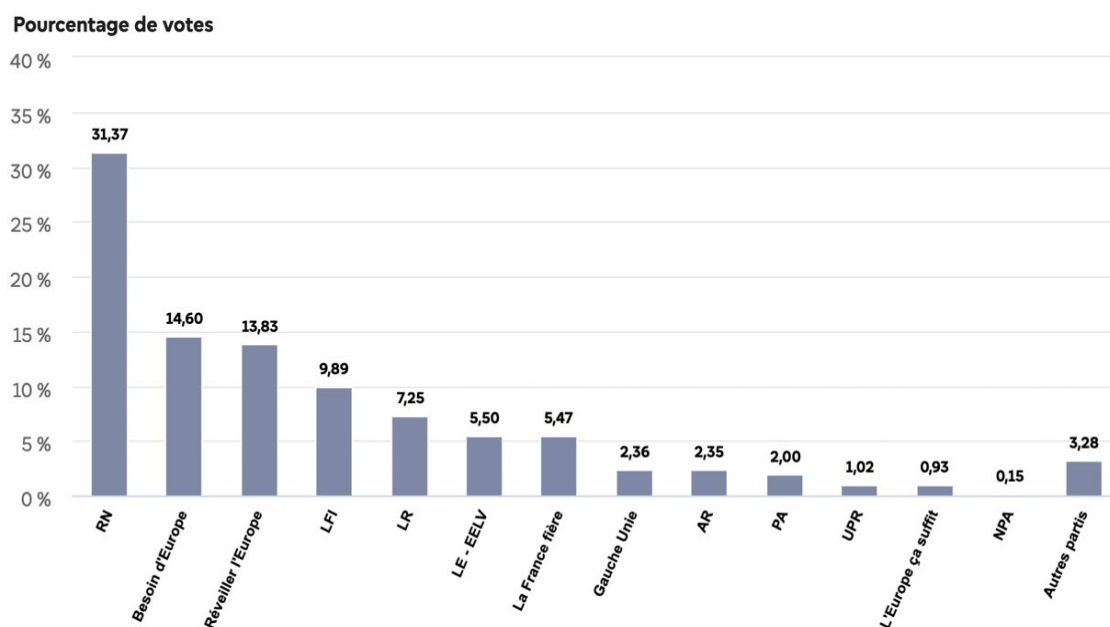


Figura 3: Risultati elezioni europee 2024 in Francia. Fonte: European Parliament <https://results.elections.europa.eu/en/france/>

I risultati del voto in Germania sono da analizzare con grande attenzione poiché hanno rappresentato il primo vero test, oltre alle elezioni regionali in alcuni Länder, prima delle elezioni federali del febbraio 2025. Va detto anzitutto che in Germania le elezioni europee differiscono da quelle federali e statali, poiché non è presente la soglia elettorale del 5%. Analizzando i dati, ciò che emerge è l'impopolarità del governo in carica in quel momento, visti i risultati conseguiti dalle forze della coalizione "semaforo". Il partito socialdemocratico di Scholz ha ottenuto il peggior risultato europeo di sempre, i verdi hanno perso all'incirca 8 punti percentuali rispetto alle elezioni del 2019, e anche i liberali hanno perso consensi pur mantenendosi attorno alla soglia del 5%. Al contempo, la CDU/CSU ha ottenuto molti consensi confermandosi primo partito e consolidando al tempo stesso il primato del PPE.

L'elemento maggiormente interessante da sottolineare è inoltre l'elevato risultato raggiunto dalle forze antisistema Afd e BSW. La BSW (Bündnis Shara Wagenknecht) è un movimento fondato nel gennaio 2024 dall'omonima leader, in seguito a una scissione dal partito di sinistra radicale Die Linke. Questo nuovo attore politico tiene insieme temi di sinistra populista e una posizione anti-immigrazione e filorussa. Il risultato ottenuto alle prime elezioni alle quali si è presentato è stato incredibilmente alto, pari al 6,2%. Per quanto riguarda Alternative für Deutschland i consensi sono stati notevoli, pari a circa il 16%. Si è rivelato il partito più forte della Germania orientale con quasi il 27%, ha ottenuto il 30% in Sassonia, Turingia e Sassonia-Anhalt e ha confermato una potenziale crescita anche in buona parte della Germania occidentale³⁰.

La crescita del partito di estrema destra e il contestuale indebolimento delle forze del governo in carica al momento delle elezioni europee, sono stati confermati nella tornata elettorale del settembre 2024, prima nei Länder Orientali Turingia e Sassonia e poi in Brandeburgo. Afd ha registrato percentuali altissime, ed è arrivata prima in Turingia con il 32,8% dei voti. Anche nel Brandeburgo, sebbene il primo partito sia stato la SPD, il risultato è stato superiore al 30%.

La conseguenza principale del voto europeo e di quello regionale è stata il loro impatto nella politica domestica tedesca. Le tensioni tra le forze di governo si sono accresciute nel corso dell'elaborazione della legge di bilancio 2025. In seguito alla recessione e alle posizioni diverse dei partiti riguardo alla manovra finanziaria, si è arrivati all'allontanamento del ministro delle finanze Lindner, e ciò ha comportato l'uscita dei liberali dalla compagine governativa. A causa di ciò, le elezioni federali si sono svolte il 23 febbraio del 2025. L'esito elettorale ha visto uno straordinario successo dell'estrema destra di Afd, anche se le sue aspirazioni governative sono state stroncate sul nascere grazie alla formazione di una grande coalizione tra CDU e SPD. La CDU è risultato il partito più votato e ciò gli ha consentito di esprimere la guida dell'esecutivo che è stata assunta dal cristiano democratico Friedrich Merz. La formazione del nuovo governo ha avuto tempi molto rapidi rispetto ai tradizionali standard tedeschi per la stipulazione di un'alleanza tra partiti differenti. E, inevitabilmente, ad accelerare le trattative hanno influito due shock, legati all'economia e la sicurezza europea, che richiedevano una rapida composizione del governo.³¹

Se dalla Germania si passa a esaminare il voto europeo in Francia, esso sembra assumere le caratteristiche di una elezione di medio termine a distanza di due anni dalla rielezione di Macron. La campagna elettorale è stata infatti caratterizzata da una propaganda incentrata su questioni di carattere nazionale, come il potere d'acquisto, l'inflazione, i prezzi dell'energia e dei generi alimentari, e naturalmente dal grande tema dell'immigrazione. Soprattutto da parte dell'estrema destra, forte anche del primato nei sondaggi, c'è stata una nazionalizzazione della campagna elettorale, riscontrabile, ad

³⁰ C. Schlänger, C. Katioulis, J. N. Engels, *Analysis of the 2024 European Elections in Germany. Majority for the stable centre despite a strong right wing*, Friedrich Ebert Stiftung, 6/2024. D. Schade, *A Non-European Germany*, in AA. VV., *More diverse than united? A comparative analysis of the EU election 2024*, October 2024, pp. 23-31.

³¹ Su questo si veda: il programma elettorale in AA. VV., *Um kurz nach halb neun sagt der Kanzler dem Finanzminister: Du bist raus*, in "Der Spiegel", 6 novembre 2024; P. Oltermann, *Fiscal policy was a squabble too far for German coalition's odd throuple*, in "The Guardian", 8 novembre 2024; *Wahlprogramm von CDU und CSU zur Europawahl 2024*, p. 4. Per risultati ufficiali delle elezioni federali tedesche si veda: <https://www.bundeswahlleiterin.de/en/bundestagswahlen/2025/ergebnisse/bund-99.html>.

esempio, nella richiesta di voto anticipato in caso di esito elettorale netto. E del resto, buona parte dell'elettorato ha votato su questioni di politica interna e questo è avvenuto in special modo da parte degli elettori di Le Pen e Bardella.

Analizzando i risultati, ciò che emerge è l'affermazione del Rassemblement National con il 31,7% dei voti (30 seggi su un totale di 81 per la Francia). Altrettanto evidente è stato il pessimo risultato del presidente Macron, perché le liste a lui collegate hanno totalizzato un risultato inferiore al 15%. La lista di sinistra riformista intorno al 13%, la France Insoumise il 9,8%, i repubblicani il 7%, i verdi il 5%.

Il dato che è emerso è lo stretto collegamento tra la politica europea e la politica domestica, e d'altra parte che le cose stiano così lo conferma il fatto che, la sera stessa della chiusura delle urne, Macron ha deciso lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale. Nelle intenzioni del presidente vi era una volontà di arrivare a un chiarimento, che non ha tuttavia mutato l'orientamento generale degli elettori. Come spesso capita nelle tornate elettorali con due elezioni in sequenza rapida è molto probabile che il successo, o il crollo di un partito nella prima votazione, possa ripetersi anche in quella seguente. Esattamente questo è accaduto in Francia, poiché il primo turno delle legislative ha visto la conferma del primato del Rassemblement National e il crollo della coalizione centrista di Macron.

La conferma di un ottimo risultato da parte del RN di Le Pen e Bardella, ha fatto sì che le forze politiche a loro alternative, davanti alla possibilità di un governo dell'estrema destra, hanno rilanciato l'appello per una difesa repubblicana. Essi hanno creato un barrage républicain, ritirando i propri candidati al secondo turno delle elezioni legislative nelle circoscrizioni elettorali dove la competizione era a tre. L'alta affluenza al secondo turno (67%) e il buon numero di passaggi elettorali da un partito all'altro contro un candidato del Rassemblement National con le migliori possibilità di vittoria, hanno ridotto alla fine il numero dei seggi conquistati dall'estrema destra. I risultati del secondo turno hanno portato la coalizione delle sinistre a essere prima forza politica in termini di seggi e seconda in termini di voti popolari dopo il RN che costituisce ancora oggi il gruppo più numeroso in Parlamento, con 143 deputati rispetto agli 89 dell'Assemblea nazionale uscente, un aumento rilevante del 60%. La coalizione del presidente Macron ha ridotto invece la propria rappresentanza complessiva da 250 a 166 deputati. È fuor di dubbio che la composizione del parlamento era tale da rendere la formazione del nuovo governo assai complicata in virtù delle innumerevoli variabili. E così, dopo un'estate di consultazioni, il presidente francese ha infine nominato come primo ministro un politico di lungo corso, il repubblicano Michael Barnier, dando vita a un governo di minoranza appoggiato dal gruppo di Macron, i repubblicani e altre forze minori. Non appena si è presentata l'occasione però, il governo è stato sfiduciato, e si è ricreata così una situazione di incertezza. Se l'intento di Macron voleva essere quello di un "chiarimento delle cose", il risultato prodotto sembra essere quello di uno stallo politico-istituzionale³².

Il voto europeo in Francia e in Germania ha rappresentato un vero e proprio shock in buona parte delle capitali europee. La crescita di partiti non pro-Europa sta determinando un'instabilità politica all'interno dei due paesi, che potrebbe rimettere in discussione la leadership franco-tedesca in UE. Le elezioni federali del febbraio 2025 in Germania hanno portato in parlamento un cospicuo numero di rappresentanti di partiti antieuropei. E, in conseguenza di ciò, la formazione del governo di grande coalizione è stata rapida, anche per arginare le ali estreme, in particolare quella di Afd.

In Francia, invece, il fatto che ci sia una costante difficoltà a dar vita a un esecutivo stabile e che il presidente appaia sempre più indebolito, sembra indicare una complessiva sofferenza dell'intero sistema istituzionale. La scelta di Macron di nominare un primo ministro repubblicano, per rassicurare l'elettorato moderato, si è rivelata in contrasto con l'alleanza creata al secondo turno delle legislative, che intendeva fermare ad ogni costo l'estrema destra. E naturalmente, la debolezza del nuovo governo in carica, e un presidente della Repubblica costretto a continue mediazioni, rischiano di creare uno stallo che potrebbe protrarsi fino al voto del 2027. Uno stallo che renderebbe la Francia un attore politico più fragile nei nuovi scenari internazionali che si stanno delineando in seguito al voto americano.

³² M. O. Padis, *From European elections to French political crisis*, in AA. VV., *More diverse than united?*, cit., pp. 9-21; P. Ignazi, *Macron: dramma in tre atti*, 1° ottobre 2024 (<https://www.rivistailmulino.it/a/macron-dramma-in-tre-atti>).

6. Il ritorno di Trump e le nuove prospettive per la coppia franco-tedesca

Le elezioni presidenziali americane del 5 novembre 2024 si sono svolte in un contesto europeo in cui i due paesi leader dell'UE vivono un clima di profonda instabilità interna. È fuor di dubbio che la nuova elezione di Trump a Presidente degli Stati Uniti abbia posto degli interrogativi su quello che potrebbe essere non soltanto il futuro dei rapporti transatlantici, ma più in generale sul ruolo dell'Europa come "potenza". Proprio da Francia e Germania è arrivata la prima presa di posizione significativa in seguito al risultato elettorale americano. Il presidente francese Macron, infatti, oltre alle congratulazioni di rito nei confronti del presidente eletto, ha reso pubblico un contatto telefonico con l'ex cancelliere tedesco Scholz, al centro del quale vi sarebbe stato l'impegno per un'Europa "più forte, sovrana e unita in questo nuovo contesto".

Basandosi su quella che è stata la prima amministrazione del presidente repubblicano, le preoccupazioni più grandi da parte dei governi europei riguardano soprattutto la possibilità che ci sia un nuovo disimpegno americano verso il Vecchio Continente. I governi europei potrebbero ritrovarsi a fare i conti con un presidente che scavalca le istituzioni della UE per trattare direttamente con i governi nazionali. In altre parole, la dimensione di un rapporto con gli Stati Uniti particolarmente intenso, come si è manifestato durante l'amministrazione Biden e rafforzato dopo lo scoppio del conflitto in Ucraina, potrebbe lasciare spazio a un approccio basato sul nazionalismo e l'isolazionismo³³. A spaventare maggiormente molti governi, soprattutto quelli più convintamente europeisti e atlantisti, è l'influenza che la seconda presidenza Trump potrebbe avere in due settori fondamentali: il commercio e la difesa. Sulla base di alcune stime economiche, i dazi di Trump potrebbero danneggiare l'Europa tanto quanto o più della Cina. In relazione poi alla difesa e alla sicurezza, l'attenzione va riportata al ruolo della NATO e al conflitto in Ucraina. E dunque, per l'Unione Europea e i suoi governi, diventerà di fondamentale importanza capire come gestire un eventuale disimpegno americano nei confronti dell'Ucraina.

In uno scenario di questo genere, non si può non considerare come si potrebbero modificare le relazioni con Francia e Germania. Per quanto riguarda la Germania, le preoccupazioni maggiori sono dovute al fatto che in un'economia in crisi le politiche sui dazi, già sperimentate da Trump, potrebbero rivelarsi gravemente dannose. A tale riguardo è emblematico che sino al 2023 le relazioni commerciali tra i due paesi erano particolarmente intense, con gli Stati Uniti che sono stati il principale partner della Germania con un surplus commerciale di 63,3 miliardi di euro. Stando a ciò che ha dichiarato il presidente della Bundesbank Joachim Nagel, in base alle promesse elettorali fatte da Trump, il potenziale danno con l'applicazione dei dazi verso la Germania potrebbe avere conseguenze nette sull'economia tedesca pari all'1% del PIL. Un dazio del 20% sulle merci importate potrebbe comportare una riduzione di circa il 15% delle esportazioni tedesche verso gli Stati Uniti. Secondo talune simulazioni degli analisti economici, i settori particolarmente colpiti dovrebbero essere quello automobilistico, dell'acciaio e dell'industria chimica e farmaceutica.

Le ricadute sull'economia tedesca riguardano più in generale l'intera unione ed è per questa ragione che Macron ha lanciato un appello a Bruxelles relativamente a un possibile coinvolgimento in una guerra commerciale con gli Stati Uniti. Inoltre, il presidente francese è arrivato a sostenere che l'Europa dovrebbe difendere i propri interessi esattamente come Trump difende gli interessi degli Stati Uniti³⁴. A

³³ E. Macron on X, 6 november 2024, 9:15 AM (<https://x.com/EmmanuelMacron/status/1854075136468521077>); E. Blanc, *Crisis in EU-US relations under Trump: an emotional contemptuous double game of misrecognition*, in *Journal of European Integration*, 46(5)/2024; J. G. Ikenberry, *The end of international order?* in *International Affairs*, 1/2018. N. Helwig, V. Sinkonen, *Strategic Autonomy and the EU as a Global Actor: The Evolution, Debate and Theory of a Contested Term*, in *European Foreign Affairs Review*, 2022; V. E. Parsi, *Titanic. Naufragio o cambio di rotta per l'ordine liberale*, Bologna, 2021, pp. 174-177; M. Chiaruzzi, L. Zambenardi, *Il momento illiberale e l'ultima guerra*, in *Quaderni di scienza politica*, 1/2020, pp. 14-16; A. Locatelli, *European fears resurface as Trump eyes second term*, 1 november 2024 (<https://360info.org/european-fears-resurface-as-trump-eyes-second-term/>).

³⁴ AA. VV., *German-US trade relations before the election: Implications of a Trump comeback*, 2024 (<https://www.econpol.eu/node/1946>); Bundesbank: *Trumps Zollpläne trafen Deutschland schwer*, in "Die Zeit", 13 novembre 2024 (<https://www.zeit.de/news/2024-11/13/bundesbank-trumps-zollplaene-traefen-deutschland-schwer>); P. Brugger, *The Erosion of German Elites Trust in the United States of America*, in *German Politics*, 4/2018; G. Leali, *Trump's tariff war is*

richiamare l'attenzione su questo punto sono stati i rispettivi governatori delle banche centrali francese e tedesca: Joachim Nagel e Francois Villeroy de Galhau. In un comunicato congiunto, i due hanno lanciato un appello per una rinascita franco-tedesca, consapevoli dell'attuale debolezza della relazione bilaterale dovuta all'instabilità interna su entrambe le sponde del Reno. Proprio sulla base dell'esito elettorale americano, i due governatori auspicano un rilancio dell'azione comune affinché l'Europa possa essere un attore importante sulla scena internazionale. Inoltre, suggeriscono alcune politiche economiche che dovrebbero essere implementate dall'Europa al fine di invertire la rotta rispetto ad un percorso di bassa crescita e produttività³⁵.

7. Conclusioni

Alla luce dell'attuale scenario internazionale e dei profondi cambiamenti che stanno attraversando Francia e Germania, è naturale domandarsi se e come i due paesi possano ancora giocare un ruolo di leadership, e allo stesso tempo far avanzare ulteriormente il processo di integrazione europea. Sino ad ora la relazione bilaterale franco-tedesca si è rivelata superiore ai cambiamenti intervenuti all'interno dei due stati, dimostrando come il bilateralismo possa essere una modalità di relazione che favorisce l'integrazione sovranazionale. Tuttavia, nonostante il bilateralismo franco-tedesco sia "integrato", per via delle caratteristiche specifiche richiamate, la questione rimane aperta. E ciò in considerazione del fatto che, come già accennato, negli ultimi tempi sia in Francia che in Germania si è registrata una crescita di partiti che riaffermano la centralità della dimensione nazionale, non sono particolarmente favorevoli a una sempre maggiore integrazione europea e propongono un modello alternativo dell'Europa. Questo va di pari passo con una più complessiva instabilità dei rispettivi sistemi politici dei due paesi, dovuti ai continui cambiamenti di governo in Francia e alla difficoltà che hanno i partiti in Germania a coalizzarsi e creare programmi comuni.

In tutto ciò non sono mancate e non mancano prese di posizione da parte di Trump che alludono a un sempre maggiore disimpegno americano verso il Vecchio Continente. È difficile prevedere in che modo questo potrà avvenire, ma paradossalmente un qualche allontanamento degli Stati Uniti potrebbe rappresentare un'occasione per rilanciare l'idea dell'Europa "sovrana", e più autonoma da Washington. In sintesi, nel mentre si registrano cambiamenti nello scenario internazionale e crescono le minacce alla sicurezza del Vecchio Continente, la coppia franco-tedesca potrebbe continuare a essere un ancoraggio politico stabile per l'Europa. Ma la condizione indispensabile affinché questo avvenga è che Francia e Germania superino la fase di instabilità politica domestica che stanno attraversando³⁶. Ed è proprio in forza di questa consapevolezza che Macron e Merz, nel loro primo incontro ufficiale, hanno preso l'impegno di dare un nuovo slancio alla cooperazione bilaterale in favore dell'Europa.

Abstract

Il rapporto tra la Francia e la Germania è un tema classico della riflessione politologica, che può essere soprattutto indagato con l'impiego della categoria analitica di embedded bilateralism. Impiegando questa categoria analitica si può meglio comprendere il ruolo di leadership che la Germania e la Francia hanno esercitato nell'Unione Europea,

imminent, Macron and Draghi warm Europe, in "Politico", 13 november 2024; L. von Daniels, C. Major, N. Von Ondarza, *How Europe is preparing for Trump II*, Working paper of German Institute for International and Security Affairs, 3/2024.

³⁵ J. Nagel, F. Villeroy de Galhau, *A common call for a franco-german revival*, 22 november 2024 (<https://www.banque-france.fr/en/governors-interventions/common-call-franco-german-revival>).

³⁶ J. Ross, *The Franco-German relationship remains irreplaceable for the EU. But it urgently needs to be renewed to include European goals*; M. Droin, G. Weber, *A Weakened Franco-German Engine Can Still Power Europe*; B. Kunz, *The Persistent Lack of Strategic Convergence between France and Germany*, in *Internationale Politik*, 3/2024.

in particolare nei momenti di crisi come quella finanziaria, quella migratoria e quella pandemica. Delineato questo quadro di riferimento generale, il contributo si sofferma sullo stato attuale della relazione tra i due paesi, considerando grandi avvenimenti di politica internazionale intervenuti negli ultimi tempi e sulle ricadute che tali avvenimenti possono avere sul futuro della coppia franco-tedesca e più in generale dell'Unione Europea.

Parole chiave: Bilateralismo integrato, leadership in UE, coppia franco-tedesca, crisi, elezioni europee

*

The franco-german relationship is a classic topic of reflection in political science, which can mostly be examined with the analytical category of embedded bilateralism. This approach can contribute to a better understanding the leadership of France and Germany in the European Union, in particular when dealing with crisis such as the financial crisis, the migration one and the pandemic one. The paper focuses on the present condition of this relationship, considering the major recent international political events and their repercussions for the franco-german couple and the European Union in general.

Key words: embedded bilateralism, EU Leadership, Franco-German couple, crisis, European elections

Regionalismo e riforme. Manutenzione e realismo critico^()*

Walter NOCITO*

Sommario: 1. Lo Stato regionale italiano fra evoluzioni e mutazioni 2. Il primo decennio di attuazione delle revisioni del 1999 e del 2001 3. Più politica vs più riforme 4. Considerazioni conclusive

1. Lo Stato regionale italiano fra evoluzioni e mutazioni

La Repubblica disegnata nella Costituzione italiana ha subito processi di attuazione costituzionale che hanno caratterizzato sia la forma di governo sia la forma di stato (disegnata nel testo come Stato regionale composto).

Nelle pagine che seguono esporremo alcune notazioni sullo Stato regionale¹ alla luce dell'esperienza prodottasi nel periodo di attuazione delle due riforme costituzionali più significative approvate dal Parlamento del tempo ed attuate dai Governi successivi: quella del 1999 e quella del 2001.

La riforma del 1999 ha impresso una mutazione istituzionale della forma di stato attraverso una modifica del potere statutario regionale che ha prodotto effetti di sistema con il passaggio da governi di coalizione a veri e propri governi di legislatura demo-eletti, cioè imperniati sulla elezione diretta del vertice dell'esecutivo, accompagnati da sistemi elettorali atti a creare un neo-parlamentarismo iper-razionalizzato (a tendenza presidenziale).

La riforma del 2001 ha impresso, invece, un cambio nell'assetto delle competenze normative e amministrative in un quadro nel quale il regionalismo (e il modello di Stato regionale), per come si è sviluppato tra il 1970-2023, ha trasformato uno Stato unitario in uno Stato a decentramento strutturalmente 'spinto'.

La forma di governo ha subito mutazioni meno strutturali, e la 'prova pandemica' del 2020-2021 ha dimostrato tanto la funzionalità del modello parlamentare quanto la irreggibilità della forma decentrata del potere politico-amministrativo con funzioni del governo centrale operanti quali garanzia di secondo livello (secondo lo schema sussidiario che utilizza i poteri commissariali).

Il primo decreto Pnrr (il d.l. n. 77/2021 convertito nella legge n. 108/2021) ha evidenziato un andamento neo-centralista delle funzioni di governo operando alcune scelte in senso centralista e istituendo nuovi soggetti, e sedi di governo e di gestione istituzionale, quali la Cabina di regia, la Segreteria tecnica, la Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell'efficacia della regolazione e il Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale. Nel decreto è stabilito che la responsabilità di indirizzo del Piano è assegnata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri attraverso l'istituzione di una Cabina di regia alla quale partecipano i Ministri e i Sottosegretari competenti in ragione delle tematiche affrontate.

^(*) Testo destinato al volume "Liber Amicorum in onore di Guerino D'Ignazio".

* Ricercatore di Istituzioni di diritto costituzionale e pubblico, Università della Calabria.

¹ G. D'Ignazio (cur.), *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, Milano, 2007; Id. *Le sfide del Costituzionalismo multilivello tra il Trattato di Lisbona e le riforme degli ordinamenti decentrati*, in Aa.Vv. *Multilevel Constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011, 1-15; Id. *Asimmetrie e "Costituzioni territoriali" nel quadro giuridico europeo: un'analisi comparata*, in *Ist. fed.*, 2/2018, p. 245 ss.

Alla Cabina di regia è attribuito l'esercizio di poteri di indirizzo, impulso e coordinamento, prevedendosi, sotto il profilo della leale collaborazione, che alle sedute partecipino i Presidenti regionali (quando siano esaminate questioni di competenza regionale o locale).

Il decreto ha istituito anche la Segreteria tecnica che assicura Relazioni periodiche al Parlamento e alla Conferenza Unificata. Alla Cabina di Regia e alla Segreteria tecnica si aggiungono due nuovi soggetti: il primo è la Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell'efficacia della regolazione; il secondo è il Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale.

Tale Tavolo svolge funzioni consultive nelle varie materie connesse all'attuazione del Pnrr potendo segnalare ogni profilo ritenuto rilevante per la sua realizzazione, anche per favorire il superamento di circostanze ostative e agevolare l'efficace attuazione degli interventi di monitoraggio e di rendicontazione affidati al Servizio centrale per il Pnrr presso il Mef.

Il decreto disciplina anche i poteri sostitutivi attivabili ex art.13 in caso di mancato rispetto da parte delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province o dei Comuni, degli obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del Pnrr.

Se il modello parlamentare nel periodo 2001-2023 ha subito torsioni congiunturali sulla base delle logiche elettorali (leggi elettorali del 1993 e del 2005), la forma di stato regionale ha subito invece torsioni strutturali come frutto della combinazione delle due riforme già citate, quella del 2001, che la crisi pandemica ha dimostrato essere bisognevole di riforme ulteriori, e quella del 1999 che, nei suoi effetti di bilateralizzazione e di presidenzializzazione, ha dimostrato doti di resistenza.

Il modello regionale, in altri termini, nel ventennio post 2001 e ancor di più nell'ultimo decennio, ha dimostrato caratteristiche di strutturalità del decentramento che si abbinano a torsioni della forma di governo regionale interagendo con il riassetto delle competenze oggi ripartite sulla base della terza regionalizzazione e della attuazione parziale e carente della revisione degli articoli 117, 118, 119 e 120 della Costituzione.

Se alla vicenda istituzionale in analisi si guardasse con le lenti della storia istituzionale, si potrebbe notare come lo Stato italiano, a far data dagli anni '60, ad ogni fine di decennio abbia subito significativi processi di attuazione costituzionale che hanno marcato non solo la mappa amministrativa (e la geografia istituzionale), ma anche il godimento effettivo dei diritti politici, sociali e civili.

In tale direzione, si possono in breve ricordare: alla fine del decennio 1960-1970, l'avvio della prima regionalizzazione con la istituzione e l'elezione dei Consigli regionali (e la fase degli statuti delle regioni ordinarie); alla fine del decennio 1970-1980 la seconda regionalizzazione e l'istituzione del Ssn in attuazione dell'art. 32 della Costituzione; alla fine del decennio 1980-1990 l'attuazione dell'art. 128 sulle autonomie locali come comunità-enti politici (e poi la spinta maggioritaria post tangentopoli); alla fine del decennio 1990-2000 la spinta alla sussidiarietà abbinata alla federalizzazione, alla presidenzializzazione e alla liberalizzazione dei mercati; alla fine del decennio 2000-2010 gli effetti sul governo locale delle crisi finanziarie nel mentre si procedeva ad attuare il federalismo fiscale e la perequazione finanziaria. Infine, nell'inverno del 2020 la crisi pandemica che ha inciso sulla forma stato e sulla forma di governo già riguardate dallo stress istituzionale prodotto dalla crisi finanziaria del 2011 con il passaggio dai governi politici di legislatura ai governi tecnici e di grande coalizione (Governo Monti e Governo Letta).

2. Il primo decennio di attuazione delle revisioni costituzionali del 1999 e 2001

Venendo alla ricostruzione della esperienza italiana sotto il profilo della forma di stato si deve ricordare come una delle caratteristiche più tipiche del regionalismo italiano (per alcuni un non modello²) sia consistita nell'essere lo stesso il frutto di dinamiche incentrate sulle interrelazioni fra legislatore, giurisprudenza costituzionale e dottrina.

² M. Luciani, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 5/1994, p. 1313.

Nelle pagine che seguono si rifletterà, sotto limitati e parziali profili, sull'*an* e sul *quomodo* l'esperienza del decennio successivo alla revisione del 2001 (confermata nel decennio successivo) possa essere riletta alla luce delle anzidette dinamiche costituzionali.

In relazione a tali dinamiche è opportuno valutare l'operato della Corte costituzionale la quale, come già avvenuto in altri passaggi, si è dimostrata il fulcro e il motore immobile del diritto regionale italiano.

La Corte, dopo aver dedicato l'anno 2002 alle questioni di diritto intertemporale, nel corso del 2003, a partire dalla sentenza Mezzanotte (Corte cost., sent. n. 303/2003), ha elaborato una corposa giurisprudenza formata in sede di giudizi in via di azione. Con tale *corpus* la posizione della Corte si è caratterizzata per orientamenti interpretativi innovativi e sempre meno incerti. Il suo lavoro si è intensificato nel corso del 2003 (e poi ancora nel corso del 2005 e del 2006, per poi mantenersi stabile o ridursi nel biennio 2007-2009, e per poi tornare a un *trend* di crescita nel biennio 2010-2011), tanto che il Presidente Zagrebelsky (nella Relazione per il 2003) segnalava come la Corte abbia suo malgrado svolto nel periodo 2001-2004, "un'attività di supplenza non voluta e non gradita" (rispetto alla attuazione della revisione), tanto nei suoi risvolti ermeneutico-applicativi di dettaglio tanto nei risvolti più generali di qualificazione dei rapporti fra fonti normative e fra ordinamenti.

Dopo i primi anni di lavoro, era già stato notato che la Corte attraverso alcune sue costruzioni (degli strumenti di garanzia delle esigenze unitarie e, principalmente, le competenze trasversali, le leggi di attrazione sussidiaria, e i poteri sostitutivi straordinari), aveva raggiunto un elevato grado di consapevolezza in base alla quale si segnalava come la tipizzazione rigida delle competenze, unita alla debolezza delle sedi di mediazione politica, "non consentono di governare i processi di integrazione fra fonti, sistemi amministrativi e diritti che la stessa riforma del regionalismo italiano mira a favorire"³. Ed anzi, sulla base del primo *corpus* giurisprudenziale, è stato sostenuto che il paradigma della separazione (cifra di lettura del regionalismo del 2001) "non ha resistito alla severa verifica della prassi applicativa, la quale ha dimostrato, al contrario, che la distribuzione formale delle competenze, senza moduli di mediazione politica che rendano possibile una lettura meno inflessibile, risulta inefficace"⁴ come tecnica di regolamentazione (preventiva) dei conflitti competenziali.

Negli anni successivi al 2004 molto si è scritto a commento degli orientamenti che conformavano il diritto vivente nella prima attuazione della riforma. Nel 2009 si notava come l'assetto competenziale, per quanto dinamico potesse essere, "conserva ancora alcune sue caratteristiche tradizionali, che le riforme degli ultimi anni non sono riuscite a scalfire"⁵. Si notava anche come la complessità ordinamentale stesse crescendo negli anni, mentre si sperimentassero forme di razionalizzazione nei modelli organizzativi e di azione.

Di fronte alle incertezze interpretative e ai fallimenti applicativi delle innovazioni del dato costituzionale formale (ricomprendendo in detti fallimenti anche la legge La Loggia del 2003), si sono in dottrina riscontrati una serie di mutamenti significativi del diritto costituzionale delle autonomie, e, in particolare, alcuni mutamenti che di seguito si richiamano.

Innanzitutto, l'espansione del sistema delle conferenze che hanno assommato una notevole quantità di attribuzioni sia amministrative sia politiche, e che sono servite a compensare l'assenza di una Camera delle regioni costituendo organismi di rappresentanza unitaria (del sistema delle autonomie presso lo Stato ma anche del sistema delle autonomie locali presso le regioni). A tale espansione si è associata (secondo mutamento) l'espansione dell'associazionismo locale frutto anche del fallimento delle politiche per le fusioni e le unioni comunali. Un terzo mutamento è stato relativo all'utilizzo dei livelli minimi delle prestazioni come meccanismi di indirizzo centrale sulle regioni (e sugli enti locali), ma anche come meccanismi di garanzia delle istanze di unità che si basano su interpretazioni estensive del testo (della lettera *m*) del comma 2 dell'art. 117 Cost.). Tale sottolineatura ha costituito una neutralizzazione del titolo V della Costituzione (tramite lo svuotamento delle potestà regionali

³ G. Scaccia, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Diritto Pubblico*, 2/2004, p. 470.

⁴ *Ibid.*, p. 499.

⁵ G. Vesperini, *Le regioni e gli enti locali*, in L. Torchia (cur.), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, p. 245.

residuale) che si è abbinata al già citato costruttivismo del giudice costituzionale nella definizione delle regole del rapporto tra lo Stato e il sistema delle autonomie.

Dopo i primi anni di revisione, in buona sostanza, la dottrina perveniva a conclusioni positive sull'operato della giurisprudenza costituzionale a fronte dello scarso dato testuale e delle dinamiche ordinarie *in action* (diverse da quelle *in books*).

E infatti, riflettendo sul tema costituzionalistico delle prestazioni di unità, sulle funzioni di razionalizzazione e di pacificazione istituzionale svolte dalla Corte costituzionale come salda istituzione dell'unità, una attenta dottrina ha avuto modo di sottolineare come le funzioni di razionalizzazione e di pacificazione cui la Corte è stata chiamata ad assolvere sono state sollecitate soprattutto "dall'affrettato e convulso processo di riforma del nostro regionalismo culminato nella legge cost. n. 3 del 2001"⁶, rispetto al quale, "non credo vi sia un solo osservatore di questioni istituzionali che non riconosca alla Corte il merito di aver messo ordine in un edificio dalla struttura assai pericolante come quello del nuovo Titolo V, ponendo rimedio alle palesi insufficienze del testo riformato. Non sono mancati casi in cui la Corte è stata costretta ad effettuare addirittura degli interventi (assai raffinati) di 'chirurgia plastica', ma è ben difficile negare che è alla giurisprudenza che va il merito di aver infuso razionalità in un contenitore che ne difettava alquanto"⁷.

D'altra parte, proprio la giuridificazione del conflitto Stato-regioni ha determinato uno stemperamento dei toni del conflitto ed ha permesso di creare un filtro, e quindi filtrare attraverso la lente del diritto taluni, anche sostanziali, contrasti che difficilmente, in sede politica, avrebbero trovato la propria pacificazione stante il meccanismo presidenzialista di formazione degli indirizzi politici in forza delle legislazioni maggioritarie e delle torsioni presidenziali già segnalate.

A fronte di queste analisi (di storia costituzionale), gli sviluppi successivi (dal 2005 al 2011) della giurisprudenza della Corte hanno segnato la crisi di ritorno del regionalismo italiano. Se, come si era evidenziato al tempo, la Corte "negli ultimi tempi sembra aver perso quella sensibilità e quella cultura progettuale che erano state capaci di offrire una fisionomia decifrabile al Titolo V"⁸ che valutazione si può offrire oggi sulla fase attuativa di quegli anni?

Le condizioni degli anni 2001-2006 potevano essere coerenti con dinamiche cooperative (secondo un modello di Stato composto e non meramente garantista)?

Le logiche discorsive e inclusive (tra soggetti paritari) che parte della dottrina indicava in quegli anni come dovute, e le istituzioni deboli della cooperazione, potevano garantire la tenuta di un sistema delle competenze in assenza di una Camera delle regioni (e cioè non secondo schemi cooperativi 'per atti')?

In altri termini, era prevedibile ed evitabile la neutralizzazione del Titolo V negli anni 2006-2011?

Queste sono state, negli anni 2006-2011, le questioni centrali relative alle dinamiche (cooperative o garantiste) del sistema delle competenze, e dunque di uno degli assi fondanti il concreto modello di regionalismo autonomista.

Nelle sedi di discussione della dottrina costituzionale, il dibattito si è incentrato, in quegli anni, sui tentativi di stabilizzazione rispetto al criterio allocativo della potestà normativa e, più in generale, rispetto ad una ridefinizione di un principio unitario che potesse reggere lo Stato composto nei momenti di crisi (crisi istituzionale ed economica).

Sul tema, rilevante anche nella prospettiva della storia istituzionale e delle esperienze e modelli comparati, si svolgerà nel paragrafo che segue una notazione di carattere valutativo relativamente alla opportunità e desiderabilità di operare interventi di riforma (manutentivi e migliorativi) del testo (non svalutativi dello stesso).

⁶ M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in AA.Vv., *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, p. 413 ss.

⁷ *Ibid.*

⁸ R. Bin, *La legge regionale, tra 'rimaterializzazione' delle materie, sussidiarietà e resurrezione dell'interesse nazionale*, in *Ist. fed.*, 3-4/2009, p. 466.

3. Più politica vs più riforme

Con riferimento alla opportunità di operare riforme attraverso interventi di revisione puntuali e diacronici (il noto tema della riforma della riforma) si può richiamare in questa sede, in senso adesivo, quanto sottolineava Livio Paladin in fase di avvio del regionalismo relativamente alla questione delle materie regionali ("la Corte va mantenuta, per quanto possibile, estranea alle tensioni che essa non ha il modo di risolvere; mentre è il Parlamento che deve riassumere le proprie responsabilità"⁹).

Se rispetto alla questione in parola (più politica vs. più riforme), la valutazione è favorevole alla seconda opzione, segnalando le lacune politiche del primo decennio, quello che si può evidenziare a rinforzo della perdurante validità della tesi paladiniana ("è il Parlamento che deve riassumere le proprie responsabilità"), è il fatto che le scelte da compiersi nelle sedi delle istituzioni del pluralismo devono essere sorrette da una cultura costituzionale adeguata al tempo e memore dell'esperienza passata (una cultura dell'autonomia che non sia una ideologia dell'autonomia).

Una cultura costituzionale, si evidenzia, che deve evitare di cadere negli approcci che maggiormente insidiano la saggezza della decisione sulle riforme istituzionali.

Gli approcci insidiosi più diffusi tra quanti si occupano di questioni istituzionali, per come è stato evidenziato¹⁰, sono l'approccio irenico e quello meccanico.

Il primo segue l'indirizzo del costituzionalismo irenico e raggruppa le posizioni degli studiosi (e degli operatori) che, esaltando il tramonto della sovranità, sostengono che la stessa sarebbe stata sostituita dalla sovranità della costituzione o dalla sovranità dei valori, finendo così per "espungere il tema del potere dall'orizzonte scientifico del costituzionalismo"¹¹.

Il secondo approccio (che insidia una saggia valutazione delle questioni istituzionali) è definibile come il costituzionalismo meccanico (o ingegneristico). Tale approccio accomuna le posizioni di chi presume che le Costituzioni siano macchine e ipotizza la conoscibilità di leggi che governano gli effetti delle norme ritenendo che i problemi dei sistemi politici si possano risolvere modificando quelle regole. Ration per cui, mentre la cifra del secondo approccio è il pan-normativismo, la cifra del primo è il pan-giurisdizionalismo.

Se per il primo approccio la giurisprudenza costituzionale può definire tutti gli aspetti problematici dei rapporti istituzionali e può costruire regole, rapporti, condizioni e principi di azione, così garantendo quelle prestazioni di unità che razionalizzano le scelte della politica, per il pan-normativismo ogni aspetto delle istituzioni deve essere regolato, e le riforme devono essere incrementalì, continue e produttive *ex ante* di efficienza istituzionale.

Se il pan-giurisdizionalismo deresponsabilizza la politica (le istituzioni della rappresentanza e gli attori politici) caricando di responsabilità e sovraesponendo gli organi di garanzia, il pan-normativismo carica molto le istituzioni di governo costringendole in camicie di forza per le quali la governabilità deve prevalere sulla rappresentanza e la decisione sulla integrazione dialettica.

Il costituzionalismo meccanico, inoltre, dequota e sotto-determina le istituzioni e i soggetti della rappresentanza, o meglio considera e regola tali soggetti alla luce della loro funzionalità estrinseca senza curarsi della loro vita (e della loro vitalità) interna che è anch'essa produttiva di prestazioni di unità/integrazione, così come lo sono le istituzioni di governo e le istituzioni che circuitano i processi decisionali pubblici. Gli approcci meccanici, inoltre, agiscono principalmente sui partiti politici considerati nei loro profili prestazionali estrinseci e nei momenti elettorali, trascurando i profili interni dei partiti e trascurando altri soggetti formalmente esterni al circuito istituzionale ma rilevanti nei processi decisionali e nelle fasi integrative delle istituzioni e delle prestazioni di unità da queste garantite. Gli approcci meccanici, infine, agiscono sugli attori politici, sui partiti politici e sul sistema politico rafforzando esclusivamente la dimensione istituzionale. Il rafforzamento della esclusiva dimensione istituzionale finalizzato alla governabilità ed alla prevedibilità delle determinazioni non sempre genera una maggiore

⁹ L. Paladin, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amm.*, 3/1971, p. 31.

¹⁰ M. Luciani, *Il partito politico oggi*, in *Dem. e dir.*, 3-4/2010, pp. 163-169.

¹¹ *Ibid.*, cfr. anche *Id.*, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 4/2006, pp. 1643-1668.

funzionalità del sistema, ma anzi genera spesso paralisi istituzionali, degrado amministrativo, e difesa dello *status quo*.

Oltre i due approcci esiste, in verità, anche una terza modalità di approccio alle riforme che merita di essere stigmatizzata come l'insidia più pericolosa per chi si occupi di questioni istituzionali.

Tale modalità, a partire dal fallimento della Commissione Bicamerale del 1997, si è imposta come la modalità più praticata dalle forze politiche. Distinta dal noto uso congiunturale delle norme costituzionali, tale modalità può essere qualificata come una forma di approssimazione costituzionale opponibile alla ingegneria istituzionale e agli approcci meccanici rispetto ai quali costituisce un pericolo maggiore rispetto alla tenuta degli equilibri del sistema.¹²

In termini stringenti e severi rispetto alla approssimazione costituzionale più volte palesata dal legislatore, acuta dottrina¹³ ha stigmatizzato questo *modus operandi* che, utilizzando la costituzione in termini congiunturali le attribuisce tutte le responsabilità rispetto ai mali di funzionamento del sistema-paese. E infatti dovrebbe essere regolarità di comportamento da parte delle forze politiche seguire quella via per la quale se c'è qualcosa da evitare quando si tocca la Costituzione è di cedere alle pressioni contingenti e alla volontà tattica di ottenere un risultato immediato (e un effetto annuncio), senza considerare le conseguenze di lungo periodo delle decisioni e senza verificare se il problema effettivamente risieda nelle norme costituzionali.

Alla luce di quanto esposto, nel determinarsi e nel procedere sulla via delle riforme vanno esclusi tanto gli approcci irenici, tanto quelli meccanico-ingegneristici, tanto quelli approssimativi, in favore di approcci che potremmo chiamare realistici, o meglio ancora, riflessivi, critici e realistici.

In tale direzione si era posizionata, negli anni 2010-2011, la bozza Astrid sulla forma di Stato ("Forma dello Stato e Titolo V: la Repubblica delle autonomie") che formulava proposte di intervento manutentivo del testo costituzionale congruenti con una forma di coerente saggezza costituzionale consistente nel costruire una Repubblica solidale e cooperativa, basata sulla unitarietà dei diritti e sul dialogo tra le istituzioni.

In quella bozza i punti di intervento manutentivo del testo proposti erano relativi al rinforzo della garanzia del principio unitario attraverso un irrobustimento delle materie statali; alla strutturazione della leale collaborazione con norme costituzionali; all'accesso alla giustiziabilità delle leggi di maggioranza da parte della minoranza parlamentare; e infine, alla esplicitazione di una clausola di intervento legislativo, parlamentare e giustiziabile, simile al meccanismo concorrenziale contenuto nella Legge fondamentale tedesca all'art. 72 (riformato nel 2006).

Nel procedere sulla via delle riforme, l'approccio che va coltivato ed applicato dovrebbe essere quello che può essere definito come *realismo critico*.

Realismo critico che non può che fare riferimento alla lezione di Leopoldo Elia¹⁴ che, fin dalle Premesse agli *Studi di diritto costituzionale 1958-1966*, esplicitava sul piano metodologico la sua riconoscenza verso il Mortati nel momento in cui riconosceva che il Mortati gli insegnò "a comprendere e a non sottovalutare le situazioni che condizionano la dinamica delle istituzioni; mi insegnò un metodo di realismo critico"¹⁵.

Un metodo, si noti, non il metodo.

Ma cosa intendere per realismo critico, in ambito istituzionale? Assumendo le due figlie della ragione (Sapienza e Saggezza) come entrambe necessarie al discorso costituzionale, giova richiamare la qualificazione che del realismo critico dell'Elia ha tracciato Mario Dogliani¹⁶ per il quale il concetto può essere letto sotto due profili.

¹² Segnala tale aspetto V. Tondi della Mura, *Il pasticcio delle provincie*, in *astridonline.it*, 11/2011, che, con riferimento ai progetti di revisione costituzionale del tempo, sottolineava come "il vero pericolo per l'equilibrio del sistema costituzionale non provenga più dall'ingegneria istituzionale, bensì, più banalmente, dall'approssimazione istituzionale".

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Sul tema, M. Dogliani, *La lezione di Leopoldo Elia: l'uso non autoritativo della storia*, in M. Dogliani, (cur.), *La lezione di Leopoldo Elia*, Napoli, 2011, p. VII ss.

¹⁵ L. Elia, *Premesse*, in Id., *Studi di diritto costituzionale 1958-1966*, Milano, 2005, p. IX.

¹⁶ M. Dogliani, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2008, p. 899 ss.

Anzitutto, può essere letto come componente dell'esperienza morale "che conduce al riconoscimento dei principi del costituzionalismo attraverso la conoscenza dei fatti prodotti dalla loro negazione"¹⁷.

Sotto un secondo profilo, può essere letto come attenzione agli *exempla*. E infatti il realismo critico in tanto è riconosciuto in quanto l'Elia con il suo realismo costituisce, per il giurista, la "dimostrazione di un paradigma"¹⁸. Per spiegarne il senso Dogliani risponde all'interrogativo per il quale è da chiedersi se nella figura dell'Elia, il legame "tra il realismo critico, l'*affectio constitutionis* e la concezione paziente della politica"¹⁹ sia o meno un legame accidentale. A questo interrogativo risponde "Sicuramente anche" per poi sottolineare, chiudendo il ritratto del Maestro, come l'*unicum* rappresentato dalla sua vita è anche "la dimostrazione di un paradigma: il paradigma del carattere non necessariamente nichilistico del diritto"²⁰.

Se tutto quanto osservato può contribuire a esplicitare i passaggi metodologici e la *ratio procedendi* di una riflessione costituzionale propedeutica alle azioni di riforme della riforma delle istituzioni, possono richiamarsi, adesivamente, alcune notazioni sulla cultura dell'autonomia regionale e locale che sono circolate e circolano tra gli studiosi e tra gli attori politici (ed anche nell'opinione pubblica qualificata).

In tali notazioni ben si è evidenziato come se nessuno oggi in Italia oserebbe definirsi nemico dell'autonomia territoriale, il problema vero è semmai l'inverso, nel senso che l'opinione pubblica "ha una percezione del tutto evanescente del ruolo che lo Stato deve avere nel riequilibrio territoriale e nella interpretazione unitaria di interessi, diritti, doveri e bisogni"²¹. Altrettanto severe e condivisibili, sono poi le note relative alla cultura giuridica rispetto alla quale lo stesso A. nota come "anche tra gli studiosi l'idea di autonomia è ormai stabilmente radicata, ma soffre dei limiti del nostro tempo. In ambito regionalistico gli studiosi sembrano lasciarsi volentieri irretire da un rassicurante conformismo tecnicistico"²².

Epperò, una volta rilevati i difetti e le insufficienze della società civile e della dottrina, deve convenirsi con lo stesso A. allorché evidenzia le responsabilità delle forze politiche sottolineando come il più pericoloso nemico dell'autonomia territoriale sia la politica, in quanto gli stati composti "hanno bisogno di una sincera adesione al pluralismo istituzionale e di un basso tasso di demagogia populistica"²³.

L'analisi in questo paragrafo svolta si può concludere evidenziando realisticamente la debolezza nel Paese di una adesione *sincera* al pluralismo istituzionale che la Costituzione richiede; e ciò in quanto le esigenze di governo multilivello e il corretto funzionamento delle istituzioni della Repubblica, in uno Stato composto, formano un mosaico di funzioni e competenze che richiedono una "chiarezza di disegno" e un "ordine nella disposizione delle singole tessere"²⁴, non riscontrato nella esperienza italiana, nella quale, invece, la schizofrenia istituzionale, la frammentazione, la *maladministration* e l'occasionalismo interessato del legislatore e dell'amministrazione hanno raggiunto il parossismo anche in forza della parziale (cattiva) attuazione delle revisioni del 1999 e del 2001.

4. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto sopra evidenziato, l'esperienza dello Stato regionale come stato composto che subisce e reagisce alle crisi che gli si presentano (quelle del 2020-2022, e prima quelle del 2008-2011, e quelle del 1992), appare caratterizzata da lacune, errori, attuazioni parziali e aspettative non soddisfatte in forza di dati politici e di approcci di azione caratterizzati da meccanicismi, irenismi e approssimazioni a volte strumentali e non sorretti dal dovuto senso delle istituzioni (e dal dovuto 'senso dello Stato', derubricato quest'ultimo a mero fornitore di servizi e beni pubblici essenziali, neanche del tutto

¹⁷ *Ibid.*, p. 906.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ P. Ciarlo, *Il regionalismo visto da Pietro Ciarlo*, in *dirittiregionali.org*, 5 maggio 2011 (www.dirittiregionali.it/2011/05/05/il-regionalismo-visto-da-pietro-ciarlo/).

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

indivisibili in forza della opzione prevista dal comma terzo dell'art. 116 Cost.) che una classe dirigente di uno Stato composto maturo avrebbe dovuto dimostrare.

Non sarebbe inesatto sostenere quanto già nel primo decennio di attuazione delle riforme del 1998-1999 era possibile sottolineare circa le prospettive delle innovazioni costituzionali-territoriali, allorquando la riforma del regionalismo era considerata "ancora lontana dall'essersi tradotta in prassi politica"²⁵, con ciò alimentandosi, a ritmi crescenti, "una tensione vibrante fra un quadro costituzionale ispirato ai principi del più ampio autonomismo e una realtà ordinamentale restia ad adeguarvisi"²⁶.

Nella realtà della esperienza "la poesia della progettazione astratta, che aveva indotto taluni, con enfasi forse eccessiva, a ritenere ormai vicino un approdo federale"²⁷, ha lasciato il passo, negli anni, "alla realtà prosaica di un disegno autonomistico che, senza aver mai raggiunto il rigoglio della giovinezza, appare già vecchio e bisognoso di cure"²⁸.

Rispetto alla poesia della progettazione astratta e rispetto al governo multilivello degli interessi (generali e pubblici) in una forma di stato composto e pluralista, l'esperienza italiana dimostra che il sistema autonomistico (nella sua dinamica) e l'architettura istituzionale (nella sua statica) della Repubblica sono state solo abbozzate dalla Costituzione e dalle leggi ordinamentali, mentre le esigenze unitarie (nel quadro del governo multilivello) e le aspettative di coerenza e di funzionalità istituzionale avrebbero richiesto un'azione riformatrice di strutture e di procedure istituzionali (e di ceto politico) che purtroppo è mancata.

La riforma del 1999 si è imposta con la forza del fatto politico, mentre la riforma del 2001 è stata in larga parte abbandonata a se stessa generando una giungla istituzionale ed amministrativa in cui si sono moltiplicati i livelli di governo e sono proliferate – senza controllo e senza direzione strategica – le forme di governo e di gestione pubblica, il tutto senza alcuna chiarezza di disegno, e cioè senza specializzare i compiti, senza garantire i raccordi funzionali, senza definire meccanismi di arbitraggio.

Di questo processo di inattuazione/rarefazione hanno subito le conseguenze i cittadini, le istituzioni di prossimità (il governo locale), i sistemi territoriali deboli, il sistema delle imprese, i soggetti del terzo settore pur riguardati da una riforma di ampio respiro che li integra nel sistema istituzionale pubblico con istituti di collaborazione e di coprogettazione secondo il codice del terzo settore (d. lgs. n. 117/2017).

Cittadini, imprenditori e imprese, allo stato, godono di servizi pubblici sempre meno qualificati e diffusi con omogeneità sul territorio nazionale, mentre subiscono oneri tributari, pesi tariffari e gravami fiscali sempre maggiori.

In una situazione quale quella richiamata, e con i presupposti di esperienza del genere di quelli descritti, i governi tecnici non hanno garantito risultati al di sopra delle aspettative del Paese, anche se il caso del Governo Draghi, è stato diverso e peculiare rispetto ai Governi Ciampi (1993-1994), Dini (1995-1996) e Monti (2011-2013).

In questa sede, con riferimento alle esperienze esposte e all'architettura funzionale della Repubblica, si può auspicare *pro-futuro* che le scelte prossime di riforma istituzionale necessarie per il Paese siano assistite da una sana cultura delle istituzioni, da una rinnovata stagione del pubblico e da un sincero senso della responsabilità verso le generazioni future per come richiesto, alla luce del principio fondamentale di cui all'art. 9, dagli artt. 41 e 54 in combinato con gli artt. 48 e 49 della Costituzione, articoli che (nel loro complesso) fissano gli oneri dei governanti in combinato con le responsabilità di scelta dei governati.

Abstract

Il contributo analizza le riforme costituzionali dello Stato regionale italiano negli anni tra il 1999-2001 e il 2025.

²⁵ G. Scaccia, *Le prospettive di innovazione costituzionale*, Relazione al Convegno *Uno sguardo verso il futuro*, 12 gennaio 2009, Roma.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

Il saggio distingue diversi approcci possibili alle riforme istituzionali e propone quello definito come 'realismo critico'.

Parole-chiave: regioni, riforme, metodo

*

The paper analyses the constitutional reforms of Italy's regional state between 1999–2001 and 2025. It distinguishes among different possible approaches to institutional reform and advances one described as 'critical realism'.

Key-words: regions, reforms, method

Algoritmos, Inteligencia Artificial y procesos electorales: riesgos para el pluralismo político y la integridad democrática

Amalia LOZANO ESPAÑA*

Sumario. 1. Introducción 2. Desafíos sistémicos para las elecciones y el pluralismo electoral 3. La respuesta normativa europea frente a los riesgos democráticos de las plataformas digitales y la inteligencia artificial 4. El etiquetado obligatorio y sanciones por contenido IA no identificado en España e Italia 5. Conclusiones

1. Introducción

Las plataformas digitales y los motores de búsqueda se han transformado en espacios centrales para el debate público, configurando tanto la opinión pública como el comportamiento electoral. Estas tecnologías funcionan a través de algoritmos que operan como nuevos centros de poder, provocando la “destrucción de la política y el debilitamiento de los valores y los derechos constitucionales”¹. Sin embargo, estas no actúan de manera autónoma; detrás de ellas intervienen mayoritariamente grandes multinacionales con el objetivo de obtener beneficios económicos².

La aparición de las redes sociales ha representado una nueva tensión sobre los valores que propugna el constitucionalismo – aunque anteriormente ya habían empezado a entrar en disputa no solo interna, sino también externamente³ – pues estas suponen un “escaparate de las alternativas en materia de valores al tiempo que desarrollan y apuestan por sus propios valores”⁴. Como ya alertaba Castells (2008), “la emergencia de la autocomunicación de masa desintermedia a los medios y abre el abanico de influencias en el campo de la comunicación”⁵. En un contexto donde se mejora constantemente el envío y distribución de nueva información⁶, gracias a los sistemas algorítmicos se

* Contratada predoctoral por la Universidad de Granada en el Departamento de Derecho Constitucional y en cotutela con la Università di Bologna.

¹ Cfr. F. Balaguer Callejón, *La Constitución del Algoritmo. El difícil encaje de la Constitución analógica en el mundo digital*, en F. Balaguer Callejón y L. Cotino Hueso (coords.), *Derecho público de la inteligencia artificial*. Zaragoza (Fundación Manuel Jiménez Abad), 2022, p. 52.

² *Ibid.*, p. 52.

³ Por un lado, externamente la globalización, las empresas multinacionales y los organismos supranacionales comenzaron a limitar la soberanía estatal, sobre este tema véase: J. Habermas *La constelación posnacional*, 1998; L. Ferrajoli, *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, Madrid, 2011, mientras que la creciente judicialización de la política cuestionaba el equilibrio entre tribunales y parlamentos (cfr. B. Ackerman, *We the People, volumen I: Foundations*, Harvard, 1991; R. Hirschl, *Towards Juristocracy*, Harvard, 2004). A esto se sumó el auge del populismo, que en nombre de la voluntad popular socavaba las estructuras liberales (véase S. Levitsky y D. Ziblatt, *How Democracies Die*, Nueva York, 2018), y la incapacidad de las constituciones para garantizar efectivamente los derechos sociales frente a la desigualdad (cfr. T. Piketty, *El capital en el siglo XXI*, París, 2013).

⁴ A. Calahorra Aguilar, *Valores constitucionales y sociedad digital*, en *Revista da AJURIS-Qualis A2*, 49(152) /2022, p. 354.

⁵ M. Castells, *Comunicación, poder y contrapoder en la sociedad red (I). Los medios y la política*, en *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, 74/2008, p. 13.

⁶ *Ibid.*

consigue “maximizar el tiempo que los usuarios pasan en las plataformas para poder así extraer datos y posteriormente comercializarlos con fines publicitarios”⁷.

La intensa regulación del procedimiento electoral, especialmente en lo relativo a la campaña, respondía a una lógica de control previo. En la actualidad, las amenazas que originalmente se buscaban prevenir han quedado superadas o ya no constituyen los principales riesgos. Sin embargo, el debate se está suscitando en la influencia de las redes, incluyendo aspectos como la campaña, la propaganda política⁸, y el uso de tecnologías y algoritmos que pueden incidir en la formación de la voluntad popular. De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Bradshaw y otros contra Reino Unido*⁹ ha dictaminado que, aunque puedan difundir información directamente al electorado, también han hecho posible que actores hostiles propaguen desinformación a una escala y con una rapidez nunca vistas, suponiendo una amenaza significativa para la democracia. Por otra parte, comienza a postularse que el derecho constitucional se centre no solo en la perspectiva de los derechos, sino también en los deberes tal como plantea Zagrebelsky¹⁰.

La Inteligencia Artificial se ha insertado en esta compleja realidad y está alterando aún más el normal desarrollo de estos procedimientos, e incluso emergiendo como “potencial instrumento de toma de decisiones políticas y jurídicas”¹¹, interfiriendo en la “cadena de legitimidad en la que sus eslabones conecten con el principio democrático”¹². En este sentido, señala Rubio Núñez cómo la propaganda enviada a través de Inteligencia Artificial (en adelante IA) ha permitido mejorar la capacidad de envío de mensajes personalizados en redes, lo que ha provocado que se fragmente aún más el debate público¹³ y que el discurso político se centre mayoritariamente en aspectos más irracionales y sentimentales de las personas¹⁴. La publicidad política está suponiendo un grave riesgo ya que esta se inserta en la actualidad dentro de mensajes sin aparente contenido político mediante técnicas como el *scrolling*. Estos procesos constituyen el núcleo de funcionamiento de las nuevas plataformas como *TikTok*, las cuales están redefiniendo la sociedad no solo culturalmente, sino también política y jurídicamente¹⁵. Pero no se puede olvidar que estas plataformas, en gran parte, operan sobre datos¹⁶. Desde un punto de vista jurídico, el problema principal radica en que el uso de algoritmos y de nuevos sistemas de inteligencia artificial a partir de los datos que extraen del uso de estas plataformas, hacen que sean cada vez más predictivos permitiendo a través de las plataformas el envío de publicidad más personalizada. En el caso de los procesos electorales, esta lógica ha alimentado la información positiva que recibían sobre determinados candidatos y los mensajes negativos en contra de otros candidatos.

Los nuevos riesgos en las campañas electorales y la integridad de estos procesos se han señalado por parte de la Comisión Europea en las *Directrices para los proveedores de Plataformas en Línea de*

⁷ A. Barredo Artiguez, *El Reglamento Europeo de Servicios Digitales y la defensa de la democracia*, en *Revista de Derecho Político*, 122/2025, pp. 295–326.

⁸ L. Pegoraro, *¿Guardianes de las elecciones o garantes de la democracia?*, en L. Pegoraro, G. Pavani (coords.), *El guardián de las elecciones. El control electoral en perspectiva comparada*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2015.

⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), *Caso Bradshaw y otros c. Reino Unido*, núm. 15653/22, 22 de julio de 2025.

¹⁰ G. Zagrebelsky, *Derechos a la fuerza*, Madrid, 2023.

¹¹ Cfr. J.F. Sánchez Barrilao, *El Impacto de la Inteligencia Artificial en los procesos democráticos*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 43/ 2025.

¹² Id., *Inteligencia artificial y fuentes del derecho*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 39/2023.

¹³ Cfr. R. Rubio Núñez, *El uso de la inteligencia artificial en las campañas electorales y sus efectos democráticos*, en *Revista de Derecho Político*, 122/2025, p. 65 ss.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Véase sobre la influencia del algoritmo en el derecho constitucional: F. Balaguer Callejón (2022). *La Constitución del algoritmo*, Zaragoza (Fundación Giménez Abad).

¹⁶ S. Finn, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, en *Analisi Giuridica dell'Economia*, 18(1)/2019, pp. 110-111.

*Muy Gran Tamaño y Motores de Búsqueda en Línea de Muy Gran Tamaño*¹⁷. Estos se especifican a continuación, sin obviar que la Comisión ha indicado que no es una lista cerrada: “la proliferación de discursos de odio ilegales en Internet, las amenazas vinculadas a la manipulación y a la injerencia informativa extranjera (“FIMI”), así como el fenómeno más amplio de la desinformación, la difusión de contenidos extremistas (violentos) y aquellos orientados a la radicalización de las personas, junto con la propagación de materiales generados mediante nuevas tecnologías, como la inteligencia artificial generativa”¹⁸. Las elecciones en Rumanía han sido un ejemplo de los nuevos riesgos sistémicos para la integridad de los procesos electorales y el pluralismo político. Anteriormente, el caso *Cambridge Analytica* mostró ya las posibilidades de manipulación encubierta del comportamiento electoral mediante técnicas de microsegmentación, psicografía y generación de contenidos sin trazabilidad.

Ante los riesgos que plantea el uso de la publicidad y el envío de mensajes personalizados durante las campañas electorales, se han diseñado marcos normativos a nivel europeo¹⁹, a la par que los Estados miembros están reaccionando con sus propias regulaciones²⁰, surgiendo mecanismos de moderación e intervención que aseguren el interés general para garantizar el pluralismo político y la democracia²¹. Es este contexto donde se encuadra el presente trabajo. En él se profundiza, a partir de estas manifestaciones que han tenido un impacto en el núcleo de nuestras democracias, en la nueva regulación destinada a delimitar esa dimensión pública que han adquirido las plataformas.

El artículo trata de analizar cómo la irrupción de las plataformas digitales, los motores de búsqueda y, especialmente, los sistemas de IA aplicados a la publicidad política personalizada han transformado el espacio público de debate, generando nuevos riesgos para la integridad electoral y el pluralismo político. Examina el papel de los algoritmos en la creación de *filter bubbles*, *echo chambers* y flujos informativos hipersegmentados que pueden condicionar el comportamiento electoral, los cuales se han amplificado con nuevas plataformas como *TikTok*, así como las implicaciones constitucionales y jurídicas de estas prácticas: en particular, en cómo está afectando a los procesos electorales. Se ha elegido su análisis desde dos ámbitos, el nacional y el europeo, ya que en la actualidad la problemática que plantean estos mecanismos supera los confines del Estado-nación, afectando a los procesos democráticos en diferentes niveles nacionales, regionales y supranacionales. De este modo se examinará el marco normativo europeo – incluidos el Reglamento de Servicios Digitales, el Reglamento de Inteligencia Artificial y la futura Ley española de IA²² –, destacando sus mecanismos de supervisión, transparencia y sanción, y señalando los desafíos que persisten en la protección de derechos fundamentales y en la coordinación entre autoridades competentes. En este sentido, se utilizarán referencias a la reciente aplicación de la normativa europea en Rumanía. En cuanto al ámbito nacional se profundizará en la propuesta de regulación de la inteligencia artificial con algunas referencias de derecho comparado a la nueva legislación italiana sobre esta cuestión.

¹⁷ Commission Guidelines for providers of Very Large Online Platforms and Very Large Online Search Engines on the mitigation of systemic risks for electoral processes, (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/guidelines-providers-vlops-and-vloses-mitigation-systemic-risks-electoral-processes>).

¹⁸ *Ibid*, apartado primero.

¹⁹ Véase: Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. El Reglamento (UE) 2022/2065 conocido la Ley de Servicios Digitales. Reglamento (UE) 2022/1925 conocido como la Ley de Mercados Digitales (DMA). Especialmente, el Reglamento (UE) 2024/900 sobre transparencia y segmentación de la publicidad política adoptado en marzo de 2024, entrada en vigor a partir de otoño de 2025. Hay que mencionar, también, el Plan de Acción para la Democracia Europea, COM (2020) 790 final.

²⁰ Ejemplos, en Francia, la *Loi n° 2018-1202 relative à la manipulation de l'information*. En Alemania, la ley conocida como *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG) (2017).

²¹ V.J. Vázquez Alonso, *La obsolescencia probable*, cit.

²² Reglamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). Ley de Inteligencia Artificial, regulada en el Reglamento (UE) 2024/1689, versión del Diario Oficial de 13 de junio de 2024. También, el anteproyecto de ley para el buen uso y la gobernanza de la Inteligencia Artificial, actualmente en fase de consulta pública (<https://avance.digital.gob.es/es-es/Participacion/Paginas/DetalleParticipacionPublica.aspx?k=468>).

2. Desafíos sistémicos para las elecciones y el pluralismo electoral

Los nuevos riesgos en las elecciones son un ejemplo más de cómo la globalización y la digitalización han provocado dos consecuencias en el constitucionalismo sobre los derechos: por un lado, se ha pasado a un escenario global a través de las redes sociales y de flujos de comunicación; y, por otro lado, se han trasladado desde la esfera pública a una privada²³. Una de las consecuencias directas de esta nueva realidad digital afecta al pluralismo político, uno de los principios esenciales de nuestros sistemas democráticos; como advierte García Sanz (2019), puede verse distorsionado por “una manipulación de los datos en la Red”²⁴.

Este estudio parte de una perspectiva interdisciplinaria, entendiendo que el Derecho, y en particular el constitucional comparado, debe incorporar los aportes de la Ciencia Política y la Psicología²⁵, especialmente en el análisis de fenómenos contemporáneos como la propaganda política desarrollada a través de las redes sociales y los sistemas de inteligencia artificial.

Los fenómenos de desinformación constituyen un catalizador de la polarización, reduciendo el pluralismo informativo y, en consecuencia, disminuyendo la calidad democrática²⁶. La desinformación incluye noticias falsas (*fake news*) – contenidos inventados con intención de engañar²⁷ –, *misinformation* – información engañosa, es decir, datos incorrectos difundidos a diferencia de las *fake news* sin intención deliberada²⁸ –, las *deepfakes* – uso de IA para generar imágenes, audios o vídeos falsos que simulan declaraciones o conductas de figuras políticas²⁹ – y microsegmentación opaca – mensajes dirigidos a grupos muy específicos basados en perfiles psicológicos o ideológicos –.

El caso *Cambridge Analytica* evidenció ya los riesgos de manipulación de los datos con consecuencias en el funcionamiento de los procesos democráticos de varios países³⁰. En este caso, se situó en el centro de la cuestión, pues se pusieron de manifiesto nuevos riesgos para las democracias. Primero, la emergencia de las campañas *data-driven*, es decir, se pasa de campañas de persuasión masiva a unas campañas basadas en análisis de datos para identificar “quién es persuadible”³¹ y enviarle mensajes específicos; segundo, la cuestión de la personalización del contenido político mediante la utilización de las técnicas de la psicografía en los votantes – una aproximación psicológica de la personalidad mediante la utilización de encuestas online³² –; y tercero, *el clustering* – mediante la combinación de técnicas algorítmicas y la huella digital que dejan los usuarios en redes sociales³³ –. De esta forma se consiguió el perfilado ideológico de miles de votantes³⁴.

²³ F. Balaguer Callejón, *Data protection and the transformation of rights in the digital society*, en *UNIO – EU Law Journal*, 10(1)/2024, p. 3 ss.

²⁴ R.M. García Sanz, *Tratamiento de Datos Personales de las opiniones políticas en el marco electoral: todo en interés público*, en *Revista de Estudios Políticos*, 183/2019, p. 129 ss.

²⁵ L. Pegoraro, *El método comparativo*, en L. Pegoraro, *Sistemas constitucionales comparados*, 2025, p. 26.

²⁶ J.A. Tucker, A. Guess, P. Barbera, C. Vaccari, A. Siegel, S. Sanovich, D. Stukal, B. Nyhan, *Social Media, Political Polarization, and Political Disinformation: A Review of the Scientific Literature*, Hewlett Foundation Report, 2018.

²⁷ Véase: S. Vosoughi, D. Roy, S. Aral, *The spread of true and false news online*, en *Science*, 359(6380) /2018, pp. 1146-1151. En línea opuesta, H. Allcott, M. Gentzkow, *Social media and fake news in the 2016 election*, en *Journal of Economic Perspectives*, 31(2) /2017, p. 211 ss. Estos autores han demostrado que las redes sociales no aceleraron de forma sustancial la polarización ideológica en Estados Unidos y que el impacto de las *fake news* en las elecciones fue, en términos de voto, marginal.

²⁸ C. Wardle, H. Derakhshan, *Information Disorder: Toward an Interdisciplinary Framework for Research and Policy Making*, Council of Europe Report, 2017.

²⁹ D. Fallis, *The Epistemic Threat of Deepfakes*, en *Philosophy & Technology*, 34(1) /2021, p. 623 ss.

³⁰ Véase: C.J. Bennett, D. Lyon, *Data-driven elections: Implications and challenges for democratic societies*, en *Internet Policy Review*, 8(4)/2019.

³¹ E. Hersh, *Hacking the Electorate: How Campaigns Perceive Voters*, Cambridge, 2015.

³² Caso Cambridge Analytica mediante la utilización de encuestas como el *Test Ocean*.

³³ Cfr. J.C. Hernández Peña, *Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos*, en *Revista española de derecho constitucional*, 124/2022, pp. 48-49.

³⁴ Se ha señalado que 50 millones de usuarios de Facebook mediante una app denominada *This Is Your Digital Life*, creada por el académico Aleksandr Kogan. Aunque solo unas 270 000 personas participaron directamente, se obtuvieron datos de sus contactos gracias a la API de Facebook. De esos 50 millones, aproximadamente 30 millones fueron usados para crear perfiles

En primer lugar, estos procesos se amplifican mediante el uso de *bots* o el envío de mensajes automatizados, y se combinan con las llamadas *echo chambers* y las *filter bubbles*. Las *echo chambers* se caracterizan por reforzar y magnificar los mensajes dentro de un espacio cerrado, aislándolos de cualquier refutación³⁵. Por su parte, las *filter bubbles* surgen de la personalización algorítmica: las plataformas digitales, a través de decisiones automatizadas sobre la presentación de contenidos, crean un espacio personal para cada usuario de contenido que recibe³⁶; el usuario no elige la información, sino que recibe aquella adaptada a su comportamiento en línea³⁷. Las consecuencias de estos fenómenos son que reducen la diversidad de contenidos y que los usuarios reciben información afín a sus intereses afectando, en concreto, a la capacidad de distribución y a la demanda de comunicación en un entorno caracterizado por una amplia oferta de medios³⁸. En el contexto de estos mensajes políticos personalizados, resulta más complicado detectar la desinformación, debido a que el número de mensajes recibidos y noticias enviadas veraces se entremezcla con los debates políticos diseñados con la intención de desinformar³⁹.

En segundo lugar, para entender el perfilado ideológico, debe partirse de cómo la propaganda política, entendida como aquel contenido que incluye “mensajes con relevancia electoral”⁴⁰, se ha transformado en el entorno mediático digital. En un ecosistema donde el público puede elegir entre gran variedad de contenidos, la publicidad política ha demostrado ser, en muchos casos, el único contacto con la información política de muchos ciudadanos poco motivados. De este modo, los *spots* políticos tienen más alcance que las noticias tradicionales⁴¹. La problemática de esta propaganda política personalizada surge de la utilización de algoritmos con *big data* que permiten perfilar psicoideológicamente a los ciudadanos. El pluralismo se ve afectado porque la competencia entre partidos ya no se da en torno a programas políticos abiertos, sino en la explotación de las debilidades

psicográficos en base al modelo de personalidad *Big Five* (OCEAN), combinándolos con otros registros para segmentar votantes con alta precisión (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-49093124>).

³⁵ Cfr. K.H. Jamieson, J.N. Cappella, *Echo chamber: Rush Limbaugh and the conservative media establishment*, Oxford-Nueva York, 2008, p. 76. Lo definieron como “un espacio mediático delimitado y cerrado que tiene el potencial de magnificar los mensajes transmitidos en su interior y aislarlos de cualquier refutación” (p. 76).

³⁶ Cfr. E. Pariser, *The filter bubble: How the new personalized web is changing what we read and how we think*, Penguin, Londres, 2011, p. 10. Las *filter bubbles* aluden, como señala la autora, a la personalización algorítmica de los contenidos, que genera “un universo único de información para cada uno de nosotros” (p. 10). Esto reduce la diversidad informativa y ofrece al usuario noticias más afines.

³⁷ A. Ross Arguedas, C. Robertson, R. Fletcher, R. Nielsen, *Echo chambers, filter bubbles, and polarisation: a literature review*, Reuters Institute for the Study of Journalism, 2022, p. 11.

³⁸ La discusión sobre estos fenómenos está abierta en cuanto a su papel en las elecciones: así parece demostrarse en el papel determinante de la autoselección; es decir, las personas siguen eligiendo contenidos en función de sus intereses y afiliaciones, lo que incrementa la polarización afectiva, más vinculada a emociones y actitudes hacia los otros que a una polarización ideológica estricta, véase: A. Bruns, *Are Filter Bubbles Real?*, Cambridge, 2019, planteó ha argumentado que esta visión es exagerada, ya que la mayoría de los usuarios sigue expuesta a contenidos variados y que la polarización responde más a dinámicas de auto-selección que a una selección algorítmica. Frente a estas posiciones más escépticas, S. Messing, S.J. Westwood, *Selective exposure in the age of social media: Endorsements trump partisan source affiliation when selecting news online*, en *Communication Research*, 41(8)/2014, p. 1042 ss., evidenciaron que los algoritmos de recomendación condicionan la percepción política de los votantes, moldeando tanto sus actitudes como su exposición a la información. De manera complementaria, D. Massand, N. Nath, *Filter bubbles and the Brexit surprise effect*, en *arXiv*, 2018, explican cómo estas burbujas informativas contribuyen al llamado “factor sorpresa” en procesos como el Brexit, al generar una percepción distorsionada de la opinión pública. En conjunto, la literatura muestra una tensión entre quienes consideran las *filter bubbles* un elemento central en la transformación de las elecciones y quienes relativizan su impacto directo sobre el voto, aunque existe consenso en que sí influyen en la calidad del debate público y en el pluralismo democrático. Junto con otros que hablan de una polarización afectiva, cfr. K. O'Hara, D. Stevens, *Echo chambers and online radicalism: Assessing the Internet's complicity in violent extremism*, en *Policy & Internet*, 7(4)/2015, pp. 401-422.

³⁹ M. Brkan, *The regulation of data-driven political campaigns in the EU: from data protection to specialized regulation*, en *Yearbook of European Law*, 41/2022, p. 348 ss.

⁴⁰ O. Muñoz Sánchez, *La regulación de las campañas electorales en la era digital: desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2020.

⁴¹ M. Prior, *News vs. entertainment: How increasing media choice widens gaps in political knowledge and turnout*, en *American Journal of Political Science*, 49(3)/2005, p. 577 ss.

individuales de los votantes⁴². El pluralismo político debe entenderse no solamente desde la óptica individual de elección, manifestación de diversas posiciones ideológicas y concurrencia de distintos grupos, sino también en la capacidad de acceso de los diversos grupos sociales al proceso político y a difundir su programa electoral de manera libre, no solamente entre sus propios votantes estrechamente unido a la libertad política como elemento de esta⁴³.

La tercera cuestión, una vez analizados el perfilado ideológico y la desinformación, es la microsegmentación de mensajes políticos sobre temas sensibles⁴⁴. Frente a la concepción clásica de una opinión pública que se forma mediante el contraste abierto de diferentes puntos de vista – incluso erróneos –, asistimos hoy a la configuración de un espacio múltiple y fragmentado⁴⁵, en el que resulta cada vez más difícil articular consensos generales. La microsegmentación opera mediante el envío de mensajes dirigidos, elaborados tras el perfilado previo de los votantes, con el fin de identificar temas de conflicto y diferenciarlos entre grupos específicos de votantes. Este mecanismo conduce a que el debate público quede artificialmente reducido a dichos asuntos, lo que implica una limitación del “mercado de las ideas”⁴⁶, pilar fundamental en una sociedad democrática y pluralista.

Estos tres procesos no deben confundirse; por un lado, se encuentran el perfilado ideológico, por otro, las campañas de desinformación y, diferente a estos dos, se encuentra la microsegmentación. Así, se debilita el pluralismo político, se incrementa la polarización y se transforma la condición misma del ciudadano: el sujeto constitucional, titular de derechos y libertades, pasa a ser reconvertido en un usuario consumidor⁴⁷, e incluso en un objeto mercantilizado, al explotarse y comercializarse sus datos personales como insumo central de la propaganda electoral⁴⁸.

Estas técnicas se han perfeccionado con la incorporación de la IA predictiva, que permite la introducción del *scrolling* en las plataformas digitales⁴⁹ a través del rastreo de sus preferencias. A diferencia de los algoritmos probabilísticos, la IA se basa en algoritmos predictivos – especialmente el *machine learning* y el *deep learning* – que aprenden de los datos para identificar patrones y tomar decisiones reproduciendo así una capacidad propia de la inteligencia humana⁵⁰. Dichas herramientas influyen directamente en la publicidad electoral difundida en redes sociales, dentro de campañas que combinan usuarios voluntarios o pagados con el uso de *bots* automatizados para amplificar mensajes. El fenómeno del *scrolling*, al interactuar con los algoritmos de recomendación, permite que determinados contenidos se posicionen con mayor frecuencia en los *feeds* de grupos concretos, reforzando la exposición selectiva. Esta dinámica incrementa la polarización, dado que los individuos filtran y eligen aquellos contenidos que confirman sus propias creencias, lo que a su vez intensifica los sesgos cognitivos en la forma en que interpretan y recuerdan la información política⁵¹. En estos casos, se utilizan los algoritmos predictivos que actúan a través de los propios histo-

⁴² M. Brkan, *The regulation of data-driven political campaigns in the EU*, cit., pp. 348-373.

⁴³ M. Sánchez Azpitarte, *Constitución del pluralismo y método jurídico*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 21/2008, pp. 451-452.

⁴⁴ J.C. Hernández Peña, *Campañas electorales, big data y perfilado ideológico*, cit., p. 50.

⁴⁵ R.M. García Sanz, *Tratamiento de Datos Personales de las opiniones políticas en el marco electoral: todo en interés público*, en *Revista de Estudios Políticos*, 183/2019, p. 129 ss.

⁴⁶ Oliver Wendell Holmes Jr., “dissenting opinion”, en *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), donde el juez introdujo la metáfora del mercado de las ideas al sostener que la libertad de expresión constituye el mejor medio para que la verdad prevalezca en la libre competencia de las opiniones.

⁴⁷ A. Aguilar Calahorra, *El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor*, en *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Valencia, 2016, p. 489 ss.

⁴⁸ F. Balaguer Callejón, *Data protection and the transformation of rights in the digital society*, en *UNIO – EU Law Journal*, 10(1)/2024, p. 3 ss.

⁴⁹ K. Karimi, R. Fox, *Scrolling, simping, and mobilizing: TikTok's influence over Generation Z's political behavior*, en *The Journal of Social Media in Society*, 12(1)/2023, pp. 199-200.

⁵⁰ M.A. Presno Linera, A. Meuwese, *La regulación de la inteligencia artificial en Europa*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 54/2024, p. 140.

⁵¹ J.G. Bullock, A.S. Gerber, S.J. Hill, G.A. Huber, *Partisan bias in factual beliefs about politics*, en *NBER Working Paper*, 19080/2013, pp. 27-30.

riales de búsqueda de los usuarios⁵². Este fenómeno intensificado por la emergencia de nuevas plataformas como TikTok, ha creado incluso una sección donde ya no aparecen los usuarios que sigues, sino un “para ti” en el que solo aparecen recomendaciones.

En estas recomendaciones se entremezcla una amplia gama de contenidos políticos, que aparecen no solamente con un tono serio sino camuflado a través de “memes” o con música⁵³, bombardeando al usuario de nuevo contenido dirigido o *targeted content*. Especialmente esto acontece en ciertos grupos poblacionales, como son los más jóvenes, la llamada Generación Z, donde acceden a un discurso político predominantemente seleccionado. Las elecciones presidenciales de 2024 en Estados Unidos se han visto condicionadas por la distribución masiva de vídeos que han influido en la intención de voto. Lo más preocupante de estos vídeos de entre 15 y 60 segundos es que han hecho que TikTok se convierta en la plataforma donde las nuevas generaciones se informen, creando una “brecha de información cada vez mayor a medida que las personas recurren a noticias más cortas y rápidas”⁵⁴. Esta plataforma supera incluso a Facebook y se sitúa a la par que Instagram en popularidad⁵⁵.

La emergencia de la IA también tiene otros efectos, entre ellos la trazabilidad, como consecuencia de la mayor autonomía y autoaprendizaje que permite generar un elevado número de recomendaciones, decisiones y contenidos sin supervisión directa; ello puede tener graves consecuencias para la opinión pública y los procesos electorales. En la actualidad es difícil identificar cómo un sistema algorítmico llega a determinadas conclusiones o recomendaciones, lo que impide detectar sesgos o manipulación durante las campañas electorales. Además, estas recomendaciones pueden tener un impacto social muy elevado al influir sobre la percepción de candidatos o partidos mediante generación masiva de contenido y, en particular, las *deepfakes*, las cuales se han intensificado a través de la generación de imágenes y discursos políticos mediante IA que, en numerosas ocasiones, son atribuidos a políticos reales, desdibujando la frontera entre la realidad y la ficción. Las consecuencias constitucionales son que el debate político se diluye, lo que provoca el aislamiento de los votantes y el refuerzo de ciertas posiciones políticas extremas. Al mismo tiempo, se produce una limitación de la diversidad de pensamientos y la búsqueda del consenso. Además, las figuras de referencia son conformadas por personajes públicos con tendencias ideológicas similares. De este modo, el desplazamiento de la deliberación hacia el espacio digital no equivale a su reproducción en otro medio, sino a su fragmentación. La política en red tiende a atomizar la esfera pública, sustituyendo la copresencia por la conexión, el debate por la interacción y la comunidad por la agregación⁵⁶. La difusión de desinformación puede suprimir la participación política, generando desconfianza hacia las instituciones e impidiendo la participación informada⁵⁷. En este sentido, las redes no son las nuevas plazas, sino espacios de circulación discursiva desanclados del tiempo y el lugar⁵⁸.

⁵² Como demostraron inicialmente estos autores con Facebook, como este conocimiento aumentaba la satisfacción con el producto que les aparecía en su *Feed*, M. Eslami, A. Rickman, K. Vaccaro, A. Aleyasen, A. Vuong, K. Karahalios, K. Hamilton, C. Sandvig, “I always assumed that I wasn’t really that close to [her]”: Reasoning about Invisible Algorithms in News Feeds, en *Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems*, 2015, pp. 153-162.

⁵³ Los vídeos incluían desde el conflicto de Rusia, una campaña contra el uso de las mascarillas.

⁵⁴ K. Karimi, R. Fox, *Scrolling, simping, and mobilizing*, cit., pp. 199-200.

⁵⁵ También la participación política se transforma hacia el *clicktivismo*, con acciones como compartir o dar “me gusta” que, gracias al *storytelling* y a referentes cercanos, conectan con los jóvenes. Aunque se cuestiona su impacto real y la sobreexposición informativa, estas plataformas actúan como catalizadores de movilización y concienciación rápida. Ejemplos representativos de movimientos activistas en redes: *Black Lives Matter (BLM)*, *Blackout Tuesday*, el movimiento feminista, y las protestas anticorrupción en Chile (2019). Véase: K. Karimi, R.L. Fox, *Scrolling, simping, and mobilizing*, cit., p. 181 ss.; M.S. Hassan, S.N. Allam, Z.M. Azni, M.H. Khamis, *Social Media and Political Participation Among Young People*, en *Jurnal Sains Sosial*, 1/2016, p. 101 ss.

⁵⁶ S. Bagni, S. Baldin, F. Rinaldi, M. Rinaldi, G. Pavani, *La organización del Estado*, en L. Pegoraro, A. Rinella (dirs.), S. Ragone, (coord.), *Derecho constitucional comparado. Sistemas constitucionales*, Turín, 2022, vol. A, p. 100.

⁵⁷ De esta manera, ha concluido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta) en el *Caso Bradshaw y otros c. Reino Unido*, núm. 15653/22, 22 de julio de 2025.

⁵⁸ *Ibid.*

3. La respuesta normativa europea frente a los riesgos democráticos de las plataformas digitales y la inteligencia artificial

Las nuevas plataformas digitales están siendo el medio para la proliferación de estos fenómenos; como advierte Balaguer Callejón, al asentarse estas sobre modelos de negocio orientados a la captación del público con fines publicitarios y que muestran una tendencia al monopolio y oligopolio, no pueden ser verdaderos instrumentos de participación democrática⁵⁹. Sin embargo, en la actualidad es el espacio donde se producen la mayor parte de las comunicaciones y son esenciales a fin de que un partido político pueda continuar en el proceso electoral; para que tengan la potencialidad de ser verdaderos espacios para la participación democrática, es necesaria una intervención pública. Ante estos riesgos en las elecciones, el derecho público se ha visto en la necesidad de actualizar e incluso de crear nuevos conceptos; en este sentido, como ya advertía Sánchez Barrilao, el Derecho no puede seguir limitándose a ir al “rebufo del progreso tecnológico”⁶⁰. Además, esta nueva normativa no debe quedar confinada al ámbito territorial de un solo Estado, dada la naturaleza transnacional de los actores implicados en el ecosistema digital⁶¹.

En la actualidad, la dificultad del objeto – la IA – por su carácter tan técnico, ha planteado preocupaciones en torno al principio democrático y la garantía del pluralismo. Las nuevas respuestas regulatorias de la UE han pasado por fomentar más transparencia y rendición de cuentas en el espacio digital, así como la introducción del “*hard law*” europeo. Como ya advertía García Mahamut no se puede confiar únicamente “ni en la autorregulación empresarial, no digamos de las grandes tecnológicas, como medio eficaz, efectivo y en buena parte suficiente para garantizar los derechos en juego de los ciudadanos”⁶². En un primer momento, la UE reguló los riesgos del mundo digital a través de la protección de datos personales, especialmente con el Reglamento General de Protección de Datos⁶³ (en adelante RGPD), el cual estableció principios de licitud, transparencia y finalidad, prohibió el tratamiento de datos sensibles (como opiniones políticas o creencias ideológicas de acuerdo con el art. 9.1 RGPD) y solo lo permitió bajo estrictas excepciones (art. 9.2 RGPD), buscando así garantizar la privacidad y evitar usos abusivos de los datos, incluidos en contextos electorales.

Desde instituciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se ha construido una serie de principios sobre Inteligencia Artificial en la declaración de 2019 y actualizados en 2024⁶⁴, señalando la necesidad de que la IA respetara los valores democráticos. Así, la Recomendación de la Unesco sobre ética de la Inteligencia Artificial (2021)⁶⁵ abogaba por la atención a los colectivos vulnerables y alfabetización digital, relevante para proteger el voto informado⁶⁶. También está el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre IA, Derechos Humanos, Democracia y

⁵⁹ F. Balaguer Callejón, *Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32/2019, p. 1 ss.

⁶⁰ J.F. Sánchez Barrilao, *El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional*, en *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 64(2)/2016, p. 225 ss.

⁶¹ S. Sassi, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, en *Analisi Giuridica dell'Economia*, 18(1)/2019, p. 109 ss.

⁶² R. García Mahamut, *Elecciones, protección de datos y transparencia en la publicidad política: la apuesta normativa de la UE y sus efectos en el ordenamiento español*, en *Revista española de la transparencia*, 17/2023, p. 103.

⁶³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016.

⁶⁴ Véase el documento de la OCDE (<https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0449>).

⁶⁵ Aprobada en noviembre de 2021 por consenso entre los 193 Estados miembros. Este es el primer instrumento normativo global en ética de IA.

⁶⁶ También, hay que señalar el proceso de IA de Hiroshima (2023) donde se reconoce la necesidad de mitigar los riesgos para proteger a los individuos, el Estado de Derecho y los valores democráticos a través de la creación de una serie de principios internacionales. Asimismo, La Declaración de Bletchley que establece una colaboración internacional para mitigar riesgos de IA; en ella se advierte sobre los riesgos de la IA en los procesos democráticos y la necesidad de garantizar pluralismo, transparencia y supervisión para evitar que estas tecnologías comprometan la integridad electoral. Véase: Declaración de Bletchley (2025), *The Bletchley Declaration by Countries Attending the AI Safety Summit, 1-2 November 2023*, Policy Paper, actualizada el 13 de febrero de 2025 (<https://www.gov.uk/government/publications/ai-safety-summit-2023-the-bletchley-declaration/the-bletchley-declaration-by-countries-attending-the-ai-safety-summit-1-2-november-2023>).

Estado de Derecho⁶⁷ (2024) que es un tratado, aún en espera de plena ratificación. Este establece obligaciones para proteger derechos humanos y procesos democráticos frente a la IA, y crea mecanismos de cooperación, supervisión y recursos legales para gestionar riesgos y garantizar transparencia.

El *Digital Services Act*⁶⁸ vino a establecer a nivel europeo obligaciones sobre los proveedores de contenido en grandes plataformas digitales y motores de búsqueda. Para ello, sus artículos 34 y 35 DSA, determinan una obligación de evaluar riesgos sistémicos; en concreto, el art. 34.1.c DSA señala que se debe evaluar cualquier riesgo sistémico que produzca un “efecto negativo real o previsible sobre el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública”. En consecuencia, los factores de riesgo sistémico relacionados con los procesos electorales incluyen la manipulación de la plataforma y la publicidad encubierta. El art. 35 DSA establece una obligación de aplicar medidas razonables, proporcionadas y eficaces para mitigar estos riesgos. Además, esta normativa introducía una serie de obligaciones de acuerdo con los arts. 27 y 38 de la DSA que exigen transparencia sobre los parámetros principales de los sistemas de recomendación y la opción de ofrecer sistemas sin personalización algorítmica⁶⁹. La publicidad política en línea específicamente es regulada en los arts. 36 y 39 DSA, donde se incluye una serie de obligaciones de transparencia en la publicidad, como es el envío de la publicidad política y el perfilado ideológico. Esto se complementa con los arts. 36 y 48 DSA que incluyen mecanismos de respuesta ante crisis provocadas, por ejemplo, por campañas masivas de desinformación o manipulación extranjera.

A raíz de esta situación, la Comisión, de acuerdo con el art. 35.3 del DSA, publicó una serie de directrices donde recomendó cómo mitigar los riesgos sistémicos *online* que pueden impactar en la integridad de las elecciones en la que incluyó la específica guía para las Elecciones Europeas de junio⁷⁰. En abril de 2024, la Comisión Europea utilizó sus nuevas facultades bajo la DSA, que están estrechamente vinculadas con el Reglamento de Inteligencia Artificial para realizar una prueba a plataformas como Google, Facebook, TikTok, YouTube, X, Snapchat, Instagram y Bing, coordinadores de servicios digitales y organizaciones de la sociedad civil para analizar cómo estaban preparadas frente a la manipulación electoral y la posible injerencia en las elecciones europeas⁷¹.

Estas pruebas consistían en una serie de escenarios ficticios que simulaban casos pasados. A la vista de estos fenómenos y con las próximas elecciones que estaban pendientes, las del Parlamento Europeo de 2024, este documento era un llamamiento a que las plataformas intentaran mitigar estos riesgos específicos. Teniendo en cuenta sus efectos en los derechos en el ámbito europeo como es la dignidad humana, el respeto a la vida privada y familiar, la protección de datos personales, la libertad de expresión e información – incluida la libertad y el pluralismo de los medios –, la libertad de asociación y la libertad de empresa en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, esta ha sido criticada como “una suerte de regulación horizontal de los derechos, una intervención desde la lógica económica del mercado interior que puede llegar a desnaturalizarlos”⁷². Esta normativa, por

⁶⁷ El Convenio Marco sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho, que se abrió a la firma durante la conferencia de Ministros de Justicia del Consejo de Europa celebrada en Vilna el 5 de septiembre de 2024 y ha sido firmado por Andorra, Georgia, Islandia, Noruega, Moldavia, San Marino, el Reino Unido, Israel, Estados Unidos y la Unión Europea.

⁶⁸ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (*Digital Services Act*).

⁶⁹ Tal como venía sido definido en el art. 4. 4 de la Reglamento (UE) 2016/679.

⁷⁰ Comisión Europea, [Guidelines for providers of Very Large Online Platforms and Very Large Online Search Engines on the mitigation of systemic risks for electoral processes pursuant to Article 35\(3\) of Regulation](#) (EU) 2022/2065.

⁷¹ Comisión Europea, Stress tests on platforms’ election readiness under the Digital Services Act (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/news/commission-stress-tests-platforms-election-readiness-under-digital-services-act>).

⁷² Á. Barredo Artíguez, *El Reglamento Europeo de Servicios Digitales y la defensa de la democracia*, en *Revista de Derecho Político*, 122/2025, p. 295 ss.

otra parte, también debe tener en cuenta el Reglamento (UE) 2024/900 sobre Publicidad Política que impone obligaciones adicionales de transparencia y orientación⁷³.

Otra de las prácticas que han sido explícitamente prohibidas a las plataformas digitales es la posibilidad de que manipulen al usuario mediante prácticas conocidas como *nudging* “arquitectura de elección”, que limiten su autonomía o desinformen (considerando 67). Dichos *nudges* inaceptables son aquellos que distorsionan o interfieren con la capacidad del usuario para tomar decisiones informadas, aumentan la dificultad para revertir una acción tomada o utilicen configuraciones predeterminadas difíciles de cambiar. El Parlamento Europeo, además, hizo un llamamiento para prohibir técnicas de *nudging* adictivo, como el *scrolling* infinito o la reproducción automática (*autoplay*), y para crear un “derecho a no ser molestado” en redes sociales. Asimismo, propuso elaborar una lista de recomendaciones, como “piensa antes de compartir”, “desactivar las notificaciones por defecto”, “usar *feeds* cronológicos” o “activar el modo en escala de grises”⁷⁴. Ante esto se ha propuesto el *Digital Fairness Act*⁷⁵, que es un proyecto que busca prevenir prácticas manipuladoras en entornos digitales.

La aplicación de la DSA durante las elecciones al Parlamento Europeo incluyó mecanismos de identificación y etiquetado de contenido generado por IA, así como protocolos de actuación ante amenazas inmediatas. En el caso de las elecciones presidenciales de Rumanía, “TikTok permitió la promoción de contenido y la difusión de mensajes políticos a través de influencers y cuentas coordinadas sin el etiquetado adecuado, lo que contradecía las obligaciones legales”⁷⁶, ante esto la Comisión Europea activó la *maquinaria pesada* prevista en la DSA. En primer lugar, impuso una orden de retención de datos a TikTok el 5 de diciembre de 2024 para preservar la información clave relacionada con riesgos sistémicos durante el proceso electoral; esto incluyó datos sobre sistemas de recomendación y cuentas falsas, fundamentado en el art. 67 de la DSA. Este permitió a la Comisión solicitar la preservación de datos para evaluar el cumplimiento del reglamento; los problemas que siguen presentándose se encontraron en un acceso insuficiente a los datos, lo que hizo que se tuviera que recurrir al art. 40 DSA y por eso se han propuesto mejorar la transparencia sobre los datos que las plataformas recopilan, interfieren y procesan⁷⁷.

Además, se abrió el 17 de diciembre de 2024 un procedimiento formal contra TikTok por las posibles violaciones de la DSA en el caso de las elecciones de Rumanía en cuanto su obligación de gestionar riesgos sistémicos relacionados con la integridad electoral de acuerdo con el art. 34.1 y 2 que establecen una evaluación y gestión de dichos riesgos sistémicos. Asimismo, se sigue investigando si la plataforma cumplió con las obligaciones de transparencia sobre publicidad política como las mencionadas en el art. 26 de la DSA y el acceso a los datos que establece el art. 39 de la DSA. En el ámbito comparado, la Corte Constitucional de Rumanía ha ido más allá al considerar la desinformación como un auténtico “parámetro de violación del Estado de derecho, anulando el procedimiento electoral”⁷⁸, en coherencia con el principio del artículo 5.1 del Reglamento de IA, que prohíbe los sistemas destinados a manipular procesos democráticos.

Finalmente, ante la aparición de la IA, la respuesta jurídica de la Unión Europea frente a este nuevo desafío ha sido compatibilizar el desarrollo tecnológico con la garantía de los derechos fundamentales,

⁷³ Reglamento (UE) 2024/900 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, sobre transparencia y segmentación en la publicidad política.

⁷⁴ Parlamento Europeo, *New EU rules needed to make digital platforms less addictive*, 2023 (<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20231023IPR08161/new-eu-rules-needed-to-make-digital-platforms-less-addictive>).

⁷⁵ Ahora mismo esta iniciativa se encuentra en fase de evaluación (https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14622-Digital-Fairness-Act_en).

⁷⁶ A. Seceleanu, B. I. Garabet, *Communication psychopathologies in the presidential election campaign in Romania*, en *Revista de Științe Politice. Revue des Sciences Politiques*, 86/2025, p. 25.

⁷⁷ C. Goanta, S. Zannettou, R. Kaushal, J. van de Kerkhof, T. Bertaglia, T. Annabell, H. Gui, G. Spanakis, A. Iamnitchi, *The Great Data Standoff: Researchers vs. Platforms Under the Digital Services Act*, Working Paper, 2025.

⁷⁸ A. Sterpa, S. Sassi, *La Corte costituzionale della Romania difende la democrazia liberale dalla disinformazione. Prime note sulla sentenza n. 32 del 6 dicembre 2024*, en *federalismi.it*, 4/2025, p. 163. El artículo hace referencia a la Sentencia de la Corte Constitucional de Rumanía, *Sentencia n.º 32, de 6 de diciembre de 2024*.

el pluralismo, el Estado social y de derecho sobre estos principios –transparencia, la rendición de cuentas y la intervención humana adecuada –, a la par que promover la innovación y la competitividad⁷⁹. En este contexto, ha aparecido la regulación europea clave, el Reglamento UE 2024/1689 sobre Inteligencia Artificial (en adelante, el RIA), donde se establecen normas armonizadas para el uso de IA, incluidos sistemas generativos aplicados a procesos electorales. Esta normativa establece un enfoque basado en riesgos; es decir, prohíbe usos de IA que pongan en peligro derechos fundamentales, como el derecho al voto o la democracia. Además, este se aplicará a sistemas de IA desarrollados fuera de la UE pero que sean usados por ella. Esta nueva regulación busca evitar que la IA se utilice para manipular, discriminar o vulnerar derechos políticos. De esta manera, las autoridades nacionales y europeas tendrán competencia para vigilar el uso de la IA en las campañas y plataformas digitales. Por otra parte, se establecen obligaciones de transparencia y responsabilidad de los proveedores de IA, lo que es clave para luchar contra la desinformación electoral.

El Preámbulo del RIA subraya que esta inferencia es lo que permite a la IA generar efectos en la comunicación política y, por tanto, lo que plantea riesgos directos para el pluralismo democrático. El RIA define como característica esencial de la IA su capacidad de inferencia; es decir, producir predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones a partir de los datos recibidos (art. 3 RIA)⁸⁰, señalando que esa capacidad puede influir en entornos físicos o virtuales, como el debate público en redes sociales o los procesos electorales. Además, este Reglamento establece como prácticas prohibidas el uso de IA de acuerdo con el art. 5.1 del RIA, las que puedan manipular o interferir en procesos democráticos.

En esta situación ya compleja, donde tres normativas afectan de manera indirecta a la propaganda política, es crucial destacar la nueva propuesta de reforma del Reglamento sobre la financiación de partidos políticos europeos y fundaciones⁸¹, presentada por la Comisión, la cual también incluye propuestas para prevenir la financiación de cierta publicidad política que suponga el tratamiento de datos de los usuarios en las plataformas digitales. En este contexto, la opinión del Tribunal de Cuentas Europeo afirmó que “existe un riesgo de solapamiento de competencias, por ejemplo, en lo que respecta al control de las normas relacionadas con la publicidad política”⁸².

Paralelamente se está intentando blindar la libertad de prensa, a través de nueva normativa; es el nuevo Reglamento Europeo sobre la libertad de los Medios de Comunicación (2024)⁸³, que pretende garantizar el pluralismo y la independencia de los medios. Además, se va a constituir como una norma comunitaria fundamental para los medios de comunicación en el contexto digital, como se ha señalado, a fin de que “puedan operar más fácilmente a través de las fronteras en el mercado interior de la UE, sin presiones indebidas y teniendo en cuenta la transformación digital del espacio mediático”⁸⁴. Recientemente, el TEDH ha recordado en el asunto *Bradshaw y otros c. Reino Unido*, que los Estados no pueden permanecer pasivos ante pruebas de que sus procesos democráticos están amenazados, pero que existe un amplio margen para contrarrestar estas amenazas. También, recordando que cualquier regulación debe equilibrarse con la libertad de expresión, sobre todo en los días previos a las elecciones.

⁷⁹ M. A. Presno Linera, A. Meuwese, *La regulación de la inteligencia artificial en Europa*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 54/2024, p. 156.

⁸⁰ Ibid., p. 141.

⁸¹ Se ha alcanzado un acuerdo político provisional en junio de 2025 entre Parlamento Europeo y Consejo para reformar el reglamento vigente y fortalecer la transparencia, reducir la burocracia y mejorar la capacidad de respuesta ante riesgos de interferencia extranjera en el ámbito político europeo. Véase: Parlamento Europeo y Consejo, *Acuerdo político provisional sobre partidos y fundaciones políticas europeas*, junio 2025 (<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20250613IPR28914/deal-on-new-rules-for-european-political-parties-and-foundations>).

⁸² [Dictamen 01/2022. sobre la propuesta de la Comisión de Reglamento sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones política europeas](#), apartado 45.

⁸³ Reglamento (UE) 2024/1083 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se establece un marco común para los servicios de medios de comunicación en el mercado interior y se modifica la Directiva 2010/13/UE.

⁸⁴ C. Pauner Chulvi, *La protección de las fuentes periodísticas en la era digital y el impulso regulatorio de la Unión Europea*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 54/2024, p. 203.

4. El etiquetado obligatorio y sanciones por contenido Inteligencia Artificial no identificado en España e Italia

En el ámbito nacional, la normativa española también trató de adaptar el marco de los partidos políticos a la realidad digital a través de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), que introdujo el art. 58 bis en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG, 1985). Sin embargo, en su redacción final resultó legitimar “el tratamiento de opiniones políticas por parte de los partidos. Además, admitía la elaboración sistemática y exhaustiva de perfiles electorales, así como el envío de propaganda mediante microsegmentación”⁸⁵. Esta disposición también fue criticada por su laxidad frente a la posibilidad de recopilación y tratamiento de opiniones políticas en el marco de las elecciones, por lo que fue objeto de recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo.

Esta propuesta fue modificada ante las críticas de los grupos parlamentarios y amplios sectores de opinión pública. Sin embargo, aunque fue cambiada también fue objeto de un proceso constitucional, ante los temores de amparar el perfilado o el *microtargeting*; aunque el Tribunal Constitucional no se pronunció expresamente sobre estas cuestiones, sí que entendió que era contrario a la Constitución por no establecer las necesarias garantías adecuadas en la propia ley, vulnerando la reserva de ley (art. 53.1 CE), el contenido esencial al derecho fundamental que se desprende del art. 18.4 CE a la protección de datos al no delimitar los usos permitidos de los datos, y señaló que no se identificaba en qué consistía el interés público⁸⁶. Hasta la fecha, no se ha aprobado ninguna reforma de la LOREG que sustituya el apartado 1 del artículo 58 bis, declarado inconstitucional por la STC 76/2019, de 22 de mayo⁸⁷. Además, tras las últimas elecciones de 2021 se ha alertado por el Tribunal Supremo en la sentencia n. 735/2022⁸⁸ – donde se analizaba el cierre del perfil de Vox-Cataluña en Twitter – que existe un vacío legal respecto a la regulación de las plataformas digitales, lo que llevó a que en última instancia hayan sido las propias plataformas las que actúen como “juntas electorales paralelas”⁸⁹ a través de decisiones automatizadas para poder suspender a partidos, coaliciones o candidaturas.

Al mismo tiempo, ante los riesgos de la comunicación política digital y al uso intensivo de datos en campañas electorales, España ha dado un nuevo paso con la aprobación el 11 de marzo, por el Consejo de Ministros, del anteproyecto de Ley para el buen uso y la gobernanza de la Inteligencia Artificial (Anteproyecto de Ley de IA), que desarrolla el régimen sancionador y de gobernanza previsto en el Reglamento (UE) 2024/1689 o RIA⁹⁰. De esta forma, se introducen normas armonizadas para la introducción en el mercado, la puesta en funcionamiento y la utilización de sistemas de IA en el contexto español. En nuestro caso, es interesante las novedades que introducen en el régimen general y en el procedimiento sancionador, según se viene a mostrar.

En esta propuesta se concreta el régimen de infracciones de acuerdo con el art. 99 RIA. Entre las cuestiones que se introducen es una obligación de transparencia en consonancia con el art. 50 RIA; en concreto, en el art. 16 del anteproyecto tipifica como infracción grave para los proveedores de sistemas de IA el incumplimiento de la obligación de etiquetar correctamente cualquier imagen, audio o vídeo generado o manipulado con IA que constituya una ultrasuplantación (*deepfake*) electoral, manipulaciones subliminales y uso indebido de datos que cree cualquier texto destinado a informar al público sobre asuntos de interés público, así como el incumplimiento de la obligación de comunicar a

⁸⁵ D.J. Villares, *La inconstitucional habilitación a los partidos políticos para recabar datos sobre opiniones políticas. Comentario a la STC 76/2019, de 22 de mayo*, en *Revista española de derecho constitucional*, 121/2021, p. 303 ss.

⁸⁶ STC 76/2019, de 22 de mayo.

⁸⁷ D. Jove Villares, *La inconstitucional habilitación a los partidos políticos para recabar datos sobre opiniones políticas. Comentario a la STC 76/2019, de 22 de mayo*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 121/2021, p. 303 ss.

⁸⁸ Sentencia n. 735/2022, de 28 de febrero de 2022, ECLI:ES:TS:2022:735.

⁸⁹ L. Corredoira y Alfonso, *Garantías de la libertad de expresión en redes sociales y medios. Doctrina de la Junta Electoral Central durante los comicios españoles celebrados en 2023*, en *Revista de Derecho Político*, 120/2024, p. 209 ss.

⁹⁰ Anteproyecto de ley el buen uso y la gobernanza de la Inteligencia Artificial (<https://avance.digital.gob.es/layouts/15/HttpHandlerParticipacionPublicaAnexos.ashx?k=19128>).

las personas de que están interactuando con un sistema de IA. De esta manera, se busca una prevención de la manipulación a través de la ley que habilita a la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (en lo sucesivo AESIA) y a las autoridades de vigilancia para retirar o bloquear IA usada en campañas si se considera un riesgo inaceptable. Además, se refuerza la trazabilidad y la responsabilidad en el uso de IA que pueda influir en el debate público o en el acceso igualitario a la información; para garantizarlo se proveen canales de denuncia ciudadana como el previsto en el art. 29 Anteproyecto, de modo que cualquier persona puede alertar sobre IA utilizada de forma ilícita en un proceso electoral.

Este canal externo anónimo será creado por la AESIA para que cualquier persona física pueda informar de infracciones de esta ley, como en los casos de procesos electorales. La AESIA decidirá en 10 días si abre procedimiento o remite a la autoridad competente. En el caso electoral, sería la Junta Electoral Central, según el art. 6.6 del Anteproyecto; de acuerdo con este artículo, se designan a las autoridades de vigilancia del mercado. En concreto, el apartado sexto de este artículo designa a la Junta Electoral Central (en adelante, JEC) como autoridad de vigilancia del mercado para los sistemas de IA de alto riesgo descritos en el Anexo III.8.c) RIA, que son los relacionados con procesos democráticos y prácticas prohibidas de IA que afecten a elecciones. De esta manera, si se detectara un sistema de IA que puede manipular el voto, influir indebidamente en la opinión pública o vulnerar principios democráticos, la JEC tendrá competencia para inspeccionar, sancionar y, en casos graves, ordenar su retirada inmediata. Se permitirán actuaciones previas para recabar información y medidas provisionales para evitar daños a derechos fundamentales durante la tramitación, entre las que se incluye la retirada o desconexión de un sistema de IA si se considera que presenta un riesgo inaceptable, incluso antes de que haya una resolución final. Lo que todavía no está claro es cómo se conjugará eso con la actividad de la AESIA⁹¹, que es el organismo al que se le atribuye la potestad sancionadora en la mayoría de las prácticas prohibidas, así como en los sistemas de alto riesgo contemplados en el anexo III del RIA. Cabe señalar que algunas de estas prácticas no afectan directamente a los procesos electorales, sino que lo hacen de manera indirecta, lo cual genera cierta ambigüedad en cuanto a las competencias que asumirá la JEC y cuáles, la AESIA.

De esta forma, la AESIA actúa como punto de contacto único y puede asumir la supervisión si la autoridad sectorial (como la JEC) no dispone de medios suficientes, lo que puede afectar a las competencias de la JEC. Por este motivo se prevé un deber de colaboración entre autoridades nacionales, la Comisión Europea y organismos especializados en los casos de incidentes graves recogido en el art. 8 Anteproyecto IA. Las autoridades de vigilancia deben informar de incidentes graves a nivel nacional y europeo en máximo 72 horas a través del sistema *Safety Gate*, de acuerdo con el art. 8. 2. d) Anteproyecto. Si el riesgo excede el territorio nacional, se establece un deber de comunicar medidas correctoras y provisionales a la UE para que la respuesta sea lo más coordinada posible. Se prevé la posibilidad de Comisión Mixta de Coordinación presidida por la AESIA junto con las autoridades competentes para asegurar la actuación uniforme y rápida.

En el art. 10.1 Anteproyecto – como ya establecía el RIA en el art. 5.1 párrafos a), b), c), d), e), f) y g)– se reconocen una serie de prácticas prohibidas en los procesos democráticos. De esta forma, en el caso de que el uso de IA influya de forma sustancial en elecciones alterando el comportamiento de los votantes de manera engañosa o coercitiva quedará expresamente prohibida. La prohibición es absoluta, pues no está sujeta a excepciones como en el caso de la biometría para fines de seguridad; y esto incluye tanto el uso como la comercialización o puesta en servicio de dichos sistemas. Estas prácticas prohibidas se consideran una infracción muy grave de acuerdo con el art. 14.1 a) Anteproyecto

⁹¹ Esta agencia fue creada por Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-18911>). Junto con la Dirección General de Inteligencia Artificial que es la competente en regulación y supervisión y la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, la cual lidera el desarrollo normativo sobre IA. Además, se ha establecido un Plan nacional España Digital 2025 / 2026 y Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA) que plantean un desarrollo ético, inclusivo y alineado con la Carta de Derechos Digitales y la Estrategia de IA 2024, uno de los ejes será Desarrollar IA transparente, responsable y humanística (clave para procesos democráticos).

y llevan aparejadas sanciones muy altas (art. 13.1. a), como se especifica entre 7.500.001 € y 35.000.000 € o entre 2% y 7% del volumen de negocios global, si es mayor. Aunque aquí no se menciona expresamente la JEC, sí está claro que cualquier sistema de IA que se use para manipular o interferir en elecciones cae en la categoría de práctica prohibida (art. 10.1) y, si se utiliza, se considera infracción muy grave (art. 14.1.a).

El Anteproyecto también introduce como infracciones graves supuestos como el incumplimiento de la obligación de marcar contenidos, como textos o audios generados por inteligencia artificial, de acuerdo con el art. 16.1 del Anteproyecto de IA. Además, los casos en que se genere o manipule contenido, como *deepfakes*, para influir en la opinión pública sobre asuntos de interés general, se califican como infracciones muy graves, conforme al art. 20 del mismo Anteproyecto. De esta forma, se establecen obligaciones específicas para prevenir la manipulación electoral, entre ellas la de identificar los contenidos artificiales y garantizar que los sistemas que generen *deepfakes* marquen sus resultados para que sean detectables como no reales.

Por un lado, se introducen las evaluaciones de impacto sobre derechos fundamentales obligatorias cuando se use IA de alto riesgo en contextos democráticos. Además, la implementación de *sandboxes* regulatorios en España y la creación de una serie de directrices prácticas. Hay que añadir que desde 2023 funciona el *sandbox* regulatorio nacional que permite mediante la experimentación controlada realizar evaluaciones de las aplicaciones de IA, donde además se incluyen aquellas que puedan afectar a las elecciones y se permite verificar si se cumplen las obligaciones legales sin riesgo inmediato de sanción administrativa⁹².

Por otro lado, en Italia, se ha aprobado el proyecto de Ley de Inteligencia Artificial, aprobada el 17 de septiembre por el Parlamento, conocido como “AI Bill”, el cual delega en el Gobierno la adopción, dentro de doce meses, de un decreto legislativo que adopte también el Reglamento de IA⁹³. El AI Bill establece obligaciones clave para el desarrollo de sistemas y modelos de IA, destacando la importancia de respetar la autonomía humana y la toma de decisiones. Afirma que la IA no debe socavar la estructura democrática de la vida institucional y política. El último caso reciente, ha vuelto a poner en el centro del debate esta cuestión. El partido La Liga difundió imágenes generadas por IA en redes sociales, donde representaba a personas migrantes como criminales y amenazas públicas. Este caso ha sido trasladado a la *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* de Italia (Agcom). En relación con estos hechos, X ha declarado que no se encuentra legalmente obligada a etiquetar la totalidad del contenido generado por inteligencia artificial, calificando estos mensajes de La Liga como propaganda política evidente⁹⁴. Por su parte, Meta, propietaria de Facebook e Instagram, no emitieron ningún pronunciamiento público. De confirmarse la gravedad de los hechos, la Agcom podría imponer medidas sancionadoras en el marco de la Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea.

En la legislación italiana, además, el art. 26 de la *Legge* n. 132/2025 sobre inteligencia artificial recoge modificaciones a diversos artículos del *Codice Penale* y del *Codice Civile*. En particular, el art. 294 del *Codice Penale*, titulado “*Attentati contro i diritti politici del cittadino*”, ha sido reformado para prever expresamente una agravante cuando el engaño se lleva a cabo mediante sistemas de inteligencia artificial: ahora establece que quien, con violencia, amenaza o engaño, impida total o parcialmente el ejercicio de un derecho político o induzca a alguien a ejercerlo contra su voluntad será sancionado con reclusión de uno a cinco años, y la pena se eleva a dos a seis años si dicho engaño se realiza utilizando

⁹² Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-22767). En abril de 2025 se seleccionaron los primeros 12 proyectos que participan en este sandbox, cuyos resultados se usan como base para formular buenas prácticas y políticas regulatorias futuras. *Sandboxes* de IA (<https://espanadigital.gob.es/lineas-de-actuacion/sandbox-regulatorio-de-ia>).

⁹³ *Legge* n. 132 de 23 de septiembre de 2025 (*Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*), publicada en la *Gazzeta ufficiale* el 25 de septiembre de 2025.

⁹⁴ Véase: <https://www.theguardian.com/technology/2025/apr/18/italian-opposition-complaint-far-right-matteo-salvini-lega-racist-ai-images>.

IA⁹⁵. Esta modificación no actúa como una norma electoral *per se*, pero tiene un impacto directo sobre la integridad de los procesos electorales al proteger la libertad de voto y prevenir mecanismos tecnológicos de manipulación.

5. Conclusiones

Las elecciones como núcleo de los sistemas democráticos necesitan un constitucionalismo que se anuncie como digital y que pueda ser operativo frente a los nuevos retos y problemas, especialmente en los derechos de participación política y a la propia democracia que tiene como pilar al pluralismo político; un constitucionalismo detenido en tiempos pasados no puede cumplir una de sus funciones principales como es ordenar el poder⁹⁶. Para ello, las nuevas normativas deben adaptarse a este nuevo entorno con una característica esencial que cambia a un ritmo muy rápido.

Este espacio fue en un inicio pensado como una oportunidad de mayor participación de los ciudadanos, como un “espacio de comunicación multimodal”⁹⁷. Sin embargo, la realidad ha mostrado la necesidad de intervención, porque, aunque sean de titularidad privada – como señala Vázquez Alonso – su función en el ámbito público digital les otorga una dimensión que trasciende lo meramente empresarial⁹⁸. Desde una perspectiva jurídica, el artículo evidencia que la opacidad en el uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial en la publicidad política personalizada, sin mecanismos efectivos de transparencia y trazabilidad, puede vulnerar derechos y principios constitucionales como el pluralismo político, el derecho a un voto libre e informado y dificulta el control público; configurando prácticas prohibidas por el art. 5.1 del Reglamento (UE) 2024/1689 y el art. 10 del Anteproyecto de Ley de IA, sancionables como infracciones muy graves.

En cuanto a la normativa, a nivel europeo, puede señalarse que el *Digital Services Act* introduce, en materia electoral, un marco jurídico específico que obliga a las grandes plataformas y motores de búsqueda a evaluar y mitigar riesgos sistémicos que puedan afectar al discurso cívico y a la integridad de los procesos electorales (art. 34.1.c) DSA), así como a aplicar medidas razonables y proporcionadas para reducir dichos riesgos (art. 35 DSA). Esta norma exige, además, transparencia reforzada en la publicidad política y en los sistemas de recomendación, incluyendo la obligación de identificar claramente los anuncios con relevancia electoral y prohibir técnicas manipuladoras como el *nudging* adictivo o el *scrolling* infinito en determinados contextos. El RIA adopta un enfoque basado en el riesgo, prohibiendo de forma expresa los usos de IA que puedan manipular procesos democráticos o influir sustancialmente en elecciones o referendos de manera engañosa o coercitiva (art. 5.1 RIA). Asimismo, impone obligaciones específicas de transparencia (art. 50 RIA) y de evaluación de impacto sobre derechos fundamentales cuando se utilicen sistemas de IA de alto riesgo en contextos democráticos (anexo III.8.c).

En relación con la aplicación práctica del DSA y del RIA en procesos electorales, cabe destacar el caso de Rumanía en 2024, donde la Comisión Europea activó las facultades previstas en la Ley de Servicios Digitales para preservar datos de TikTok y evaluar su cumplimiento en la gestión de riesgos sistémicos vinculados a la integridad electoral. Se investigó si la plataforma había cumplido con las obligaciones de transparencia sobre publicidad política y con la mitigación de riesgos como la desinformación, la injerencia extranjera y la manipulación algorítmica. Sin embargo, persisten desafíos como el acceso insuficiente a datos por parte de supervisores, la detección tardía de campañas de

⁹⁵ De esta forma se establece que: “La pena è della reclusione da due a sei anni se l'inganno è posto in essere mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale” (Art. 294).

⁹⁶ J.F. Sánchez Barrilao, *Constitucionalismo digital: entre realidad digital, prospectiva tecnológica y mera distopía constitucional*, en F. Balaguer Callejón (coord.), *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, Cizur Menor, 2023, p. 93 y ss.

⁹⁷ M. Castells, *Comunicación, poder y contrapoder*, cit., p. 13 y p. 21.

⁹⁸ V.J. Vázquez Alonso, *La obsolescencia probable*, cit.

manipulación y la necesidad de una cooperación internacional más efectiva para frenar prácticas transfronterizas que ponen en peligro el pluralismo político y la igualdad informativa.

A nivel nacional, en el caso del Anteproyecto de Ley para el buen uso y la gobernanza de la Inteligencia Artificial en España, uno de los elementos más novedosos en materia electoral es que, por primera vez en la normativa española, se designa expresamente a la JEC como autoridad de vigilancia del mercado para sistemas de IA de alto riesgo vinculados a procesos democráticos (Anexo III.8.c) RIA). Esto le otorga competencias no solo sancionadoras, sino también preventivas, incluyendo la retirada cautelar o desconexión inmediata de sistemas de IA que supongan un riesgo inaceptable para la integridad electoral, incluso antes de la resolución final. Además, se introduce una obligación de etiquetado de todo contenido artificial – ya sean imágenes, vídeos, audios o textos – con relevancia electoral, generados o manipulados por IA, y la posibilidad de activar canales de denuncia ciudadana anónima para alertar sobre usos ilícitos de IA en campañas, reforzando así la trazabilidad, la transparencia y la reacción rápida frente a la manipulación digital del voto.

No obstante, el nuevo marco plantea riesgos derivados de la posible coexistencia de competencias entre la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial y la Junta Electoral Central, lo que introduce retos de coordinación institucional que podrían afectar a la eficacia de la supervisión y la sanción. Para mitigar estos riesgos, resulta necesario reforzar las obligaciones de etiquetado, trazabilidad y evaluación de impacto, así como garantizar un acceso adecuado a los datos con el fin de prevenir y corregir manipulaciones electorales, en coherencia con el enfoque basado en el riesgo del *AI Act* y los principios del *Digital Services Act*.

Por su parte, Italia ha aprobado recientemente su *AI Bill*, que refuerza la protección al establecer un sistema de supervisión y dotar a la Agcom de nuevas competencias. Además, adopta un enfoque centrado en las personas, introduciendo sanciones en casos de difusión de imágenes o vídeos generados con IA ante el uso indebido de esta tecnología. Asimismo, la reforma del artículo 294 del *Codice Penale* introduce una agravante cuando el engaño político se comete mediante IA, fortaleciendo la protección de la libertad de voto y la integridad de los procesos electorales.

Para terminar, la situación de crisis que vive la democracia no es solo consecuencia de la IA, pero esta está incrementando los problemas que ya se advertían en nuestros sistemas políticos. Estos se han visto envueltos en nuevos escándalos que potencian la desconfianza hacia el sistema y hace que corrientes autocráticas tengan más fuerza⁹⁹. Si bien los inicios de Internet y las redes sociales despertaron la esperanza de convertirse en vías para proporcionar foros más amplios de deliberación y una vía para reforzar las democracias. El informe para la Democracia 2024 ha señalado que en la actualidad se ha producido un cambio de perspectiva¹⁰⁰. En él, se alerta la proliferación del discurso de odio y la desinformación, alimentando una polarización creciente, convirtiéndose en un arma también para la represión paradójicamente¹⁰¹. El derecho es fundamental para controlar estos nuevos procesos y mejorar la calidad de los procesos electorales; en este punto, la formación de una opinión en el voto es esencial y las nuevas regulaciones europeas son, junto al derecho nacional, fundamentales para garantizar la transparencia en estos procesos y regular una cuestión tan delicada como la propaganda política.

Abstract

Este artículo analiza cómo las plataformas digitales y los motores de búsqueda, impulsados por algoritmos y sistemas de IA cada vez más predictivos, reconfiguran el espacio público y generan riesgos sistémicos para la integridad

⁹⁹ J.F. Sánchez Barrilao, *El Impacto de la Inteligencia Artificial*, cit.

¹⁰⁰ *Democracy Report 2024: Democracy Winning and Losing at the Ballot*, V-Dem Institute Varieties of Democracy Institute (V-Dem), Universidad de Gothenburg, 2024, pp. 44-45, (https://www.v-dem.net/documents/44/v-dem_dr2024_highres.pdf).

¹⁰¹ *Ibid.*

electoral y el pluralismo político. Se abordan fenómenos como desinformación, deepfakes, la microsegmentación, el perfilado ideológico y el refuerzo de filter bubbles y echo chambers, amplificados por las dinámicas de scrolling y recomendación en nuevas plataformas como TikTok. En el plano regulatorio, se examinan las regulaciones a nivel europeo como la Ley de Servicios Digitales; así como el enfoque del Reglamento de IA, que prohíbe usos manipuladores y refuerza la trazabilidad de contenido. También, se analiza el Anteproyecto de Ley de IA español, que impone el etiquetado obligatorio de contenidos generados por IA con relevancia pública, canales de denuncia y otorga funciones de supervisión a la Junta Electoral Central, sí como la nueva Ley Italiana, orientada a garantizar la transparencia algorítmica, que introduce nuevas sanciones y refuerza los marcos legales.

Palabras clave: inteligencia artificial, plataformas digitales, integridad electoral, transparencia algorítmica, regulación digital

*

This article analyzes how digital platforms and search engines, driven by increasingly predictive algorithms and AI systems, are reshaping the public sphere and creating systemic risks for electoral integrity and political pluralism. It addresses phenomena such as disinformation, deepfakes, microtargeting, ideological profiling, and the reinforcement of filter bubbles and echo chambers, amplified by scrolling and recommendation dynamics on emerging platforms like TikTok. On the regulatory level, it examines European initiatives such as the Digital Services Act and the AI Act's risk-based approach, which prohibits manipulative uses and strengthens content traceability. It also analyzes Spain's Draft AI Law, which mandates the labeling of AI-generated content of public relevance, establishes reporting channels, and grants supervisory powers to the Central Electoral Board, as well as Italy's new AI Law, aimed at ensuring algorithmic transparency, introducing new sanctions, and reinforcing legal frameworks.

Key words: artificial intelligence, digital platforms, electoral Integrity, algorithmic transparency, digital regulation

La respuesta ante el desafío de la inteligencia artificial en el espacio europeo: el Reglamento de Inteligencia artificial de la Unión Europea y su relación con el Convenio Marco del Consejo de Europa^()*

Marta LUCENA PÉREZ*

Sumario: 1. Introducción: sobre la necesidad de una normativa sobre IA y su relevancia constitucional 2. Sobre el Reglamento de inteligencia artificial 2.1. Antecedentes del proceso legislativo del Reglamento de Inteligencia Artificial 2.2. Las posiciones de las instituciones europeas 2.3 El Reglamento, una solución de consenso 3. El Consejo de Europa y el Convenio Marco sobre IA 4. Conclusiones

1. Introducción: sobre la necesidad de una normativa sobre IA y su relevancia constitucional

Reflexionar actualmente sobre el constitucionalismo y sus riesgos nos lleva inevitablemente a estudiar el desafío que supone la sociedad digital. Las preocupaciones del constitucionalismo actual responden a esta nueva coyuntura y a sus efectos en la sociedad, sin embargo, en el fondo, por su naturaleza, no difieren de las preocupaciones que lo han acompañado desde sus orígenes¹.

Sin duda, las nuevas tecnologías han supuesto un avance en la sociedad, desde haber mejorado la investigación científica, avances médicos, en las comunicaciones o en la generación del conocimiento en general, hasta en aspectos sencillos de la vida cotidiana. Sin embargo, partiendo de estos beneficios, no se pueden obviar los muy relevantes riesgos que llevan consigo. Especialmente estos riesgos se han visto aumentados por los sistemas de inteligencia artificial (en adelante IA) que han acelerado el progreso tecnológico y, por tanto, los beneficios, pero, también, los riesgos. En este sentido, preocupa especialmente desde el constitucionalismo los riesgos referentes al control del poder y a la garantía de los derechos, en definitiva, a la propia democracia misma².

^(*) El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación PID2024-161955OB-I00. "Inteligencia Artificial y Fuentes del Derecho" (IPs Responsables: Adoración Galera Victoria y Francisco Balaguer Callejón): Duración del 01 de septiembre de 2025 al 31 de agosto de 2028 (36 meses).

* Contratada predoctoral FPU Departamento de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.

¹ Ya desde la Declaración del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789, en su artículo 16 se marca como un requisito para la existencia de una Constitución la garantía de derechos y la separación de poderes. Desde entonces estos han sido las principales preocupaciones del constitucionalismo.

² Sobre esta cuestión me remito – sin ánimo o posibilidad de ser exhaustiva – a la prolífica y visionaria obra del profesor F. Balaguer Callejón, especialmente: *La Constitución del algoritmo*, Zaragoza (Fundación Manuel Giménez Abad), 2022; *Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*, en *Revista de derecho constitucional europeo*, 32/2019; *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI*, en *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2018. Del profesor J.F. Sánchez Barrilao: *El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objetivo constitucional*, en *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 64 (2)/2016. A. D'Atena, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Revista AIC* 1/2018, incluso, S. Rodotà. *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004. Entre otros constitucionalistas que llevan años escribiendo y alertando sobre estos riesgos y de los que he podido estudiar esta materia.

Tal y como han advertido numerosas instancias, la IA puede hacer que numerosos derechos pueden ver sus garantías en peligro. Ya que maneja una gran cantidad de datos³ que procesa para poder obtener resultados mediante una serie de algoritmos. En este sentido, la utilización de estos datos de forma opaca⁴ puede poner en riesgo la garantía del propio derecho de protección de datos personales, pero no solo, ya que también podrían verse afectados el derecho a la intimidad y la libertad personal, entre otros. Estos riesgos ponen en cuestión la propia democracia, tal y como señaló el profesor Stephano Rodotà⁵ al advertir de la relación entre la propia democracia y la protección de estos derechos.

Además, los sistemas tecnológicos son desarrollados y puestos en funcionamiento por parte de empresas transnacionales que operan en el plano global y cuyo PIB en algunos casos llega a superar a algunos Estados. En este sentido, el desafío para el constitucionalismo para poder controlar el poder es aún mayor, puesto que la normativa desde un Estado no basta para poder poner coto a estas empresas y sus prácticas.

Teniendo claras estas premisas, surge la cuestión de cómo afrontar estos desafíos por parte del derecho. La pregunta que surge es si “¿queremos dirigir la tecnología o queremos que ella nos dirija a nosotros? Programar o ser programados”⁶. A esta pregunta se han enfrentado durante un tiempo los actores políticos, desde los Estados a instituciones supranacionales y de protección de derechos.

El constitucionalismo surge para poner límites al poder y garantizar los derechos. Intentando cumplir con estos objetivos originales numerosos actores están diseñando repuestas a este desafío de diferentes formas. Estas respuestas son variadas, puesto que la decisión no se agota en el hecho de regular o no, sino que desde qué nivel se regula, incluso si únicamente se hace desde el sector público o en colaboración con más actores implicados o valorando los instrumentos utilizados, desde normas, hasta otros mecanismos de soft law. De hecho, dada la dificultad para regular este campo (por las novedades que van surgiendo, así como por la vasta materia de este fenómeno) lo más adecuado es combinar distintas formas de regulación que puedan dar satisfacción a los propósitos de garantizar los derechos y controlar el poder. En cualquier caso, la respuesta que den las diferentes instituciones tendrá distintas implicaciones.

Por un lado, una posible respuesta ante el desafío de la IA respecto a su relación con el derecho es la ética de la IA⁷, que parte de la dignidad de la persona y los derechos fundamentales, a partir de esta idea se derivan diversos principios aplicables relacionados con dotar al ser humano de autonomía frente a la máquina, garantizando así su dignidad y sus derechos. Si bien se trata de una respuesta que puede despertar recelos en el mundo jurídico (puesto que no se trataría de una norma que fuera unida a un mecanismo de coerción), se puede considerar un complemento al derecho con carácter preventivo y su posibilidad de converger con el derecho⁸. Además, puede generar sinergia con las concretas políticas desde el ámbito público y privado en su aplicación.

Otra posible respuesta puede venir por parte del constitucionalismo digital⁹, que es la respuesta jurídica constitucional frente al mundo digital. Es decir, que por parte del sistema multinivel se dé una

³ La importancia de los datos es tal que se han llegado a calificar como “el nuevo oro” por la cantidad de información valiosa que se puede obtener a través de ellos. La clave para el constitucionalismo es la garantía de protección de estos. De hecho, ha tomado tanta importancia que ha llegado a generar el derecho a la protección de los datos personales a partir del Reglamento de Protección de Datos de 2018.

⁴ De ahí la importancia de plantear la democratización o la constitucionalización del algoritmo que procesa estos datos.

⁵ S. Rodotà, *Tecnopolitica*, cit.

⁶ Rushkoff, Douglas, *Program or be programmed: Ten commands for a digital age*. New York, 2010, a través de L. Cotino Hueso, *Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del Derecho*, en *Revista General de Derecho Administrativo* n. 50, 2019.

⁷ L. Cotino Hueso, *Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables*, en *Revista Catalana de Dret Public*, 58/2019, p. 29.

⁸ *Ibid.*, p. 40.

⁹ E. Celeste, *Digital constitutionalism: How fundamental rights are turning digital*, en J.A. Leite Sampaio (coord.), *A Inteligência Artificial a (De)serviço do Estado de Direito*, Belo Horizonte, 2023, pp. 13-37.

respuesta basada en los principios básicos del constitucionalismo, como el Estado de derecho, separación de poderes y protección de los derechos en el plano internacional¹⁰.

En este sentido, cabe mencionar sucintamente las respuestas por parte de algunos actores. Por un lado, la Unión Europea ha sido pionera en este campo, ya que se ha situado como el primer actor político a nivel mundial en generar un marco jurídico completo de regulación de la IA. Lo ha hecho a través de una extensa norma en forma de reglamento (decisión relevante, como se verá más adelante) que busca regular los productos de la IA siguiendo un sistema de riesgos respecto a la garantía de los derechos. Colocándose, así, en un plano favorable a la regulación desde la garantía de los derechos e intentando favorecer el desarrollo tecnológico.

Si bien ha sido pionera, no ha sido el único actor que ha regulado en el plano internacional esta cuestión, el Convenio Marco sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho surge como la respuesta jurídica del Consejo de Europa frente a la IA. Respecto a este documento, hay que decir que el objetivo principal del mismo ha sido el respeto a los derechos humanos en lo referente a los sistemas de IA, como se podrá estudiar más adelante.

Se pueden considerar ambos documentos de forma complementaria, ya que los dos buscan garantizar que el desarrollo de la IA no perjudique la garantía de los derechos y, en definitiva, la democracia¹¹. Sin embargo, no son los únicos actores que han tomado posición en cuanto a la regulación (o no) de la IA.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha sido la principal organización que ha mostrado su interés en dar directrices a sus Estados miembros para poder regular la IA. En este objetivo, cabe destacar el Acuerdo sobre los Principios que ha de tener la Inteligencia Artificial¹². Estos principios son el crecimiento inclusivo, desarrollo sostenible, el respeto al Estado de derecho, derechos humanos y democracia, transparencia, solidez y responsabilidad. Es decir, de nuevo, se propone una regulación que permite que la inteligencia artificial se convierta en un instrumento al servicio de las personas y no al contrario. Estos principios han servido de soporte (como se verá, por ejemplo, con la definición utilizada en el Reglamento de IA) para el procedimiento legislativo del Reglamento, así como del Convenio Marco.

Respecto a China, una de las principales potencias tecnológicas junto a Estados Unidos de América, aprobó una Ley de Inteligencia Artificial en 2023¹³. Esta norma pone en el centro a la persona, añadiendo una serie de principios aplicable al desarrollo de la IA (seguridad y robustez, transparencia, responsabilidad, equidad e igualdad), así como obligaciones para los desarrolladores y una gestión de riesgos. Además, publicó una norma de regulación de la IA generativa con una serie de obligaciones a cumplir similares a la norma de regulación de la IA. Sin embargo, es importante destacar la utilización por parte del gobierno chino de la IA para generar sistemas de crédito social, que pueden llegar a catalogar a las personas en listas que podrían llegar a impedirles acceder a determinados servicios o generarles barreras¹⁴. Lo cual, hace indicar que la regulación china no cumple con los principios y estándares propios que se buscan dentro del constitucionalismo, puesto que podría vulnerar los derechos por parte del propio poder público.

¹⁰ Esta idea sigue la idea y definición de "Constitucionalismo global" de A. Peters y la aplica en el tratamiento de la sociedad digital.

¹¹ A. Galera Victoria, *Inteligencia artificial, biometría y tutela de derechos a la luz del convenio marco del Consejo de Europa y la jurisprudencia del TEDH*, en F. Balaguer Callejón y L. Escajedo San-Epifanio (dir.), *Vigilancia biométrica masiva, inteligencia artificial y derechos fundamentales*, 2025, Madrid, pp. 269-301, p. 273.

¹² OECD/LEGAL/0449 (<https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0449#mainText>).

¹³ C.B. Fernández, *China aprueba una regulación de la inteligencia artificial y de la inteligencia artificial generativa* in *Diario La Ley*, 2023 (<https://diariolaley.laleynext.es/dil/2023/09/01/china-aprueba-una-regulacion-de-la-inteligencia-artificial-y-de-la-inteligencia-artificial-generativa>).

¹⁴ M.A. Presno Linera y A. Meuwese, *La regulación de la inteligencia artificial en Europa*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 54/2024, p. 131 ss.

Por otro lado, Estados como Brasil están trabajando en una regulación a nivel federal sobre los sistemas de inteligencia artificial¹⁵, estableciendo unos fundamentos basados en el respeto a los derechos humanos, medio ambiente. Mantiene una estructura similar al Reglamento de la Unión Europea, ya que basa su regulación en un sistema de riesgo, en función de los cuales asigna un grado de protección. De nuevo, esta propuesta busca proteger los derechos de las personas que puedan verse afectadas por la IA a la vez que se garantiza la seguridad jurídica y, por tanto, el desarrollo económico y tecnológico¹⁶. Sigue, además, principios muy similares a los que inspiran el Reglamento de IA. Sin embargo, cabe destacar como diferencia un capítulo dedicado a los derechos de las personas en concreto, donde cristalizan derechos como el de la información previa sobre interacciones con la IA o de impugnar decisiones de sistemas de IA. Por tanto, en este sentido, cabe decir que, frente al Reglamento de IA, la propuesta de regulación brasileña sí podría cristalizar derechos específicos, dando la opción de poder acudir a los tribunales en caso de vulneración¹⁷. Si bien hay que señalar que esta regulación se encuentra aún en trámite parlamentario.

Por último, es relevante mencionar la situación en los Estados Unidos de América, ya que ha transitado de una posición favorable a la regulación a la defensa de la no regulación¹⁸. En 2023, durante la presidencia de Joe Biden, se dieron pasos en pro de la regulación de la inteligencia artificial centrada en las personas, llegando a hacer declaraciones conjuntas junto a la Unión Europea¹⁹. Además, como se verá, llegó a participar en la elaboración del Convenio Marco. Sin embargo, el cambio de presidencia en Estados Unidos ha tenido como consecuencia un cambio de paradigma respecto a la regulación de la inteligencia artificial. Sirva de ejemplo que durante la Cumbre sobre Inteligencia artificial celebrada en París en febrero de 2025 Estados Unidos se ha opuesto a adoptar un enfoque regulador; incluso llegó a no suscribir el documento final²⁰ por considerarlo un mecanismo de censura frente al desarrollo tecnológico. De hecho, en 2023, el Ejecutivo buscaba aprobar una norma a nivel federal, mediante orden ejecutiva que regulara la inteligencia artificial a través de un intento de combinar el desarrollo tecnológico, teniendo presente la ética en este desarrollo²¹. Sin embargo, el cambio de signo político en el Ejecutivo hizo que presidente Trump firmara en enero de 2025, a los pocos días de tomar posesión de su cargo, una orden ejecutiva sobre inteligencia artificial para poder revocar cualquier regulación previa en esta materia, buscando, de esta forma, convertirse en potencia mundial en el desarrollo de estas tecnologías²² -sin tener en cuenta las garantías que a las que se había comprometido el texto revocado-. De hecho, la nueva administración del presidente Trump, al igual que la primera, se basa en la defensa de las empresas tecnológicas incluso frente a otros países o instituciones.

Por tanto, frente al modelo europeo e incluso brasileño y chino, el modelo de Estados Unidos apuesta por la desregulación, para, de esta forma, favorecer la creación de un mercado sin límites y, por tanto, una previsible situación de vulnerabilidad de las personas físicas en su uso de la IA.

Vista la necesidad desde el constitucionalismo de regular la IA y presentados algunos de los modelos regulatorios, el presente trabajo se va a centrar en la regulación europea de la IA, especialmente por

¹⁵ Senado Federal, Projeto de Lei, nº 2338, de 2023, Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial, (<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9347622&ts=1720545987618&disposition=inline>).

¹⁶ A. Pimentel Cavalcante, *Regulación brasileña de la inteligencia artificial*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXIII, 287/2023, p. 17.

¹⁷ I. W. Sarlet y G. Bezerra Sales Sarlet, *Algumas notas sobre a relação entre inteligência artificial, proteção de dados pessoais e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira*, en *Revista Jurídica de Asturias*, 45/2022, p. 85 ss., p. 97

¹⁸ F. Balaguer Callejón, *La regolamentazione digitale europea nel nuovo contesto globale*, en *lceonline*, 2/2025.

¹⁹ U.S.-EU Summit Joint Statement (<https://www.consilium.europa.eu/media/67448/us-eu-statement-final.pdf>).

²⁰ "Cumbre de Acción de París enfatizó que la inteligencia artificial debe estar basada en los derechos humanos" (<https://cepaz.org/cumbre-de-accion-de-paris-enfatizo-que-la-inteligencia-artificial-debe-estar-basada-en-los-derechos-humanos>).

²¹ "El gobierno de Biden busca controlar la IA sin frenar su desarrollo", en "NY Times" (<https://www.nytimes.com/es/2023/11/04/espanol/inteligencia-artificial-orden-biden.html>).

²² Trump firma decreto sobre desarrollo de inteligencia artificial 'libre de sesgo ideológico', en "Los Angeles Times" (<https://www.latimes.com/espanol/california/articulo/2025-01-23/trump-firma-decreto-sobre-desarrollo-de-inteligencia-artificial-libre-de-sesgo-ideologico>).

parte de la Unión Europea, ya que ha sido una norma pionera y que puede llegar a determinar en gran parte el futuro jurídico de la IA.

El Efecto Bruselas, acuñado por la profesora Anu Bradford²³, surge para explicar el poder blando que ejerce la Unión Europea a través de su regulación, marcando el paso en el resto de las regulaciones en otros países. Elevando, de esta forma, el estándar en la global en favor de los derechos humanos. La fortaleza del mercado europeo era capaz de imponer su regulación a las empresas en el plano global, elevando los estándares de protección de los derechos. Sin embargo, este efecto en los últimos años ha quedado matizado por la propia autora²⁴, dados los competidores que surgen en el plano regulatorio con Estados Unidos como modelo de desregulación y China con su centralismo²⁵.

El hecho de que la UE haya optado por un modelo de regulación pionero en la historia hace interesante su estudio. Seguir el procedimiento legislativo y las diversas modificaciones que ha sufrido a lo largo de su tramitación resulta un estudio de gran interés para poder valorar los intereses que se ven envueltos en esta materia, así como para poder tener en cuenta la dificultad de regular una cuestión tan compleja y sometida a un crecimiento y evolución que la hacen impredecible.

Desde estas premisas se estudiarán los documentos relacionados con el proceso legislativo del Reglamento de Inteligencia Artificial. En primer lugar, los antecedentes de este y que provocaran que las instituciones europeas tomaran conciencia de la importancia de regular esta materia y decidieran hacerlo. Posteriormente, se estudiará el propio Reglamento en sí, si bien no se entrará en detalle de contenidos de este, es decir, no se hablará en detalle de las prácticas prohibidas o permitidas, por ejemplo. Sino que se estudiará el modelo resultante y las características del mismo fruto de las tensiones durante el proceso. Además, se analizarán las principales características del Convenio Marco del Consejo de Europa y su relación con el Reglamento. Completando de esta forma el marco actual en el continente europeo y pudiendo concluir con sus posibles efectos en el resto del mundo.

2. Sobre el Reglamento de la IA

2.1 Antecedentes del proceso legislativo del Reglamento de Inteligencia Artificial

Ante la situación de riesgo para la democracia por la introducción de las nuevas tecnologías, la Unión Europea se planteó la necesidad de regular a nivel europeo la inteligencia artificial, resultando el, ya mencionado, Reglamento de Inteligencia Artificial. Sin embargo, el camino hasta su aprobación ha requerido la implicación de numerosos actores, así como intensos debates y aportaciones de distintas instituciones.

Este proceso ha estado caracterizado por la constante tensión entre las razones de mercado de la Unión Europea y la defensa de valores, como la mayor parte de la construcción de la historia jurídica europea²⁶. Es una constante a lo largo del proceso legislativo la propuesta de posturas de instituciones que ponen énfasis en la protección de la ciudadanía y combinan con el impulso del mercado tecnológico, ambos asuntos de interés para la Unión Europea.

Ya desde un inicio, la Unión Europea -a través de la Comisión Europea-, consciente de no ocupar una posición relevante en el plano mundial en la generación y fabricación de las nuevas tecnologías, presentó en 2015 una comunicación "A Digital Single Market Strategy for Europe"²⁷. En este documento, la Comisión muestra la necesidad de la creación de un mercado único digital a nivel europeo, es decir, ampliar el contenido del mercado económico al mundo digital. De tal forma, que, con esta estrategia, se

²³ A. Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, 2020, Oxford.

²⁴ A. Bradford, *Digital empires: The global battle to regulate technology*. 2023, Oxford.

²⁵ M.A. Presno Linera y A. Meuwe, *La regulación de la inteligencia artificial en Europa*, cit., p. 154.

²⁶ L. Moccia, *La formación del Derecho europeo. Una perspectiva histórico-comparada*, Madrid, 2012, p. 386.

²⁷ COM/2015/0192 final, "A Digital Single Market Strategy for Europe" (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52015DC0192>).

pretendía acabar con las fronteras europeas, incluso las tecnológicas. Defiende, además, los múltiples beneficios que podría suponer la creación de mercado único digital, tanto a nivel económico (con aumento del producto interior bruto), como a nivel de comunicación y cohesión en el territorio. También menciona la importancia de la protección de los derechos derivados del uso de las nuevas tecnologías exhortando a regular algunas cuestiones como el tratamiento de los datos personales (se puede ver aquí, también, el punto de partida del posterior Reglamento de Protección de Datos). Por tanto, ya desde este documento se ven dos principales objetivos que ha perseguido el proceso de regulación de la inteligencia artificial, el impulso a la economía referente al mundo digital en paralelo a la protección de los derechos fundamentales.

Tras este texto, que marca el punto de partida de la actuación de la Unión Europea en materia digital, en 2017 se presentó una Comunicación²⁸ de la Comisión, de nuevo, al resto de organismos de la Unión Europea en los que revisaba la aplicación de la Estrategia del mercado único, ya mencionada. En este documento apuesta, de forma más clara, por la intención de beneficiarse de la creación del mercado único digital. Solicita que esto se realice “sin dilación” para poder proteger a la ciudadanía del riesgo que puede suponer el uso de las nuevas tecnologías. De esta forma, ya desde 2017 se siguen marcando los dos objetivos clave que pretende perseguir la Unión Europea en materia digital durante todo el proceso: combinar un entorno fiable y favorable para que las empresas digitales europeas puedan prosperar y conseguir adoptar posiciones competitivas en el plano mundial y a la vez implantar un marco jurídico que permita el respeto de los derechos de la ciudadanía en la utilización de las nuevas tecnologías.

Si bien hasta ahora las instituciones se habían estado refiriendo a la regulación del mundo digital en general, es en 2018 cuando la Comisión presenta la Comunicación de la Comisión relativa a la Inteligencia artificial para Europa²⁹, ahora ya sí, refiriéndose específicamente a la inteligencia artificial (en adelante IA). Lo hace aceptándola como una realidad presente en muchos aspectos ya de la ciudadanía europea y sus empresas. Además, marca como objetivos principales el aumento de competitividad (apoyando, para ello, la investigación), además de favorecer el aprendizaje en competencias digitales por partes de la ciudadanía y, por último, la regulación en el marco de los valores y derechos fundamentales de la Unión, buscando posicionarse, incluso, en una “posición preeminente para encabezar este debate a escala mundial”. Marca a su vez una hoja de ruta para seguir en este proceso.

Alentada por esta propuesta, la Comisión Europea nombró a un grupo de expertos -Grupo de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial- para asesorar sobre la estrategia a seguir respecto a la inteligencia artificial en la Unión Europea. Fruto del trabajo de este grupo resultaron numerosos documentos relativos a cuestiones éticas y la inteligencia artificial, en los que vincula cualquier tipo de regulación de la IA con los derechos fundamentales reconocidos en los tratados³⁰. Además de estos numerosos documentos, publicaron el *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2020*³¹, en el que se pretende “formular alternativas políticas” para poder adoptar la IA evitando los riesgos asociados a su uso. En este sentido, este documento ya pronostica que el desarrollo tecnológico va a cambiar la práctica totalidad de los derechos fundamentales³². Hace referencia, especialmente, a la posible vulneración de derechos como la protección de datos personales, el derecho a la vida privada o a la no discriminación. De hecho, exhorta a las instituciones europeas a regular esta materia en función del riesgo que pueda suponer para los derechos fundamentales de la ciudadanía.

²⁸ “Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy A Connected Digital Single Market for All”, COM/2017/0228 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52017DC0228>).

²⁹ “Inteligencia artificial para Europa”, COM(2018) 237 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52018DC0237>).

³⁰ Un ejemplo podría ser el documento guía para recomendaciones éticas para el uso de confiable de la IA (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>).

³¹ Comisión Europea, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial de la Comisión Europea*. Recurso en red, COM(2020) 65 final, 2020. (https://commission.europa.eu/document/download/d2ec4039-c5be-423a-81ef-b9e44e79825b_es?filename=commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf).

³² M.Á. Presno Linera, *Teoría general de los derechos fundamentales e inteligencia artificial: una aproximación*, en *Revista Jurídica de Asturias*, 45/2022, p. 57.

Propone un sistema que se base en la clasificación de los instrumentos de inteligencia artificial en función de los distintos grados de riesgos que pueden suponer para la ciudadanía y para ello, se tienen cuenta una serie de características claras. Propone este Grupo de Expertos que se tenga en cuenta el sector o el campo donde se aplica esta tecnología y, además, el grado de afectación dentro de este sector. En función del riesgo se debería aplicar una distinta normativa. Teniendo las actividades de mayor riesgo una normativa más estricta que las que tienen menos riesgo. De esta forma, se busca un instrumento jurídico que permita la regulación ofreciendo un encaje adecuado para las empresas, favoreciendo el mercado, a la misma vez que se busca ofrecer protección a la ciudadanía y evitar que el uso de estas herramientas ponga en riesgo los derechos fundamentales.

En paralelo, el resto de las instituciones europeas seguían trabajando para cumplir con la estrategia del objetivo de creación de este mercado único digital. Por lo que, el Parlamento Europeo, entre 2020 y 2021 presentó una serie de resoluciones relacionadas con multitud de asuntos en los que los derechos de la ciudadanía podrían verse afectados por la inteligencia artificial³³. Este compendio de resoluciones, finalmente, se cristalizó en la *Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital*³⁴. En este documento se compilan los asuntos sobre que el Parlamento considera que podría influir la inteligencia artificial sobre la ciudadanía en el plano europeo. Además de estudiar las posibles oportunidades que puede implicar la IA en el mercado de la Unión Europea, que, consideran, que ha quedado rezagada en el plano global. Por último, concluye este documento resaltando la importancia de regular esta materia para poder obtener los beneficios de su utilización sin poner en riesgo los derechos de la ciudadanía. Concluye con la invitación al resto de instituciones para elaborar una norma a nivel europeo como mejor herramienta para poder abordar esta materia.

Por último, el Consejo Europeo en 2020 también presentó una serie de Conclusiones³⁵ invitando a la Comisión a iniciar el procedimiento de regulación de la inteligencia artificial para fortalecer el mercado común respetando los derechos fundamentales, basándose en la Carta de Derechos Fundamentales y en los valores del artículo 2 del Tratado de la Unión.

Revisados, de forma sucinta, algunos de los principales documentos que han sido los antecedentes principales del proceso legislativo que resultó con el Reglamento de IA. Durante todo el proceso la mayoría de las instituciones y organizaciones coinciden en los dos objetivos ya mencionados y que son coherentes con la historia de construcción del Derecho europeo. Por un lado, la creación de un mercado común digital, que fortalezca la dimensión económica (razón de ser de la Unión Europea). Mientras que se vean protegidos los derechos fundamentales de la ciudadanía europea y los valores de esta, cristalizados y vinculantes desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

2.2 Las posiciones de las instituciones europeas

El 2 de octubre de 2020 el Consejo, atendiendo las demandas ya mencionadas, presentó una serie de Conclusiones³⁶. En ellas instaba a recuperar la economía post COVID apostando por dos pilares, por un lado, la transición ecológica y, el que es de interés para este texto, la transformación digital. Tratando de alcanzar una autonomía estratégica a través del impulso de ambos sectores. De hecho, el documento exhorta a “establecer normas claras para los agentes económicos y apoyar la innovación, también en el sector digital” para conseguir la soberanía digital. Además de pretender posicionar a la Unión Europea

³³ Sirvan como ejemplo ilustrativo y aún sin ser exhaustiva: la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2021, sobre la inteligencia artificial en los sectores educativo, cultural y audiovisual: (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0238_ES.html), o la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judicial en asuntos penales: (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_ES.html).

³⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital, P9_TA(2022)0140, 2022 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html).

³⁵ Consejo de la UE, 11481/2020 (<https://www.consilium.europa.eu/media/46496/st11481-en20.pdf>).

³⁶ Consejo Europeo, Conclusiones, EUCO 13/20 (<https://www.consilium.europa.eu/media/45932/021020-euco-final-conclusions-es.pdf>).

como actor clave en la regulación mundial de las nuevas tecnologías. En este sentido solicita expresamente a la Comisión que regule la IA basándose en la confianza y la ética mientras que aumenta la inversión, mejora la coordinación y define claramente los sistemas de IA, especialmente los de alto riesgo.

Por tanto, visto el interés explícito por parte del Consejo de regular la inteligencia artificial a nivel de la Unión Europea, el 21 de abril de 2021 se presentó, a propuesta de la Comisión Europea, el *Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican actos legislativos de la Unión*³⁷. Es aquí cuando se inicia el procedimiento legislativo de esta norma.

En primer lugar, hay que destacar el instrumento elegido por parte de la Unión Europea para regular la materia, mediante reglamento, en lugar de otro tipo de norma. Se basa en el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que habilita el uso de este para las normas sobre el mercado único. Además, la elección del uso del reglamento da cuenta de la importancia que le ha dado la Unión Europea a esta materia, ya que es la norma que garantiza un cuadro normativo homogéneo y más rígido para los Estados miembros³⁸, además de vinculación directa. Mediante este Reglamento se busca garantizar la seguridad jurídica de los usuarios y empresas relacionados con la IA y formar un auténtico mercado común en lo relativo a la IA. En otras palabras, la propuesta busca fijar unas reglas mínimas uniformes para todo el territorio de la Unión³⁹. Además, el legislador europeo eligiendo el reglamento como instrumento, busca garantizar la aplicación uniforme, haciendo que la primacía actúe con fuerza. Ya que de esta forma se busca asumir de forma contundente las competencias en materia de IA por parte de la Unión. Asumiendo que entra dentro de las libertades fundamentales. Por tanto, no solo pretende unificar los criterios en toda la Unión, además, es contundente con la asunción de competencias en materia de IA por parte de la Unión⁴⁰.

El Reglamento propuesto sigue una técnica de regulación de productos de sistemas que utilicen la IA. Es decir, regula la introducción en el mercado europeo de estos sistemas. Esto lo hace a través de un sistema de riesgos, que permite clasificar estos sistemas en función de los riesgos que pueden suponer para la garantía de los derechos fundamentales y, en función de la clasificación, se aplicaría distintas normas, incluso pudiendo llegar a prohibirse determinados sistemas.

Por tanto, la propuesta de Reglamento está dividida en una serie de apartados, en primer lugar, el Título I se refiere al objeto de este y a su ámbito de aplicación, así como a cuestiones importantes y que veremos que han sido objeto de debate durante todo el procedimiento. Entre ellas, la definición de inteligencia artificial⁴¹. Los siguientes apartados asumen la propuesta del Libro Blanco elaborado por el grupo de expertos, es decir, como ya se ha dicho, hacen una norma basándose en un sistema de riesgos. Se establece una clasificación de estos: riesgo inaceptable (sirva como ejemplo los sistemas de calificación social basados en la inteligencia artificial), riesgo alto (sistemas referentes a la gestión de la migración, entre otros) y riesgo bajo (robots conversacionales) y, por último, riesgo mínimo (en los que estarían la inmensa mayoría de sistemas de inteligencia artificial). Partiendo este sistema, el título II establece los sistemas de inteligencia artificial prohibidos, es decir, aquellos que suponen tanto

³⁷ Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley De Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*, 2021. COM(2021) 206 final (https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF).

³⁸ C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, en *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3/2021, p. 415 ss.

³⁹ A. Papa, *L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'adozione delle decisioni pubbliche: tecnica, politica e tutela dei diritti*, en *lceonline* 2/2023, p. 81.

⁴⁰ A. Aguilar Calahorra, *Competencia de la Unión Europea en materia de inteligencia artificial y derechos fundamentales*, en F. Balaguer Callejón y L. Escajedo San-Epifanio (dir.), *Vigilancia biométrica masiva*, cit., p. 107 ss., p. 124.

⁴¹ En esta propuesta inicial se define el sistema de inteligencia artificial como: "el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa".

riesgo para los derechos y valores de la Unión que no debe permitirse su uso. El siguiente título, III, define los sistemas de riesgo alto, que sí están permitidos pero que tienen que cumplir con una serie de normas para garantizar el menor impacto posible. Además de esto, la propuesta de Reglamento añade una serie de obligaciones que deben tener algunos sistemas de inteligencia artificial en el título IV. Seguidamente, se cristaliza una serie de medidas a favor de la innovación -título V-, incluyendo espacios controlados de pruebas. Posteriormente, se establecen en los títulos VI, VII y VIII cuestiones relativas a los sistemas de gobernanza, como la creación de un Comité Europeo de Inteligencia Artificial, formado por representantes de los Estados miembros y la Comisión. Además de sistemas de apoyo en la supervisión para garantizar el cumplimiento del Reglamento. A su vez, partiendo del sistema de riesgos, se cristaliza en el título IX un marco jurídico para la elaboración de códigos que aplican a los sistemas no calificados de alto riesgo, para que, mediante este sistema, puedan incluir estos compromisos en su actuación. Por último, los títulos X, XI y XII establecen las disposiciones finales, que incluyen la confidencialidad de datos, competencias de delegación o la obligación de actualizar la norma. De esta forma, la Comisión busca encajar los dos objetivos que se había marcado la Unión desde un principio. Por un lado, la garantía de los derechos fundamentales. Por otro lado, la clarificación del sistema generando, de esta forma, seguridad jurídica respecto a estos sistemas y, por tanto, un marco para favorecer el impulso de las empresas tecnológicas.

Esta es, de forma resumida, la propuesta que presentó la Comisión Europea. Siguiendo con el procedimiento legislativo de la Unión Europea, el 6 de diciembre de 2022 el Consejo de la Unión Europea adoptó su *Orientación General*⁴². En este documento se mantiene el sistema basado en riesgos de la propuesta inicial, que, como veremos, no es sujeto de debate a lo largo de este proceso, ya que en todos los pasos del procedimiento se mantiene este sistema. Sin embargo, si se revisa la definición de inteligencia artificial, añadiendo criterios que puedan distinguir estos sistemas de los softwares clásicos, definiendo como tal únicamente a los sistemas desarrollados a través de estrategias de aprendizaje automático y estrategias basadas en la lógica y el conocimiento. Queda, por tanto, una definición más restringida e intentan que sea más flexible para poder adaptarse a marcos futuros. Respecto a las prácticas prohibidas intenta aclarar los requisitos para clasificar los sistemas de IA de alto riesgo, así como los de uso general.

Un cambio destacable que introduce la propuesta del Consejo es la exclusión en el artículo 2 de la aplicación del presente Reglamento en las actividades militares o relacionadas con la defensa y la seguridad nacional, basándose en la competencia exclusiva que tienen los Estados miembros sobre estas materias. Respecto al apoyo a la innovación, su busca generar un marco más favorable a la innovación, favoreciendo los escenarios de prueba en situaciones reales. Se establece, además, la creación de un grupo de expertos independientes para cumplir con las actividades exigidas de acuerdo con el Reglamento. Se trata, pues, de un texto que, apuesta en mayor grado por la innovación y el desarrollo de las empresas de IA en el espacio europeo. Mientras que propone medidas de impulso a la innovación, a su vez, dota también de mayores controles a través de agencias o grupos de expertos. Por otro lado, respecto a la exclusión de los ámbitos mencionados, lo hace respetando el ámbito de soberanía de los Estados en estas materias provocando, de tal forma, que numerosas situaciones queden fuera del ámbito de aplicación de la norma.

De acuerdo con el procedimiento legislativo, llegó el momento de que el Parlamento Europeo adoptara su posición sobre este texto⁴³. Esta posición fue aprobada por una amplia mayoría (499 votos a favor, 28 en contra y 93 abstenciones) y fue presentada el 14 de junio de 2023. Se caracteriza por

⁴² Consejo De La Unión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión- Orientación general*, 2022 14954/22 (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/es/pdf>).

⁴³ *Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts* (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), 2023 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html).

adoptar una posición más garantista y respetuosa con los derechos fundamentales que las anteriores. Ya desde los primeros considerandos añade referencias a los valores de la Unión⁴⁴, así como referencias a la garantía del tratamiento de los datos con los sistemas de inteligencia artificial (enmienda 7). En cumplimiento de esta mayor garantía respecto a los derechos fundamentales, por ejemplo, es mucho más exhaustivo en la regulación del reconocimiento biométrico, prohibiendo su uso, aún en las excepciones cristalizadas en las propuestas anteriores⁴⁵.

Cabe destacar de la propuesta del Parlamento, además, la preocupación por la posible afectación al Estado de Derecho, a la democracia y al medio ambiente⁴⁶. De acuerdo con estas preocupaciones, establece una obligación de compromiso de neutralidad de emisiones a las empresas tecnológicas. Otra enmienda que establece, que sirve para ilustrar estos compromisos adquiridos, es la enmienda 72 que introduce la clasificación de sistema de alto riesgo a aquellos que pueden servir para alterar el sentido del voto en unas elecciones.

Es interesante mencionar que la propuesta se presentó una vez visto el dictamen del Comité Europeo de Protección de Datos y el Supervisor Europeo de Protección de Datos, por lo que tiene numerosas referencias al respeto al derecho de protección de datos personales con numerosas enmiendas que profundizan a este respecto. A su vez, destacan también las numerosas garantías añadidas respecto a los derechos de los consumidores, lo cual es una seña típica del derecho de la Unión Europea⁴⁷, dada la función con la que fue creada (unión de mercado).

Una cuestión para destacar, que sirve para comprender la dificultad que supone la regulación de un campo aún impredecible, es la situación acaecida durante el procedimiento legislativo del lanzamiento al mercado finales de 2022 del primer programa de inteligencia artificial generativa, ChatGPT. Hasta entonces no se había podido regular esta materia, puesto que no existía un sistema con estas características, siendo la propuesta del Parlamento la primera que en recogerlo⁴⁸.

Esta propuesta, como ya es habitual durante el procedimiento legislativo estudiado, reformula la definición de inteligencia artificial. Lo define en el artículo 3 como “un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida -como predicciones, recomendaciones o decisiones- influya en entornos reales o virtuales”. Definición alineada con la propuesta de la OCDE de 2019.

Además, los principios generales aplicables a todos los sistemas de inteligencia artificial que añade esta propuesta en el artículo 4 bis⁴⁹. Estos principios que deben cumplir son: “intervención y vigilancia humana”, “solidez y seguridad técnicas”, “privacidad y gobernanza de datos”, “transparencia”, “diversidad, no discriminación y equidad” y “bienestar social y medioambiental”. Se trata de principios en consonancia con el carácter garantista de esta propuesta que velan por reforzar el cumplimiento de los derechos fundamentales y los valores de la Unión Europea. Para mejorar la garantía de esta propuesta y como novedad, propone la creación de una “Oficina Europea de Inteligencia Artificial”, independiente de la Unión, que pueda servir de apoyo y de supervisión para la implantación del presente Reglamento a los Estados miembros.

Analizada la propuesta del Parlamento Europeo se puede apreciar que se trata de una opinión que pretende ser más garantista con los derechos fundamentales y valores de la Unión, motivo por el cual introduce nuevos actores que velen por la implantación de este o numerosas referencias a este

⁴⁴ Un ejemplo es la enmienda 4 al Considerando 1 bis (nuevo) o la enmienda 15 sobre el considerando 4 bis (nuevo).

⁴⁵ Para más información remito a: L. Escajedo San-Epifanio, *El reconocimiento biométrico en el reglamento de inteligencia artificial: Exenciones, prohibiciones y especialidades de alto riesgo*, en L. Cotino Hueso, *Tratado sobre el reglamento de inteligencia artificial de la unión Europea*, 2024, Cizur Menor, y M. Lucena Pérez, *El reconocimiento mediante biometrías en el nuevo reglamento de Inteligencia artificial*, en F. Balaguer Callejón y L. Escajedo San-Epifanio (dir.), *Vigilancia Biométrica masiva*, cit., p. 301 ss.

⁴⁶ Sirva de ejemplo la enmienda 3 que modifica el considerando 1.

⁴⁷ A. Aguilar Calahorra, *Los ciudadanos en la UE: ¿sujetos u objetos del derecho europeo? Sobre identidad, democracia y participación en la UE*, en *KorEuropa*, 5/2014, p. 16 ss.

⁴⁸ Véase enmienda 100 y ss en la que se habla de los modelos fundacionales y la incertidumbre que genera su impredecibilidad. De hecho, se mencionan dando por hecho la falta de conocimiento que se tiene al respecto de estos.

⁴⁹ Véase la enmienda 213.

respecto. El caso, ya mencionado, de los cambios respecto a la regulación de la identificación biométrica resulta paradigmático.

Por tanto, teniendo en cuenta los documentos elaborados a lo largo del procedimiento legislativo se puede apreciar cómo los dos objetivos iniciales de las instituciones, es decir, la protección de los derechos de la ciudadanía en el uso de la IA y el fomento de la actividad económica en este sector, se han visto enfrentados en algunos puntos. Es decir, la propuesta inicial ya parte de un instrumento de regulación de producto, o, dicho de otra forma, se trata de una norma que determina el uso y las condiciones de uso de los sistemas de la IA. Por tanto, en este sentido, a la hora de combinar ambos objetivos, la UE le ha dado preferencia al fomento del mercado digital (lo cual es coherente con su razón de ser). Pero, si bien adopta esta forma, también ha prestado atención a la garantía de los derechos fundamentales, a través del sistema de riesgos, cuya función es evitar la vulneración de derechos de la ciudadanía. Sin embargo, hay que destacar la propuesta del Parlamento frente a las anteriores, ya que hace una apuesta decidida por la defensa de los derechos fundamentales. Esto se traduce en el aumento de prácticas de IA prohibidas en la propuesta del Parlamento. Por ejemplo, respecto al reconocimiento biométrico en tiempo real, elimina los supuestos habilitantes de las propuestas anteriores y propone que sea una práctica prohibida en todo caso. Otro ejemplo, es la enmienda 213, que introduce los principios aplicables a todos los sistemas de IA. Además, también añade mayores garantías para los sistemas de alto riesgo de la IA. Otro aspecto novedoso que introduce esta propuesta es la obligación de impacto de los sistemas de IA de alto riesgo en los derechos fundamentales (enmienda 413). Sirvan estos ejemplos, a título ilustrativo para poder considerar cómo la propuesta del Parlamento es mucho más exhaustiva en la garantía de protección de derechos fundamentales frente a las propuestas anteriores. Por último, cabe destacar como diferencia entre las distintas propuestas, la creación de la Oficina Europea de IA (enmienda 525) a propuesta del Parlamento Europeo, frente al Comité Europeo de Inteligencia Artificial que proponían los documentos anteriores. Frente a las anteriores propuestas, la Oficina sería un organismo independiente de la Unión con personalidad jurídica propia, que velaría por el cumplimiento y garantía de los derechos cristalizados en esta norma.

Si bien se tratan de documentos bastante similares, puesto que mantienen las tres propuestas el esquema basado en riesgos, sí que se puede afirmar que la propuesta del Parlamento se presenta como una propuesta más garantista frente a la propuesta inicial de la Comisión y la propuesta del Consejo, que si presentan más similitudes.

Tras la presentación de propuestas de todos los actores implicados en el procedimiento, tuvieron lugar los trilogos o negociaciones durante intensos meses. Estos debates se intensificaron ya que en primavera de 2024 habría elecciones al Parlamento Europeo y, por tanto, habrían decaído los procedimientos legislativos de este periodo. Además, no existía garantía de que una posible nueva composición del Parlamento o una nueva Comisión pudiera estar en sintonía con los objetivos planteados y los trabajos realizados durante los años previos.

Es por esto por lo que el 8 de diciembre de 2023, durante la presidencia española del Consejo Europeo⁵⁰ se anunció el acuerdo provisional sobre la propuesta del Reglamento de Inteligencia artificial⁵¹. El acuerdo se validó el 13 de marzo de 2024, cuando se aprobó la Resolución legislativa del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativo. El 21 de mayo de 2024 el Consejo lo aprobó definitivamente y se publicó en el Diario Oficial el 12 de julio de 2024.

⁵⁰ Destaco este hecho por el interés que tuvo la Presidencia Española al respecto: (https://wayback.archive-it.org/12090/20240613065057/https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/media/5b3pyhyz/programa-de-la-presidencia-española-del-consejo-de-la-ue-2023_es.pdf) Ya en el punto 1 se marca como objetivo situar la Unión Europea como punta de lanza en la revolución tecnológica, fomentando un marco regulatorio que combine desarrollo tecnológico y defensa de los derechos de la ciudadanía.

⁵¹ *Artificial Intelligence Act: deal on comprehensive rules for trustworthy AI*, 2023 (<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20231206IPR15699/artificial-intelligence-act-deal-on-comprehensive-rules-for-trustworthy-ai>).

2.3 El Reglamento, una solución de consenso

El texto resultante es el resultado de la aportación de los numerosos actores europeos y, sin duda, una solución de consenso entre ellos. En primer lugar, hay que decir que mantiene el sistema basado en los riesgos, constante en todo el proceso. Mantiene los cuatro niveles ya mencionados -sistemas de inteligencia artificial prohibidas, sistemas de IA de alto riesgo, riesgo limitado y, por último, riesgo mínimo o nulo-. Por tanto, se puede concluir que esta regulación basada en sistema de riesgos ha gozado de un amplio consenso desde antes incluso de comenzar el procedimiento legislativo, siendo la opción más adecuada para regular una materia tan compleja como la que nos ocupa. Es así porque se trata, además, de una opción adecuada para intentar aunar los objetivos iniciales marcados respecto a la regulación de la IA⁵².

Por otro lado, mantiene en los considerandos las referencias explícitas a los valores de la Unión, a los derechos recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como a la democracia, Estado de Derecho y protección del medio ambiente, que había introducido la propuesta del Parlamento Europeo. Es decir, aumenta las referencias a las garantías de los derechos y los valores de la Unión. Postula el texto partiendo del requisito previo de que esta tecnología tiene que centrarse en el ser humano y ser una herramienta para las personas⁵³, lo cual es una clara referencia a su objetivo de protección de derechos fundamentales. Hace suyos, también, los principios mencionados en la propuesta del Parlamento Europeo y que fueron presentados por el Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre IA⁵⁴.

Se mantiene la exclusión de aplicación de la presente norma en lo referente a uso militar y de defensa (de acuerdo con el artículo 4.2 TUE), así como lo referente a la exclusión para fines de seguridad nacional -que sigue siendo competencia exclusiva de los Estados miembros-.

La definición sobre los sistemas de inteligencia artificial se ve modificada quedándose finalmente como: “sistema basado en un máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos o virtuales”. Si bien no coincide con ninguna propuesta anterior, sigue la línea de la última propuesta, puesto que se trata de la definición sobre sistema de inteligencia artificial adoptada por la OCDE en 2023.

Sin embargo, respecto a las prácticas de inteligencia artificial prohibidas el Reglamento aprobado se asemeja más a las propuestas del Consejo o a la inicial de la Comisión y por tanto permitiendo más prácticas que el texto del Parlamento. Por ejemplo, sobre la regulación de identificación biométrica, que es uno de los asuntos que ha sido sujeto a más cambios durante el procedimiento. Por un lado, la postura del Parlamento Europeo proponía una regulación más restrictiva, llegando a prohibir la utilización para identificación en tiempo real, la propuesta inicial del Consejo permitía esta utilización en varios supuestos, concretamente en tres. Finalmente, la posición final abraza la propuesta inicial del Consejo y se permite la identificación biométrica en tiempo real en tres supuestos. El primero es la búsqueda de posibles víctimas de un delito, incluyendo menores desaparecidos; el siguiente caso es la situación de amenaza para la vida o seguridad física de personas, incluyendo posible atentado terrorista; el último es en el marco de una detención o localización de sospechosos de delitos cuyas penas máximas sean al menos de tres años. Como se puede ver, se trata de tres supuestos que pueden dar pie a multitud de situaciones, por lo que, en este caso, el resultado final del Reglamento ha sido menos garantista en la protección de la ciudadanía frente a posibles vulneraciones en la utilización de estos sistemas⁵⁵. Si cabe mencionar que esta regulación final genera una mayor indeterminación respecto a la posible interpreta-

⁵² G. Maria Marisco, *L'approccio basato sul rischio*, en G. Cassano y E.M. Tripodi (cur.) *Il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, 2024, p. 377-392, p. 384.

⁵³ Véase el considerando 6.

⁵⁴ Véase el considerando 27.

⁵⁵ De nuevo y dado que no es el tema central de este artículo me remito para más información a L. Escajedo San-Epifanio, *El reconocimiento biométrico*, cit., y M. Lucena Pérez, *El reconocimiento mediante biometrías*, cit.

ción por parte del Estado y las autoridades encargadas de valorar la concurrencia de las situaciones habilitantes⁵⁶.

Cristaliza, además, las medidas de apoyo a la innovación, generando espacios controlados de pruebas para la inteligencia artificial, que deben cumplir con una serie de requisitos. Establece la posibilidad de probar sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo fuera de espacios controlados con unas obligaciones asociadas – la necesidad de disponer de un consentimiento informado para aquellos que participen en estos escenarios, por ejemplo.

Crea instituciones para garantizar la gobernanza de los sistemas de inteligencia artificial. En primer lugar, siguiendo la aportación de la posición del Parlamento, crea la Oficina de inteligencia artificial que se encargará de desarrollar los conocimientos y la capacidad de la Unión respecto al ámbito de la inteligencia artificial. Además, se crea el Consejo Europeo de Inteligencia Artificial, que deberá estar formado por un representante de cada Estado miembro y tendrá como funciones las labores de coordinación del cumplimiento del Reglamento. Es decir, de vigilar el mercado y también de asesorar a la Comisión y a los Estados en materia de este Reglamento. Asimismo, establece un foro consultivo compuesto por representantes de las empresas, sociedad civil y mundo académico encargados de asesorar a los órganos ya mencionados. Por último, se funda un grupo de expertos científicos independientes de número a precisar que velen por la garantía de cumplimiento de esta norma. Respecto a la gobernanza, el Reglamento asumió algunas de las propuestas del Parlamento respecto a la creación de órganos con miembros de la sociedad civil.

Las sanciones se mantienen como garantía del cumplimiento para las empresas. Estas se canalizan a través de los Estados miembros que deberán comunicar a la Comisión. Sin embargo, será el Estado miembro el que soberanamente pueda decidir el organismo capacitado para imponer estas sanciones, pudiendo ser los órganos jurisdiccionales u otros organismos. A su vez, el Supervisor Europeo de Protección de Datos también está habilitado para imponer multas administrativas.

Por último, hay que mencionar que, a pesar de haber sido aprobado y publicado en julio de 2024, su entrada en vigor tiene un sistema escalonado. De tal forma que, lo referente sistemas prohibidos y de alto riesgo no fue aplicable hasta el 2 de febrero de 2025; algunos apartados a partir del 2 de agosto de 2025, las obligaciones derivadas del mismo a partir del 2 de agosto de 2027 y el resto del Reglamento a partir del 2 de agosto de 2026⁵⁷. Por tanto, gran parte del Reglamento aún no es aplicable, gozando las empresas de una suerte de *vacatio legis* durante este periodo, ya que no están obligadas a cumplir con las obligaciones hasta que sea aplicable.

Se puede concluir que se trata de una norma que trata de reunir las contribuciones de las diferentes instituciones a lo largo del procedimiento legislativo, es decir, una solución de consenso entre las instituciones. Si bien la propuesta del Consejo ha sido la que más ha inspirado al texto final, especialmente en lo referente a los sistemas de alto riesgo. Respecto a la propuesta del Parlamento, se han asumido muchas aportaciones, como las continuas referencias a los valores de la UE o la creación de la Oficina de la IA. Sin embargo, estos aspectos, si bien son importantes, no son tan relevantes en la garantía de los derechos fundamentales. Es decir, la UE, finalmente, intentando mantener el equilibrio entre los dos objetivos mencionados, ha dado prioridad al desarrollo del mercado tecnológico (y por tanto económico) frente a la creación de un instrumento que implicara una mayor garantía de protección de los derechos humanos. Basta comparar el Reglamento de IA con el Reglamento de Protección de Datos para distinguir cómo el RGPD reconoce una protección alta de un derecho fundamental, mientras que el Reglamento de IA regula la tecnología y sus productos⁵⁸. De hecho, según algunos autores⁵⁹, la protección de los derechos frente a la IA es una finalidad accesorio de este Reglamento frente a la mejora de funcionamiento del mercado interior. Se trataría de una regulación que ha seguido en parte el modelo

⁵⁶ C. Casonato y B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea*, cit., p. 422.

⁵⁷ Véase el artículo 113 del Reglamento.

⁵⁸ F. Loré, *Il sistema di IA*, en Cassano y E.M. Tripodi (cur.) *Il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, 2024, p. 397 ss.

⁵⁹ A. Aguilar Calahorra, *Competencia de la Unión Europea en materia de inteligenci*, cit., p. 132.

del constitucionalismo digital y del enfoque ético, si bien en ningún momento ha abandonado la visión de mercado que caracteriza a la Unión Europea y es desde donde ha regulado el fenómeno.

3. El Consejo de Europa y el Convenio Marco sobre IA

Como ya se ha mencionado, la búsqueda de protección de los derechos respecto al riesgo que supone la IA no sido únicamente sujeto de interés por parte de la Unión Europea. Diversas instituciones supranacionales, así como Estados han mostrado su preocupación e interés en regular esta materia. En este sentido, cabe destacar por su estrecha relación con la Unión Europea, las actuaciones del Consejo de Europa⁶⁰. Ya en 2018 comenzaron los trabajos para evaluar el impacto que tendría la IA en los derechos humanos, con especial incidencia en derechos como la tutela judicial efectiva, protección de datos personales, libertad de expresión, libertad de asociación y reunión, prohibición de no discriminación, derechos sociales y derechos políticos⁶¹.

Siguiendo estos trabajos, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó una serie de principios éticos básicos relacionados con las aplicaciones de la inteligencia artificial, que serían la transparencia, justicia, responsabilidad humana en la toma de decisiones, seguridad, privacidad y protección de datos⁶².

Es en este contexto cuando se plantea la regulación de la inteligencia artificial a través del Consejo de Europa. Ya en 2019, los ministros de los Estados miembros se reunieron en una conferencia de alto nivel para tratar el tema de la regulación de la inteligencia artificial en el marco de: "Governing the Game Changer - Impacts of artificial intelligence development on human rights, democracy and the rule of law"⁶³, organizada en Helsinki. En ella se establece un comité con delegaciones de cada Estado – Comité de Inteligencia Artificial del Consejo de Europa – y se decidió valorar la viabilidad de la creación de un marco jurídico para regular la IA. Sin embargo, no fue hasta el 2022 cuando se retomó la actividad de este Comité, ya sí, con el propósito de elaborar un tratado internacional⁶⁴.

A este objetivo se unieron los Estados miembros del Consejo de Europa, los cuarenta y seis, además de otros Estados no europeos interesados y que comparten valores: Argentina, Australia, Canadá, Costa Rica, Vaticano, Israel, Japón, México, Perú, Estados Unidos de América y Uruguay. Además de otras organizaciones de la vida civil⁶⁵. Sin embargo, como en la mayoría de las negociaciones de tratados, se enfrentaron a una serie de problemas como el corto plazo que se habían propuesto para su regulación o la dificultad de conciliar puntos de vista comunes en un grupo tan variado, puesto que había Estados u organizaciones con una tendencia a una mayor regulación del sector privado que otros.

Finalmente, el 17 de mayo de 2024, tan solo tres meses después de la aprobación del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa aprobó el "Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y derechos humanos, democracia y Estado de derecho"⁶⁶.

Se trata del primer tratado internacional que regula la inteligencia artificial. Destaca de este texto su visión claramente humanista, ya que centra su redacción en la dignidad humana y en los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y consolidados en la jurisprudencia del Tribunal de

⁶⁰ M.A. Presno Linera y A. Meuwese, *La regulación de la inteligencia artificial en Europa*, cit.

⁶¹ Council of Europe study DGI(2017)12 (<https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>)

⁶² M.A. Presno Linera y A. Meuwese, *Ibid.*, p. 136

⁶³ Conferenza di Helsinki sull'intelligenza artificiale (https://www.coe.int/en/web/portal/news-2019/-/asset_publisher/gaVFYRTI7hqZ/content/id/45222231?com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_gaVFYRTI7hqZ_languageId=it_IT#p_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_gaVFYRTI7hqZ)

⁶⁴ A. Galera Victoria, *Inteligencia artificial*, cit., p. 280

⁶⁵ El Consejo de Europa adopta el primer tratado internacional sobre inteligencia artificial (<https://www.coe.int/es/web/portal/-/council-of-europe-adopts-first-international-treaty-on-artificial-intelligence>).

⁶⁶ CM(2024)52-final - Committee on Artificial Intelligence (CAI) - Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law (<https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:%220900001680afb11f%22,%22sort%22:%22CoEValidationDate%20Descending%22%7D>).

Derechos Humanos. Este instrumento, además, se caracteriza por su flexibilidad, ya que permite que los Estados que se adhieren a este tratado lo implementen en su Estado en un margen de maniobra posible dentro de su soberanía. De tal forma que su redacción resulta amplia y abierta, pues busca generar un marco global, que pudiera llegar a ser global⁶⁷. Es por esto por lo que el Convenio permite que los Estados se vinculen por completo o adoptar algunas medidas.

Sí garantiza este texto transparencia y supervisión en distintos contextos y riesgos específicos. Además de dotar a la ciudadanía con la posibilidad de presentar recursos legales para las personas que hayan podido ver vulnerados sus derechos humanos por los sistemas de inteligencia artificial.

Nos encontramos, pues, ante un texto que tiene varios puntos en común y varias diferencias con el Reglamento de IA⁶⁸. Respecto a las principales diferencias, cabe destacar los ámbitos de aplicación. Mientras que el Reglamento busca ser de aplicación directa en los Estados que forman parte, el Convenio tiene una vocación más global, abriendo la puerta a que los suscriban más Estados aparte de los miembros del Consejo de Europa, además de abrir la posibilidad a que los Estados no se vinculen en todo el texto. Otra diferencia radica en la razón de cada uno, por un lado, el Reglamento de IA busca regular el mercado de la IA, por tanto, es muy extenso y exhaustivo, frente al Convenio Marco, que se trata, como su nombre indica de un mínimo a partir del cual los Estados pueden regular la IA y basado en regulación basada en principios y no tanto en normas concretas. Por último, siguiendo la lógica que se mantiene sobre la función de ambos instrumentos, el Reglamento, como ya se ha señalado, establece unas sanciones en caso de incumplimiento o vulneración, mientras que el Convenio Marco deja abiertos los mecanismos a utilizar para garantizar su cumplimiento.

Se trata, pues, de un texto regulatorio con una visión claramente alienada con la ética de la IA, ya que permite una flexibilidad que el Reglamento, por sus propias características no permite. El hecho de que sea un instrumento al que pueda acogerse a las partes interesadas los distintos Estados hace de él un instrumento no tan coercitivo, pero no por ello menos eficaz, ya que puede alternar su aplicación en coordinación con otras normativas o códigos de conducta que garantizarían la aplicación de una visión humanista en el uso de la IA.

4. Conclusiones

Cabe preguntarse si el resultado del Reglamento sobre inteligencia artificial y los otros ejemplos en el plano internacional se puede afirmar que han generado el “Efecto Bruselas” o no.

Por un lado, es cierto que la Unión Europea ha sido el primer actor internacional en generar un marco jurídico que regule la inteligencia artificial de forma completa, consiguiendo colocarse como ejemplo para el resto de las regulaciones globales, cumpliendo así con el “efecto Bruselas”. Sin embargo, en este caso podríamos encontrar ante un “efecto Bruselas” matizado o incluso puesto en duda.

En primer lugar, por un lado, como ya se ha mencionado, el propio Consejo de Europa siguió los pasos de la Unión Europea y propuso un instrumento jurídico para regular la inteligencia artificial a través del Convenio Marco. Otro ejemplo es Brasil que, tal y como se ha mencionado, está regulando actualmente los sistemas de inteligencia artificial con un enfoque similar al presentado en el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea. Además, numerosos actores políticos internacionales, Estados como China o – incluso la ONU – han coincidido con la Unión Europea en la importancia y necesidad de regular la inteligencia artificial. Atendiendo a estos hechos, se podría afirmar que la Unión Europea ha conseguido ser capaz de posicionarse como pionera en la regulación y conseguir que otros actores internacionales sigan su estela, prestándole especial atención a la regulación de los derechos humanos.

Si bien el instrumento elegido para la regulación de la inteligencia artificial a nivel de la Unión Europea ha cumplido con los objetivos iniciales de ser pionero en la regulación de la inteligencia artificial en el plano mundial y hacerlo garantizando el respeto a los derechos humanos. Visto el procedimiento y

⁶⁷ A. Galera Victoria, *Inteligencia artificial*, cit., p. 281.

⁶⁸ M.A. Presno Linera y A. Meweuse, *La regulación de la inteligencia artificial en Europa*, cit. p.148.

aportaciones de los distintos organismos, el resultado no ha sido tan ambicioso. El instrumento elegido, a pesar de ser un Reglamento – y de esta forma vincular inmediatamente a todos los Estados miembros – ha adoptado formato de elaboración de producto y tal y como señala la profesora Escajedo San-Epifanio⁶⁹ éste no debería ser el instrumento adecuado para regular aspectos tan delicados como los derechos fundamentales.

Por tanto, sí. La Unión Europea ha conseguido convertirse en pionera, pero no ha conseguido elevar tanto el estándar de garantía de los derechos humanos como podría haberse hecho, tal y como se cristalizó en la propuesta del Parlamento. Frente a los dos objetivos, se le ha dado un mayor peso a favorecer el impulso económico para conseguir colocar a la Unión en una mejor posición en la carrera tecnológica frente a elevar la protección de los derechos de la ciudadanía.

En este sentido, quizás el Convenio Marco del Consejo de Europa ha conseguido ser un instrumento que ofrece una mayor referencia a la protección de los derechos humanos y las posibles vulneraciones con el uso de la inteligencia artificial. La diferencia de contenido entre ambos coincide perfectamente con los propósitos con los que fue fundada cada organización. Mientras que el Consejo de Europa surgió con la idea de proteger los derechos humanos y, por tanto, su regulación pivota sobre la protección de estos. La Unión Europea surgió como una idea generar un mercado único, por lo que es coherente que el instrumento elegido ponga énfasis en el desarrollo tecnológico. Sin embargo, hace ya tiempo que la Unión Europea a través del mercado único ha conseguido convertirse en una organización que también preserva los derechos humanos de la ciudadanía, por tanto, podría haberse apostado por una regulación más ambiciosa a este respecto.

Si bien en cuanto a contenido el propósito principal del Convenio Marco es la protección de los derechos de las personas y el del Reglamento es de creación de un mercado digital a nivel de la Unión Europea respetando los derechos de las personas. Si que hay que destacar el hecho de que el Reglamento de IA, a pesar de quizás no ser tan garantista, probablemente podrá resultar más efectivo en la garantía de derechos fundamentales. De hecho, la regulación del mercado ha sido y es en muchas ocasiones la forma que tiene la UE para proteger a su ciudadanía y mitigar el efecto de la globalización. De hecho, es coherente con la continuidad histórica del constitucionalismo en sus orígenes. Actualmente, tal y como se ha defendido al inicio de este trabajo, las constituciones no pueden enfrentarse a la nueva realidad global, por lo que es mediante la regulación del mercado europeo el único modo de intentar poner coto a las grandes empresas transnacionales tecnológicas. En este sentido, siguiendo al profesor Balaguer Callejón, la regulación de la IA en el plano de la Unión Europea es la forma que permite preservar la esfera constitucional de los Estados⁷⁰. Seguramente, la interpretación en conjunto del Reglamento de IA de la Unión Europea y el Convenio Marco podrán resolver algunos de estas cuestiones y hacer que se genere una suerte de constitucionalismo digital europeo tratando esta cuestión a la luz de ambas normas.

Además, hay que mencionar la situación en el plano global, puesto que, como ya se ha hecho alusión en este texto, se trata de una cuestión para la que no basta con una regulación fragmentada. El cambio en el ejecutivo de los Estados Unidos, que ha cambiado el paradigma respecto a la regulación o no de la inteligencia artificial, nos plantea la cuestión de si la Unión Europea podrá aplicar su regulación e incluso, plantearse una mayor protección de los derechos humanos. Es evidente que el “efecto Bruselas” parece no haber operado en este Estado y, tal y como se señala la propia autora de este concepto, este efecto puede convertirse en amenaza frente a las políticas de desregulación que está imperando en Estados Unidos⁷¹. Por tanto, la Unión Europea, en conjunto con el Consejo de Europa, puede convertirse en la esperanza mundial frente al riesgo para los derechos humanos que puede suponer la no regulación de esta tecnología.

⁶⁹ L. Escajedo San-Epifanio, *El reconocimiento biométrico*, cit.

⁷⁰ F. Balaguer Callejón, *La regolamentazione digitale europea*, cit.

⁷¹ Anu Bradford, jurista: “El mayor arancel de todos es la incertidumbre” (https://elpais.com/ideas/2025-07-05/anu-bradford-jurista-el-mayor-arancel-de-todos-es-la-incertidumbre.html?event_log=oklogin)

No se trata, únicamente, de una cuestión europea, puesto incluso el Secretario General de la ONU, Antonio Guterres,⁷² ha alertado sobre las posibles amenazas que puede suponer la inteligencia artificial en caso de que no se regule a favor de un desarrollo sostenible y haciendo que toda la ciudadanía, y no solo los poderosos de este sector, se vean beneficios por los avances que, sin duda, supone la utilización de la inteligencia artificial.

Por ahora, las compañías tecnológicas han cumplido su objetivo en Estados Unidos, conseguir que no se regule la materia para poder actuar sin ninguna limitación. En este sentido, la Unión Europea ha sido capaz de dar una respuesta frente a este desafío y, de esta forma convertirse en baluarte de la defensa de los derechos en el plano global. En cualquier caso, debe ser objetivo del constitucionalismo estar alerta a las posibles injerencias en el cumplimiento de los derechos fundamentales que puede producirse mediante el uso de estas tecnologías. Se puede defender el progreso, pero no a costa de los derechos fundamentales. La Unión Europea debería ser capaz de hacer valer su influencia y mantener la defensa de los derechos, sobre todo en el contexto actual de cambio de paradigma. Frente a la idea de quedarnos atrás en el progreso tecnológico – en el caso de así fuera por tener una regulación garantista para los derechos humanos – la Unión Europea debe ser capaz de poder defender que se puede respetar los derechos a la misma vez que se permite el progreso tecnológico. De hecho, el objetivo debería ser, tal y como afirma el Secretario General de la ONU, un progreso que sea capaz de mejorar las condiciones de toda la ciudadanía y no solo de unos pocos.

El Reglamento de la Inteligencia artificial es, sin duda, una buena noticia para el constitucionalismo, sin embargo, no debemos conformar y se debe seguir exigiendo, frente a modelos desregulatorios, una mayor ambición a la hora de proteger los derechos humanos y, en definitiva, la propia democracia. En ese sentido, su interpretación junto al Convenio Marco del Consejo de Europa puede ser capaz de generar un marco adecuado para el desafío de la IA en el constitucionalismo.

Abstract

La inteligencia artificial plantea un reto para el constitucionalismo debido a la dificultad de su regulación y a la necesidad de articularla a escala supranacional. La Unión Europea ha sido capaz de aprobar un reglamento en respuesta a este desafío, en el que se intenta aunar el respeto a los derechos fundamentales y la innovación y la investigación. Algunos Estados y organizaciones internacionales han seguido su ejemplo mientras que, otros, como Estados Unidos, han tomado el camino contrario. No obstante, el resultado del Reglamento es fruto del intenso trabajo de las instituciones europeas y sus distintas aportaciones, algunas más centradas en la garantía de los derechos y otras en la innovación tecnológica. El Convenio Marco del Consejo de Europa viene a aportar un mayor peso a regulación ética de la IA y, así generar, un estándar más alto de protección en el nivel europeo.

Palabras clave: *Reglamento inteligencia artificial, inteligencia artificial, garantía de derechos, procedimiento legislativo, Convenio Marco del Consejo de Europa.*

*

Artificial intelligence poses a challenge to constitutionalism due to the difficulty of regulating it and the need to articulate it at a supranational level. The European Union has been able to pass a regulation in response to this challenge, which attempts to combine respect for fundamental rights with innovation and research. Some states and international organisations have followed suit, others, such as the United States, have taken the opposite path. However, the outcome of the AI-Act is the result of intense work by the European institutions and their various contributions, some more focused on guaranteeing rights and others on technological innovation. The

⁷² “Guterres: Debemos evitar un mundo de ricos y pobres en materia de IA”, Noticias ONU, 11.02.2025 (<https://news.un.org/es/story/2025/02/1536401#:~:text=>).

Council of Europe Framework Convention gives greater weight to the ethical regulation of AI and thus generates a higher standard of protection at European level.

Key words: *Artificial intelligence Act, artificial intelligence, guarantee of rights, legislative procedure, Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence*

Food consumption and legal protection: a comparative analysis of Italian and English legal frameworks^()*

Rosamaria TRISTANO*

Summary: 1. Food consumption and sustainability 2. The protection of the food consumer in Italian law 3. The protection of the food consumer in English law 4. A case study: greenwashing and green claims 4.1 Greenwashing and green claims in the Italian legal system 4.2 Greenwashing and green claims in the English legal system 5. Comparative remarks and conclusion

1. Food consumption and sustainability

Sustainability¹ has recently emerged as a defining paradigm in the regulation of food production and consumption, requiring legal systems to reconcile consumer protection, market integrity, and environmental objectives within a coherent normative framework.

Sensitivity and attention to this issue have grown steadily in recent years. In September 2015, the UN General Assembly sub-wrote the 2030 Agenda for Sustainable Development: an action program for people, the planet and prosperity focused on 17 “Sustainable development goals”, common objectives aimed precisely at achieving this condition.

The European Union has also brought environmental protection and food consumption closer to the concept of sustainability, expressly citing sustainable growth among the objectives to be promoted and furthermore, in 2001, the Gothenburg European Council approved the European strategy for sustainable development, adopting a long-term strategic plan aimed at outlining a community policy framework in favor of sustainable development and to coordinate its interventions in order to achieve a sustainable level of economic, social and environmental development.

^(*) Questo contributo si inserisce nel programma Onfoods: Onfoods si colloca nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che il Governo italiano ha predisposto nell'ambito del programma Next Generation EU. Project “ON Foods - Research and innovation network on food and nutrition Sustainability, Safety, and Security - Working ON Foods”, financed by the European Union – Next Generation EU - National Recovery and Resilience Plan (PNRR) - Mission 4 Component 2 Investment 1.3 - Notice No. 341 of 15/03/2022 from the Italian Ministry of University and Research; Project data: Protocol of the request PE0000003, financing concession decree No. 1550 of 11/10/2022, CUP B93B22000070006. ONFOOD Sresearch project. Si veda la pagina web ufficiale: <https://onfoods.it/>.

* Assegnista di ricerca, università di Pavia.

¹ The universally recognized definition of sustainability is considered to be that of the Brundtland Report entitled Our common future of 1987 (World Commission on Environment and Development, Our Common Future, Brundtland Report, 1987), which identifies it for the first time as a condition for development capable of “ensuring the satisfaction of the needs of the present generation without compromising the possibility of future generations to realize their own”. The idea of the need for environmentally friendly economic development began to spread already in the '70s, and takes into account the inevitable impact on this future with the aim of reconciling the satisfaction of present needs with the guarantee of future generations' well-being. The origin of the concept is the awareness of the exhaustibility of natural resources, but its meaning has progressively expanded to include, in addition to the ecological aspects, also the economic and social ones, all interconnected. Today, in fact, sustainability indicates an approach to development aimed at achieving constant and preferably growing environmental, social and economic well-being, with a view to leaving future generations a quality of life no lower than the current one.

Still today, sustainability is among the main objectives of policies of the European Union, which already in 2010 had placed sustainable growth among the pillars of the Europe 2020 strategy and which, subsequently, adopted as part of the 2019 Green Deal a set of political strategies based on sustainability proposed by the European Commission with the general objective of achieving climate neutrality in Europe by 2050.

In particular, among these, the Farm to fork strategy (COM (2020) 381 final), as an integral part of the European Green Deal, outlines a systemic approach to food sustainability, linking the reform of agri-food supply chains with consumer health protection and the reduction of the environmental impact of products and aims to achieve sustainability objectives in the food sector, setting specific targets to be achieved by 2030 to transform the food system ensuring that it is healthy, equitable and environmentally sustainable.

Today, food consumption represents one of the sectors in which sustainability acquires paradigmatic relevance, not only from an environmental standpoint but also from an economic and social perspective. The growing awareness of consumers towards ethical and environmental aspects in the choice of food products has led to a profound transformation of the market, where sustainability has become a central competitive factor and an element of differentiation of supply.

The ecological transition in the agri-food sector does not concern production alone, but rather involves the entire value chain and, consequently, the modalities of consumer information and protection, and, from this perspective, consumption choices oriented towards sustainability produce a systemic impact on market regulation.

Thus, a specific regulation is required, in order to respond to a threefold need for protection: on the one hand, to protect the consumer, aiming to prevent his economic behaviour from being distorted to such an extent as to lead him to make commercial choices which, otherwise, would have had a different direction, on the other hand to protect the manufacturing companies, which would otherwise be damaged by the disloyalty of the behaviour carried out by their competitors, and finally to protect the environment, allowing you to choose products that are truly more environmentally friendly.

This makes a comparative reflection appropriate on the adequacy of existing legal instruments of consumer protection. The food sector constitutes a sort of regulatory laboratory in which consumer law, competition law, and environmental law converge in the construction of rules aimed at ensuring informational fairness, competitive integrity, and the protection of long-term collective interests.

Accordingly, the growing relevance of environmental claims in the food sector requires to question the limits of current legislation and the capacity of the law to balance transparency requirements, freedom of enterprise, and consumer protection in a global context where sustainability becomes not only an ethical value but also a normative benchmark.

For this reason, through the comparative analysis of Italian legislation, directly influenced by European legislation, and English legislation, both expressly inspired by the principle of sustainable development, this research aims to assess the extent to which the legal instruments set up in these countries are able to guarantee an adequate level of consumer protection in the food sector, focusing on the fight against potentially misleading environmental declarations.

The relationship between food consumption and sustainability, in fact, cannot be fully understood without considering the broader set of determinants that influence consumer choices and behaviors. Legal frameworks governing information, advertising, and product labelling play a pivotal role in shaping such determinants, as they regulate the flow of knowledge on which consumers rely when assessing the environmental and ethical dimensions of food products. Within this context, comparative analysis of Italian and English law sheds light on how different regulatory traditions address the balance between consumer protection, market freedom, and the promotion of sustainable consumption. By examining the legal instruments that ensure transparency, prevent misleading practices, and safeguard consumer trust, it becomes possible to identify how the law not only protects individual rights but also operates as a structural factor in orienting collective consumption patterns towards more sustainable models.

2. The protection of the food consumer in Italian law

The protection of the food consumer in the Italian legal system is based on a composite regulatory framework that integrates the general discipline of European origin with specific sectorial regulation for food products. At the general level, the primary source of reference is Legislative Decree No. 206/2005, known as the Consumer Code, which transposed Directive 2005/29/EC² on unfair commercial practices along with other subsequent directives.

Articles 18 to 27 of the Code delineate the regulatory framework on unfair commercial practices, distinguishing between misleading and aggressive practices. In particular, article 20 prohibits unfair commercial practices, defined as those contrary to professional diligence and capable of appreciably distorting the economic behavior of the average consumer, while article 21 defines misleading commercial practices as those that mislead the consumer through untruthful information that induces him to make a decision that he would not otherwise have made. Article 22 further specifies that misleading practices may also consist of the omission of relevant information that the average consumer, given the circumstances of the case, needs to make an informed commercial decision, thereby inducing him to choose differently from what he otherwise would have done.

These rules set out the general definitions of unfair and misleading commercial behavior, and the key to understanding the scope of protection lies in the criterion of the relevant commercial decision, since unfairness is measured not only by the abstract truthfulness of the information but also by its capacity to affect consumer conduct.

From this perspective, the rules place consumer law on a level closely connected with the proper functioning of the market, highlighting the link between informational transparency and fair competition.

Article 23, on the other hand, operates as a normative annex that crystallizes a catalogue of practices, listed in a non-exhaustive manner, that are considered misleading *per se* and therefore prohibited, regardless of proof of actual consumer deception or their impact on the relevant commercial decision, which is presumed in view of their inherent gravity.

From a systematic point of view, these provisions demonstrate the legislator's intention to adopt a dynamic notion of deceptiveness, not limited to mere factual falsehoods but extended to any communicative modality capable of compromising the consumer's contractual freedom. This approach is particularly relevant in light of contemporary market dynamics, where commercial communication assumes increasingly sophisticated forms and conveys value-laden content, as in the case of environmental claims.

Exclusive competence to address unfair commercial practices lies with the Italian Competition Authority (AGCM), which, under article 27, plays a central role through its power to investigate and prohibit practices deemed unfair, as well as to order their cessation, even as an interim measure. The provision also allows the Authority to impose ancillary measures such as the publication of corrective statements or the dissemination of its decision in order to restore the informational balance distorted to the detriment of the consumer. Furthermore, article 27 governs the imposition of administrative fines proportionate to the seriousness and duration of the conduct and authorizes the Authority to cooperate with other administrative bodies or sectoral regulators whenever the technical nature of the matter so requires.

In this way, article 27 establishes a model of protection that combines *ex post* repression of harmful behavior with preventive and corrective measures. The provision also underscores the market-guiding function of the Authority, enabling it not only to suppress unfair practices already in place but also to issue interpretative guidelines that contribute to legal certainty and predictability of commercial conduct.

² Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market [2005] OJ L149/22.

The administrative enforcement system reflects the legislator's fundamental choice to favor this mechanism over a purely judicial approach, thereby ensuring greater timeliness and effectiveness of protection, especially in sectors characterized by highly pervasive advertising messages with the potential to immediately affect consumer choices. Article 27 therefore configures the AGCM as a regulatory authority for widespread protection, entrusted not only with repressive functions but also with guiding operators, in accordance with a preventive and corrective model of market regulation. Particularly significant is the power to impose corrective advertising measures, which goes beyond the mere cessation of unlawful conduct and strengthens the principle of transparency by aiming to restore the informational balance violated by misleading practice. Such a restorative function protects not only directly affected consumers but also fair competition in the marketplace.

Alongside this general discipline for consumer protection, a specific sectorial framework applies in the field of food law, also of European origin. Regulation (EC) No. 178/2002³ on the general principles of food law, known as the *General Food Law Regulation*, constitutes the founding act of European food safety law and represents a turning point in the process of regulatory harmonization at Union level. It establishes the general principles and requirements of food law, introducing a unified and coherent set of rules capable of overcoming national fragmentation and fostering consumer and business trust in the circulation of products. The Regulation identifies food safety as a cornerstone value of the internal market, while simultaneously ensuring the protection of human health and the interests of consumers. Its pillars include risk analysis⁴ as the basis of regulation, the precautionary principle in cases of scientific uncertainty⁵, and the primary responsibility of food business operators to ensure that products placed on the market are compliant.

Although it pursues a technical-health objective, the Regulation is situated at the crossroads of competition law and consumer protection, since food safety is not merely a product quality requirement but an element essential to the fair functioning of the market.⁶ The central role attributed to the consumer as the holder of a fundamental right to food safety further highlights the connection between food law and the broader evolution of personal rights within the Union legal order. It has therefore been argued that the Regulation, while primarily aimed at public health protection, has come to represent a veritable constitutional charter of European food law, insofar as it sets out principles of general scope that are directly applicable in national legal systems.

The Regulation also serves as a legitimizing and coordinating instrument for national laws, shaping the powers of supervisory authorities and regulating relations between operators and consumers.

In this sense, Regulation 178/2002 does not merely provide a technical framework but sketches a true model of multilevel governance⁷ in which food law becomes an instrument of legal integration and a means of fostering confidence in the internal market.

³ Regulation (EC) 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority, and laying down procedures in matters of food safety [2002] OJ L31/1. For doctrinal discussion, see among others A. Santini, *European Food Law Ten Years after Regulation (EC) No 178/2002* in A. Lupone, C. Ricci and A. Santini (eds.), *The Right to Safe Food: Towards a Global Governance*, Torino, 2013, p. 251.

⁴ Regulation (EC) No. 178/2002 establishes risk analysis, comprising risk assessment, risk management, and risk communication, as the foundation of European food law. This tripartite structure ensures that regulatory measures are science-based (risk assessment by EFSA), balanced against broader policy considerations (risk management by institutions), and transparent to the public (risk communication), thereby aligning food safety governance with both scientific objectivity and consumer protection.

⁵ Article 7 of Regulation (EC) No. 178/2002 codifies the precautionary principle in EU food law, allowing provisional risk management measures to be adopted where potential harmful effects on health are identified but scientific uncertainty persists, provided that such measures are proportionate, non-discriminatory, and subject to review in light of new scientific evidence.

⁶ See: F. Albinetti, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, 2017.

⁷ In general, on the multilevel legal system generated by the European integration process see: L. Moccia, *Appunti sull'idea di "diritto privato multilivello"* in F.P. Traisci (ed), *Il diritto privato regionale alla luce del Titolo V della Costituzione*, Napoli, 2007, p. 305; L. Moccia, *La "cittadinanza europea" come "cittadinanza differenziata" a base di un sistema "multilivello" di diritto privato* in E. Calzolaio (ed), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea. Atti del convegno internazionale Macerata 30 settembre – 1 ottobre 2005*, Milano, 2006, p. 69.

Furthermore, the Regulation already perceives food labeling as a vehicle of transparency in communication with consumers and as a tool for widespread market control. This reflects significant progress in favor of consumers as the addressee of protective rules against misleading practices, coupled with health protection considerations⁸. A genuine right not to be misled emerges, in that the information provided must be accessible and comprehensible, also in order to avoid adverse health effects caused by a food or category of foods, as provided in Article 14. In this sense, the label conveys information that, on the one hand, enables the consumer to make informed choices and, on the other, ensures the high level of health and consumer protection required by Union law.

Food labeling⁹ is further regulated by Regulation (EU) No. 1169/2011¹⁰, implemented in Italy by Legislative Decree No. 231/2017, which governs consumer information and sets uniform requirements for the labeling, presentation and advertising of food. The aim of the Regulation is to ensure a high level of consumer protection with regard to food information, taking into account consumer perception of the conveyed message, while at the same time ensuring the proper functioning of the internal market¹¹. Moving within a perspective aimed at consumer protection alongside the needs of the internal market and competition, the Regulation not only sets out specific rules on information but also articulates a principles-based approach that food business operators must observe, instrumental to both consumer safety and the interests of stakeholders¹².

The Regulation reflects the legislator's awareness that knowledge of the basic principles of nutrition and adequate nutritional information on foods significantly contributes to informed consumer choices¹³. It therefore builds on previous legislation by focusing on concepts such as readability and comprehensibility of labels, as well as marketing-related aspects, such as the placement of information within the consumer's field of vision.¹⁴ These cognitive mechanisms are crucial in purchasing decisions, especially concerning foods with specific nutritional profiles, and make promotional messages more accessible to consumers, thereby enhancing their ability to orient themselves and the market¹⁵.

Regulation 1169/2011 adopts an extensive definition of "food information" and simultaneously extends the application of unfair information practices rules to advertising and presentation of foods¹⁶. From a systematic analysis of the Regulation, it is clear that detailed and clear labeling, as required by

⁸ Under article 8, in particular, it states that: "Food law shall aim at the protection of the interests of consumers and shall provide a basis for consumers to make informed choices in relation to the foods they consume. It shall aim at the prevention of: (a) fraudulent or deceptive practices; (b) the adulteration of food; (c) any other practices which may mislead the consumer."

⁹ Regarding environmental labelling, see: A. Ferrante, *Extending Ecolabelling in Response to Climate Change* in O. Quirico, W. Baber (eds.), *Implementing Climate Change Policy: Designing and Deploying Net Zero Carbon Governance*, Cambridge, 2024, p. 264; A. Ferrante, *Etichetta ambientale alimentare: tra sostenibilità e tutela giuridica del consumatore* in C.M. Cascione, G. Giannone Codiglione, P. Pardolesi (eds.), *Public and Private in Contemporary Society*, Roma, 2024, p. 639.

¹⁰ Regulation (EU) 1169/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on the provision of food information to consumers [2011] OJ L304/18.

¹¹ On the balance between new consumer requirements and the protection of the internal market see: L. Costato, *Le etichette alimentari nel nuovo regolamento 1169/2011*, in *Quaderni dei Georgofili, Tracciabilità ed etichettatura degli alimenti. Partecipazione e sicurezza*, Firenze, 2012, p. 71. For an in-depth analysis, see ex multis: M. Alabrese, *Le novità introdotte dal Reg. UE n. 1169/2011 con riguardo alle informazioni obbligatorie (UE e Stato) e volontarie sugli alimenti ai consumatori* in G. Strambi, A. Germanò (eds.), *Il nuovo diritto agrario dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 9.

¹² N. Lucifero, *L'etichetta dei prodotti alimentari nel Reg. (UE) n. 1169/2011* in G. Strambi, A. Germanò (eds.), *Il nuovo diritto agrario*, cit., p. 45.

¹³ See recital 10 and A. Di Lauro, *Nuove regole per le informazioni dei prodotti alimentari e nuovi analfabetismi. La costruzione di una "responsabilità del consumatore"* in *Rivista di diritto alimentare*, VI (2) / 2012, p. 4.

¹⁴ See recitals 41, 46, and art. 49. For an in-depth analysis, see: S. Carmignani, *La tutela del consumatore tra comunicazione e informazione* in A. Germanò, E. Rook Basile (eds.), *Il diritto alimentare tra comunicazione e sicurezza dei prodotti*, Torino, 2005, p. 159.

¹⁵ K. Menrad, *Market and Marketing of Functional Food in Europe*, in *Journal of Food Engineering*, 2003, p. 181; A. Annunziata, P. Pascale, *Consumers' Behaviours and Attitudes Toward Healthy Food Products: The Case of Organic and Functional Foods*, European Association of Agricultural Economists, 113th Seminar, September 3-6, 2009, Chania, Crete, Greece.

¹⁶ S. Bolognini, *La disciplina della comunicazione B2C nel mercato agro-alimentare europeo fra scelte di acquisto consapevoli e scelte di acquisto sostenibili* in L. Scaffardi, V. Zeno-Zencovich (eds.), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, in Atti del XXIV Colloquio Biennale AIDC, Parma 2019, Roma, 2020, p. 660.

the legislator, serves not only to safeguard competition but also to protect consumer health by enabling them to select safe food and to know the substances they ingest. The Regulation sets out a list of mandatory particulars¹⁷ and provides that these must appear on the label in a language comprehensible to consumers, while allowing the use of one or more official Union languages for products circulating on national markets¹⁸. Information must be available and accessible for all foods and, in the case of pre-packed foods, it should also appear on the packaging or a label attached thereto¹⁹. These specifications consolidate the relationship between clarity and transparency on the one hand, and facilitate comprehensibility on the other.

In the same direction of enhanced consumer protection, Regulation 1169/2011 links product quality with the fairness of advertising. Although the notion of quality is elusive and highly subjective, the Regulation requires that certain characteristics must be expressed in order to prevent food information from misleading consumers or attributing to food effects and properties it does not possess. This entails that advertising campaigns, despite their promotional purposes, cannot disregard the correctness of the conveyed message. Among the most relevant obligations are the indication of allergens, the nutritional declaration, the country of origin, and, in some cases, the method of production.

Article 36 further allows the inclusion of voluntary information, provided it is not misleading, ambiguous, or deceptive to the consumer. Coordinating with Article 7, which establishes that information must not mislead consumers, particularly regarding product characteristics such as nature, identity, properties, composition, method of manufacture or production, and environmental impact, the provision explicitly refers also to advertising and anticipates the subsequent debate on green claims.

Finally, while earlier EU legislation on information obligations was mainly characterized by the rapidity of intervention linked to the rapid alert system and the precautionary principle, Regulation 1169/2011 adopts an approach grounded in transparency, responsibility, and effectiveness, aimed at food safety that considers consumers' specific dietary choices.

For this purpose, the European legislator identifies groups of information primarily concerned with health protection, namely: information on consumer health protection and safe use of food and information on nutritional characteristics²⁰. This emphasis builds on, and is consistent with, the earlier allergen directive²¹, underlining the importance of indicating ingredients or processing aids that may alter food or cause allergies or intolerances²². Thus, consumer health protection operates not only dynamically through food safety mechanisms but with greater concreteness and effectiveness, addressing not the abstract "average consumer," but the real individual whose physiological conditions and reactions to certain nutrients must necessarily be taken into account²³.

3. The protection of the food consumer in English law

The English legal framework concerning the protection of food consumers is defined by a complex interaction between statutory regulation and judicial interpretation, which together delineate the scope of protection against misleading and unfair practices.

¹⁷ Regulation (EU) No. 1169/2011 of the European Parliament and of the Council relating to the provision of food information to consumers, cit. art. 9

¹⁸ Article 15

¹⁹ Article 12

²⁰ I. Canfora, *Informazioni a tutela della salute e conformazione del contenuto negoziale tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Rivista di diritto agrario*, 93(2)/2014, p. 123.

²¹ Directive 2003/89/EC of the European Parliament and of the Council of 10 November 2003 amending Directive 2000/13/EC as regards the indication of ingredients contained in foodstuffs [2003] OJ L308/15.

²² Regulation (EU) No 1169/2011 of the European Parliament and of the Council on the provision of food information to consumers, cited in Articles 9 and 21.

²³ On this point for further information: P. Borghi, *"Alimento a rischio", allergeni e altre criticità nella comunicazione alimentare* in *Rivista di diritto alimentare* 16(4)/2022, p. 73.

Core legislative instruments such as the Food Safety Act 1990, the Food Information Regulations (FIR) 2014, and the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 lay the foundations of consumer protection regulation establishing a general prohibition of misleading commercial conduct.

The Food Safety Act 1990 constitutes one of the cornerstones of English food law. It marks a turning point compared to the previous fragmented regulatory framework, and was conceived as a response to growing social and political concerns linked to the food crises of the 1980s. It represents an attempt to integrate consumer protection needs with those of proper market functioning, with a structure that anticipated solutions later incorporated into European law by a decade.²⁴

With this legislation, the British legislator introduced a comprehensive and structured system aimed at ensuring food safety throughout the entire supply chain, placing primary responsibility on business operators and outlining a normative framework designed to prevent conduct harmful to consumer health.

The central importance of the Food Safety Act lies in its establishment of strict liability on operators: it is not necessary for the producer or distributor to have acted with intent or negligence for their conduct to be qualified as a violation: it is sufficient that the marketed food does not meet safety requirements or is liable to mislead consumers.

Case law clarified this aspect unequivocally in *R v. Greenfield Foods Ltd*²⁵, which held that the mere placing on the market of harmful food constitutes a violation regardless of the mental element, thus reinforcing the strict liability model that characterizes the framework.

This approach has guaranteed greater deterrence, moreover, it significantly affects the configuration of civil remedies as well, allowing claims for damages based on the breach of a statutory duty.²⁶

However, there is no shortage of contact points with the subsequent European regulation, as evident from another pillar of this legislation, that concerns the regulation of consumer information, including labeling, presentation, and advertising of foodstuffs. The Food Safety Act, in fact prohibits not only the dissemination of false information, but also that which is liable to mislead the average consumer regarding the nature, composition, origin, or effects of the product.

In this respect, *R v. Tesco Stores Ltd*²⁷ clarified that the assessment of misleadingness should not be confined to a material truthfulness test, but must also consider the capacity of the communication to influence consumers' economic choices.

This interpretation consolidated a substantive and dynamic approach that transcends the mere factual element and converges with the rationale subsequently elaborated at the European level in Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices.

The importance of the Act also emerges in the allocation of enforcement powers. It grants local authorities wide-ranging powers, including the ability to seize, withdraw, or destroy food deemed dangerous, thereby strengthening a system of prevention that goes beyond mere repression.

This model of multi-level governance has had a strong influence on European Union law too, in fact the 1990 framework laid the groundwork for the 2002 General Food Law, anticipating the centrality of the precautionary principle and risk analysis as regulatory criteria²⁸.

The Food Safety Act 1990, in fact, anticipated guidelines later adopted by the European legislator with Regulation (EC) no. 178/2002, such as the introduction of a system which, like the European General Food Law, was based on the primary responsibility of food operators, on a regime of strict liability and on the importance of information transparency as a necessary condition for consumer protection.

It is no coincidence that the European Regulation takes up and develops central elements of the Food Safety Act: from the precautionary principle, which in England translated into broad powers of

²⁴ G. Howells, S. Weatherill, *Consumer Protection Law*, Farnham, 2005, p. 178.

²⁵ *R v Greenfield Foods Ltd* [1994] 1 WLR 1091.

²⁶ C. Willett, *Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms*, London, 2007, p. 215.

²⁷ *R v Tesco Stores Ltd* [1993] 1 WLR 1205.

²⁸ B. van der Meulen, *EU Food Law Handbook*, Wageningen, 2020, p. 61.

intervention by local authorities, to the role of information as a widespread control tool, a topic that the European legislator has explored further in the Reg. 1169/2011.

Case-law also highlights the parallelism between the two systems in the comparison between the English decisions that interpreted the 1990 framework and those of the Court of Justice of the European Union on labelling and food safety. For example, the mentioned case *R v. Tesco Stores Ltd* [1993] placed emphasis on the suitability of communication to influence consumer choices, anticipating the criterion of “relevant commercial decision” which will be the core of the European discipline on misleading practices. Similarly, the jurisprudence of the Court of Justice, from *Commission v. Germany* (C-178/84) to *Darbo* (C-465/98), has developed a substantial concept of truthful and transparent information, moving in a convergent direction with the English orientations.

From this perspective, the Food Safety Act 1990 and the General Food Law Regulation of 2002 are not autonomous or isolated instruments, but rather pieces of a single evolutionary process, which has led to the affirmation of food safety and information transparency as common legal goods, located at the crossroads between health protection, consumer protection and safeguarding fair competition.

Therefore, the Food Safety Act must be understood in the broader dialogue between public regulation and private law remedies. Breach of the statutory duties established by the Act may not only result in administrative or criminal sanctions, but also in a relevant basis for civil liability claims. In this respect, English case law has recognized that non-compliance with statutory obligations constitutes a breach of “statutory duty,” the violation of which triggers civil liability, thereby expanding consumer protection.

Ultimately, the Food Safety Act 1990 may be regarded as a junction between the common law tradition, focused on civil liability and the repression of fraudulent conduct, and a systemic, preventive approach that anticipated later European harmonization.

The most significant legacy of the Act lies in shifting the focus from the punishment of violations to the construction of a comprehensive system of prevention, deterrence, and shared responsibility, making food safety and transparency not only cardinal principles of consumer protection but also essential conditions for the proper functioning of the competitive market.²⁹

In addition to the provisions regarding food, the general legislation aimed at protecting the consumer must be added, namely, the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, that represent the legislative instrument through which the United Kingdom transposed Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, introducing into the common law system a comprehensive framework on transparency, fairness, and loyalty in consumer relations.

This body of rules marks a crucial turning point in the English tradition, historically fragmented between common law principles of misrepresentation and sector-specific provisions, by laying the foundations for a unitary system aligned with the European model of consumer protection.

The transposition of the Directive required a conceptual leap within English law, replacing a predominantly remedial and case-based approach with an *ex ante* discipline, focused on preventing distortive effects on the economic behaviour of the average consumer.³⁰

The Regulations are characterized by the central role attributed to the notion of the “average consumer”, borrowed from the case law of the Court of Justice of the European Union³¹ which has progressively consolidated an objective benchmark designed to balance consumer protection with the freedom of competition among traders.

This concept, initially foreign to common law reasoning, required significant interpretative adaptation by English courts, which had to abandon the individualized perspective of the “reasonable consumer” in favour of a typified model, defined through statistical abstraction. For example, in *Office of*

²⁹ G. Howells, H.W. Micklitz, T. Wilhelmsson, *European Fair-Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Farnham, 2006, p. 203.

³⁰ G. Howells, S. Weatherill, *Consumer Protection Law*, cit., p. 198.

³¹ See, *inter alia*, Case C-210/96 *Gut Springenheide* [1998] ECR I-4657.

*Fair-Trading v Purely Creative Ltd*³², the Court of Appeal confirmed that the assessment of a misleading practice does not depend on the perception of a particularly vulnerable consumer, but on the judgment of the average consumer, thereby aligning English law with the principles of European law.

Substantively, these Regulations, as well as the Italian consumer code, regulate three broad categories of conduct: misleading actions, misleading omissions, and aggressive practices. In addition, Schedule 1 contains a list of commercial practices considered unfair in all circumstances, the so-called banned practices that crystalized *per se* prohibitions, without the need to prove actual consumer harm.

Judicial practice has played a central role in clarifying the scope of the Regulations. In *Food and Drink Federation v. Secretary of State for Health*³³, where the High Court affirmed that mandatory information requirements may legitimately restrict commercial freedom in the interest of consumer protection, thereby aligning with the proportionality analysis developed in EU jurisprudence; moreover, in *R (Sustain) v. Secretary of State for Health*³⁴ was confirmed the necessity of robust evidentiary support for health-related representations, a principle readily extendable to environmental claims. Finally, in *Tesco Stores Ltd v. Guardian News & Media Ltd*³⁵, the court highlighted the reputational and economic relevance of sustainability communications, recognizing that civil liability for misrepresentation may function as a corrective tool even in the absence of regulatory sanction.

Overall, what emerges from these decisions is a judicial orientation towards functional convergence with European standards, grounded in the protection of consumer autonomy as the paramount legal value.

Yet, unlike the European model, where the legislator progressively expands the catalogue of black-listed practices, the English system remains characterized by a reliance on judicial balancing and on the flexible concepts of “misleading action” and “misleading omission” under the 2008 Regulations.

This underscores the privatistic orientation of English consumer food law, where contractual and tort-based remedies integrate administrative enforcement.

This hybrid model reflects the English preference for pragmatic adjudication and incremental development of standards through case law rather than codified categories,³⁶ and judicially elaborated concepts of fairness and reasonableness play crucial role in consumer protection.

English consumer food law, despite Brexit, remains structurally tied to European principles of risk analysis, precaution, and transparency, albeit through a more litigation-driven trajectory.³⁷

The systemic significance of the Regulations goes beyond their repressive function, positioning them at the intersection of consumer law and competition law, thereby acting as a tool of market regulation as well as individual protection. It contributed to shaping a hybrid model in which transparency of information and commercial fairness are not merely values of consumer protection but also structural conditions for the efficiency of the market and the collective trust of consumers.

The CPRs are not only a transposition measure but also a meeting point between the common law tradition and the new European regulatory logic, in which consumer protection converges with the requirements of market governance.³⁸

Finally, the regulatory framework is completed by the Food Information Regulations (FIR) 2014, which represent a crucial milestone in the development of English food law, standing as the principal instrument for the domestic transposition and adaptation of Regulation (EU) No. 1169/2011 on the provision of food information to consumers. The Regulations operate within a legal framework already shaped by the Food Safety Act 1990, which had introduced a regime of strict liability for food business

³² *Office of Fair-Trading v Purely Creative Ltd* [2011] EWCA Civ 920.

³³ *Food and Drink Federation v Secretary of State for Health* [2015] EWHC 123.

³⁴ *R (Sustain) v Secretary of State for Health* [2016] EWHC 2723.

³⁵ *Tesco Stores Ltd v Guardian News & Media Ltd* [2012] EWHC 3098 (QB).

³⁶ G. Howells, S. Weatherill, *Consumer Protection Law*, cit. pp. 157-192.

³⁷ B. Van der Meulen, *EU Food Law Handbook* cit. pp. 45-68.

³⁸ G. Howells, H.W. Micklitz and T. Wilhelmsson, *European Fair-Trading Law*, cit., p. 203.

operators, but they add a more systematic and preventive dimension, centred on information as a prerequisite for the consumer's contractual autonomy.

The function of food labelling and presentation goes beyond the mere repression of deception, becoming an instrument of market regulation and of the promotion of public health.³⁹

From a substantive perspective, the Regulations establish a comprehensive set of rules that prohibit not only the dissemination of false information, but also of statements liable to mislead the average consumer concerning the nature, composition, origin, or the quality of food.

English courts have already interpreted this notion broadly, clarifying that even literally accurate information may constitute a violation if capable of improperly influencing consumer choices and in the mentioned case *R v. Tesco Stores Ltd* [1993] 1 WLR 1205, although predating the FIR, the court already stated that misleadingness must be assessed in relation to the capacity of the communication to affect consumer decisions, thereby anticipating an approach later consolidated by the 2014 framework.

A particularly relevant aspect of the FIR lies in the regulation of nutritional and health-related information, addressing the need to prevent marketing practices attributing to food products beneficial properties that are non-existent or scientifically unproven.

This discipline reflects a process of "medicalization" of food law, whereby information assumes the role of nutritional education and public health protection and case law has aligned with this perspective, emphasizing the substantive role of labelling. In *R v. Food Standards Agency ex parte Dudley Metropolitan Borough Council*⁴⁰, the court stressed that incorrect or incomplete information regarding the origin of a product does not merely affect the consumer's contractual rights, but undermines fair competition and collective trust in the market.

Comparatively, the FIR 2014 exemplify the adaptation of English law to a regulatory model of continental origin, based on harmonization and uniformity.

The transposition of Regulation 1169/2011 into the British context demonstrates how food law has become a field of strong legal integration, in which common law has progressively embraced tools and categories of European regulatory law,⁴¹ in turn already previously influenced by the Food Safety Act of 1990. And the continuity of the FIR after Brexit, subject only to institutional adjustments, confirms their structural centrality for both the market and consumer protection.

The FIR 2014 are not merely a technical instrument for the implementation of EU obligations, but rather an integral part of the evolution of English food law towards a preventive and information-based model. They reinforce transparency as a cornerstone of consumer freedom of choice and mark the transition from a repressive paradigm to a systemic and preventive one⁴². In this sense, the FIR stand as a normative bridge between the English tradition and the European experience, consolidating the core principles of contemporary food law: safety, fairness, and informational responsibility.

4. A case study: greenwashing and green claims

Following the examination of the regulatory frameworks on food consumption in Italy and England, the analysis must now confront the more complex issue of environmental commercial communication, which has revealed the need for legal instruments capable of countering systematic practices of misinformation and deception, such as greenwashing and the voluntary environmental declarations commonly known as green claims, which are especially widespread in the food sector.

The analysis of *green claims* and the risks of *greenwashing* in the food sector, in fact, forms part of the wider debate on the factors that shape consumer behaviour in relation to sustainability. Legal rules on transparency and fairness in commercial communication are closely linked to the way

³⁹ G. Howells, S. Weatherill *Consumer Protection Law*, cit., pp. 198 ff.

⁴⁰ *R v Food Standards Agency ex parte Dudley Metropolitan Borough Council* [2016] EWHC 232.

⁴¹ B. Van der Meulen., *EU Food Law Handbook*, cit., p. 61 ff.

⁴² G. Howells, H.W. Micklitz, T. Wilhelmsson, *European Fair-Trading Law*, cit., p. 203 ff.

consumers make purchasing and consumption decisions, influencing how they perceive the environmental quality of products and how much trust they place in businesses. From this angle, the legal and comparative study of the relevant frameworks shows that the regulation of environmental claims is not limited to preventing misleading practices. It also plays a role in shaping the legal and socio-economic factors behind food-related behaviour, strengthening the law's ability to guide consumers towards more informed and sustainable patterns of consumption.

Both phenomena originate from consumer preference for products obtained or packaged through processes perceived as more consistent with a sustainable lifestyle, for which consumers are often willing to pay a premium price. This trend has frequently led companies to resort extensively to environmental declarations in the labelling and advertising of their products, with the aim of capturing a broader share of the market.

The expression *green claims* or *environmental claims* refers to all statements, indications, marks, labels, distinctive signs, images or advertising representations that influence and orient consumer choices by affirming or suggesting, even implicitly, that a product, a service, or a company's activity has a positive impact on the environment, is climate-neutral, or causes fewer negative effects compared to competing products or practices.⁴³ The unfair commercial practice consisting in the use of false, misleading, exaggerated or unverifiable green claims, designed to create in consumers the false perception that a product, service, or company is sustainable or environmentally responsible, is identified as *greenwashing*.⁴⁴

For the attainment of the declared objectives of sustainable food production and consumption, it thus becomes necessary to prevent the dissemination of erroneous or confusing environmental messages. This responds to a threefold need for protection: first, the protection of consumers, who must not see their economic behaviour distorted to the extent of making commercial choices they would otherwise not have taken; second, the protection of producers, who would otherwise suffer competitive harm from the unfair conduct of rivals; and third, the protection of the environment itself, by enabling consumers to select products that are genuinely more respectful of ecological values.

4.1 Greenwashing and green claims in the Italian legal system: the European Directive 2024/825/EU

In the Italian legal system, the prevention of greenwashing and the regulation of green claims fall within the scope of consumer protection, which, as seen before, also in the field of food consumption, represents the concretization and manifestation of European legislation that has developed at multiple levels, through the progressive stratification of rules evolving in parallel with the growing sensitivity to the matter.

The food sector, in particular, given its social and economic relevance, has clearly demonstrated the insufficiency of relying solely on the professional diligence criterion established by Directive 2005/29/EC, as the proliferation of generic or scarcely verifiable environmental statements in food marketing has made regulatory intervention and typification urgent and the statistical survey carried out in September 2021 under the coordination of the European Union's Consumer Protection Cooperation Network (CPC)⁴⁵ revealed that, among approximately 344 websites across different sectors, in 42% of cases the environmental claims made were exaggerated, false, or misleading, in 59% of cases no easily

⁴³ See W.S. Laufer, *Social Accountability and Corporate Greenwashing in Journal of Business Ethics*, 43/2003, p. 253.

⁴⁴ An early definition of greenwashing describes it as a communications and marketing strategy through which businesses seek to present themselves as environmentally responsible, while continuing to pursue environmentally harmful practices. This therefore consists of a manipulation of public opinion aimed at strengthening the social legitimation of the company and anticipating or neutralizing potential regulatory interventions, making activities that in reality are not compatible with sustainability. See S. Beder, *Global Spin: The Corporate Assault on Environmentalism*, Cambridge, 1997; S. Beder, "Greenwashing" in J. Barry, E.G. Frankland (eds.), *International Encyclopedia of Environmental Politics*, London, 2001, p. 254.

⁴⁵ European Commission, "Screening of Websites for "Greenwashing": Half of Green Claims Lack Evidence" January 2021 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_269).

accessible supporting evidence was provided, and in 37% of cases vague or generic terms such as “eco-friendly,” “green,” or “sustainable” were employed without clarification.

These findings confirmed the need to more effectively combat the phenomenon by establishing new rules, which led to the adoption of Directive (EU) 2024/825⁴⁶, the so-called Greenwashing Directive. This Directive represents one of the most significant European Union interventions to date in the field of consumer protection and the regulation of misleading commercial practices, with particular reference to environmental claims.

The measure is embedded within the broader framework of the green transition strategy set out in the European Green Deal and constitutes a significant integration into the discipline already contained in Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, which will necessarily undergo modifications upon its transposition, due by March 2026.

At the core of the reform lies the expansion of the notion of misleading commercial practice, through the inclusion among prohibited practices of specific categories concerning generic environmental claims, unverifiable assertions, or claims based on certification schemes lacking sufficient guarantees of independence. Thus, even in the area of greenwashing, the traditional application of the general criterion of the capacity to distort the economic choices of the average consumer is surpassed by the typification of expressly prohibited conducts. By way of example, the use of vague terms in the absence of verifiable scientific substantiation is now expressly prohibited, while until today, in Italy, these practices were occasionally subsumed by case law under the paradigm of misleadingness pursuant to Directive 2005/29/EC, but without the support of a specific regulatory framework.⁴⁷

In this sense, the 2024 Directive represents a systematic evolution that responds to the need for greater legal certainty, in line with the European legislator’s tendency to complement general rules with more detailed provisions in sectors of increasing social importance.⁴⁸

Another significant aspect of the Directive concerns the regulation of certification schemes and environmental labels. It expressly prohibits the use of sustainability labels not based on official certification schemes or not established by public authorities, as well as the use of generic environmental claims lacking recognized evidence of environmental excellence, or environmental claims referring to an entire product or company when they relate only to a specific aspect.

It further prohibits claims of climate neutrality based solely on emission offsetting without actual life-cycle reductions, as well as generic claims not supported by evidence or clear, objective, publicly available, and verifiable commitments.

The Directive also introduces a formal definition of certification schemes, laying down their essential requirements and elements so as to avoid the proliferation of private labels self-declared as sustainable without genuine reliability, and to regulate the legitimate and controlled use of sustainability marks.

Under the Directive, sustainability labels may only be awarded through certification schemes, namely, systems of third-party verification certifying that a product, process, or company complies with certain requirements and allowing the use of a corresponding sustainability mark.

⁴⁶ Directive (EU) 2024/825 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2024 amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU as regards consumer empowerment for the green transition [2024] OJ L, 6 March 2024.

⁴⁷ An emblematic case is that of provision no. 20559 of 10 December 2009 with which the AGCM sanctioned the San Benedetto Mineral Water Company for unfair commercial practices due to the environmental declarations formulated in their advertisements, which emphasized the environmental compatibility of the new line of bottles used. The provision was confirmed by Consiglio di Stato which, with the decision no. 1960 of 27 April 2017, stated that, although “directive 2005/29/EC does not contain specific provisions on environmental claims. However, it provides a legal basis to ensure that professionals do not submit environmental claims unfairly to consumers and can be summarized in two essential principles: (a) professionals must submit their eco-reports clearly, specifically, accurately and unambiguously, in order to ensure that consumers are not misled (pursuant to art. 6 and 7 of the Directive) and (b) traders must have evidence to support their statements and be prepared to provide it to the competent supervisory authorities in a comprehensible manner where the statement is contested (under Article 12 of the Directive)”. Consiglio di Stato, decision no. 1960 of 27 April 2017, confirming AGCM provision no. 20559, 10 December 2009 (https://mdp.giustizia-amministrativa.it/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=201106970&nomeFile=201701960_11.html&subDir=Provvedimenti).

⁴⁸ H.W. Micklitz, N. Reich, P. Rott, *Understanding EU Consumer Law*, Mortsels, 2009, p. 771.

Such schemes may be established and managed by public authorities or by private entities, but must comply with four conditions established by the Directive: they must be open to all economic operators willing and able to comply under transparent, fair, and non-discriminatory conditions; their requirements must be developed in consultation with experts; they must have procedures to address cases of non-compliance with the possibility of revoking or suspending the use of the label; and their verifications must be carried out on the basis of objective procedures conducted by third parties independent from both the producer and the scheme itself.

The introduction of such schemes assumes particular relevance in the food sector, where, given the close link to health and lifestyle considerations, the granting of sustainability certifications carries significant weight in consumer purchasing decisions, making consumers especially sensitive to the influence of green claims.

This is particularly significant in light of the fact that the European Ecolabel, established under EU regulation and subject to strict transparency and control criteria, is not applicable to food products. Consequently, sustainability certifications in this sector are always conferred by private schemes, all falling within the scope of the directive, such as Rainforest Alliance, Fairtrade, and Carbon Trust, certifying respectively the sustainability of agricultural crops, the respect of fair working conditions, and the carbon footprint of products.

The Directive further reinforces the role of national enforcement authorities, requiring Member States to adopt effective, proportionate, and dissuasive sanctions, in line with Regulation (EU) 2017/2394 on consumer protection cooperation. Its purpose is to reduce information asymmetries and counter practices which, while not always amounting to outright falsity, still distort consumer decision-making. In this sense, the Directive aligns with a model of regulatory consumer law that does not confine itself to repressing individual conduct, but rather seeks to shape the structural conditions of a sustainable and transparent market.

The approach of the Directive, in fact, reflects a co-regulation model, in which private autonomy is coordinated with public oversight, thereby preventing ineffective or merely symbolic self-regulation.

From a systemic perspective, Directive (EU) 2024/825 marks a further step in the materialization of consumer law, where the paradigm of informational transparency is enriched by qualitative content linked to environmental sustainability. The evolution of European consumer law thus tends to incorporate not merely legal values, such as environmental protection and social cohesion, transforming the discipline from a mere instrument of individual protection into a tool for achieving collective objectives.⁴⁹

The 2024 Directive, in fact, does not merely extend the scope of unfair commercial practice regulation, but signals the transition towards a second generation consumer law, in which protection against greenwashing acquires relevance not only as a defense against informational asymmetries but also as a means of steering markets towards sustainable production models. While such an approach raises questions regarding the balance between consumer protection and entrepreneurial freedom, it nonetheless underscores the centrality of sustainability as a guiding principle of European consumer policy, consistent with the objectives of the United Nations' 2030 Agenda and with the perspective of a twin transition, digital and green, that defines the new frontier of European regulation.

A further tightening of consumer protection was envisaged by the Proposal for a Directive 2023/0085 on environmental claims⁵⁰, the so-called Green Claims Directive, presented by the European Commission on 23 March 2023 within the framework of initiatives aimed at reinforcing the regulation of environmental communication, with particular reference to explicit claims made by businesses. Building upon the 2024 Greenwashing Directive, its objective was to introduce a binding legal framework ensuring the verifiability, transparency, and comparability of green claims, overcoming the fragmenta-

⁴⁹ H.W. Micklitz, N. Reich, P. Rott, *Understanding EU Consumer Law*, cit. p. 217.

⁵⁰ European Commission, "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on substantiation and communication of explicit environmental claims (Green Claims Directive)" COM (2023) 166 final, 22 March 2023.

tion and heterogeneity of national systems and ensuring greater consumer protection against greenwashing practices. The proposal envisaged stricter requirements for the lawfulness of environmental claims, subordinating them to rigorous criteria of scientific substantiation, requiring them to be supported by verifiable data and methodologically sound assessments.

It further introduced a preventive control mechanism entrusted to independent certification bodies tasked with assessing the accuracy of claims before they could be placed on the market, with particular attention given to climate-related claims such as carbon neutrality or offsetting, which were to be clearly distinguished between actual emission reductions and offsetting measures. The proposal thereby adopted a strongly public-law approach, built on disclosure obligations and a significant sanctions regime, providing for pecuniary penalties of up to 4% of annual turnover as well as exclusion from public procurement procedures for non-compliant undertakings.

The legislative process encountered significant controversy, particularly concerning the regulation of climate-related claims and mechanisms of prior certification. For this reason, in June 2025, the Commission announced the suspension of negotiations and its intention to formally withdraw the proposal, citing concerns that the imposition of overly burdensome obligations might disproportionately affect micro and small enterprises. This decision effectively stalled the legislative process, leaving the text in a state of suspension: not formally withdrawn, yet without any concrete progress in the interinstitutional dialogue.

4.2 Greenwashing and green claims in the English legal system

The widespread phenomenon of greenwashing also extends to England, which participated in the statistical survey conducted by the Consumer Protection Cooperation Network (CPC) in September 2021. Following this analysis, the Competition and Markets Authority (CMA) and the UK Parliament intervened and the regulatory framework, originally grounded in European-derived rules that continue to apply as retained EU law, has been progressively updated through the adoption of more recent legislation addressing environmental claims.

The Food Information Regulations (FIR) 2014, based on Regulation (EU) No. 1169/2011 on the provision of food information to consumers, together with Regulations (EC) Nos. 834/2007 and 889/2008 on organic production and certification, the Organic Products Regulations 2009, and the Organic Production (Control Bodies Certification) Regulations 2021, have introduced third-party verified environmental certification systems.

While not fully comparable to those governed by Directive (EU) 2024/825, these systems ensure reliability and accuracy of environmental certifications, thereby safeguarding the integrity of information supplied to consumers.⁵¹

In 2021, the Competition and Markets Authority⁵² issued specific guidance on environmental claims, entitled *Guidance for Businesses on Making Environmental Claims*, commonly known as the *Green Claims Code*. The designation “Code” is particularly significant, given the traditional detachment of English law from codification processes, which are inherently distinct in origin, purpose, and structure from the concept of law in the common law tradition. Unsurprisingly, the Green Claims Code is not a parliamentary enactment but a soft law instrument endowed with persuasive and interpretative authority,

⁵¹ With the exit of the United Kingdom from the European Union, membership of the EU Ecolabel system has ceased and, in the absence of a similar public certification system, only specific private systems remain for various sectors, such as the Carbon Trust label on emissions, the Red Tractor on agricultural quality standards and the RSPCA Assured on animal welfare. These and other similar certification systems, as private, follow their own rules and criteria without a harmonization of their procedures or criteria being envisaged. The English government exercises indirect supervision over them via the Trading Standards Agency and the Food Standards Agency (FSA), which verify that food environmental claims are not misleading and the Department for Environment, Food and Rural Affairs, which oversees organic production and authorizes private certifiers, but there is no single state body that issues or approves environmental marks for all products.

⁵² The UK Competition and Markets Authority which, has the power to investigate greenwashing, together with the Advertising Standards Agency (ASA) and the Financial Conduct Authority (FCA), and can initiate sanctioning proceedings in the event of irregularities.

intended both to orient business practices and to guide the enforcement activity of the CMA. It is not to be understood as a code in the strict legal sense, but as a code of conduct, an operational manual, that consolidates a set of guidelines for businesses aimed at ensuring the accuracy of environmental claims.

The declared objective of the Green Claims Code is to instill confidence in genuinely sustainable enterprises, enabling them to provide consumers with the information necessary to make informed choices. It is therefore an instrument directed at private actors, not to impose specific obligations, but to recommend best practices to ensure lawful and fair conduct. According to the Code, environmental claims are those which suggest that a product, service, process, brand, or business is environmentally beneficial. Such claims include assertions that a good or service has a neutral or positive environmental impact, is less harmful to the environment than an earlier version of the same good or service, or is less harmful than competing goods or services.

Its systemic significance lies in its ability to fill the gap left by the general legislative framework, in particular the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (CPRs), which, although implementing Directive 2005/29/EC, did not provide a detailed regime specifically tailored to environmental claims.

The Green Claims Code articulates six principles, compliance with which secures the fairness of environmental claims: they must be truthful and accurate, clear and unambiguous, free of omission or concealment of material information, based only on fair and meaningful comparisons supported by objective and verifiable criteria, reflective of the full life cycle of the product or service, and substantiated with robust documentary evidence and verifiable data.

Thus, the Code not only provides practical guidance but also formulates genuine legal standards for assessing environmental claims, translating general consumer law principles into operational benchmarks.

The innovative aspect lies in the fact that the Code extends beyond merely prohibiting misleading practices, broadening its scope to encompass scientific verifiability, communicative clarity, and informational completeness, thereby anticipating normative solutions later enshrined at the European level in Directive (EU) 2024/825. In this respect, it may be regarded as an attempt to construct a parallel regime of environmental responsibility in consumer law, one that supplements positive law and functions as an interpretative benchmark for courts.⁵³

From a regulatory technique perspective, the Green Claims Code demonstrates an evidence-based approach, since environmental claims must be supported by strong and verifiable evidence capable of withstanding independent scrutiny. This approach has reinforced, in CMA practice, the notion that environmental communication does not merely constitute a marketing strategy but a contractual component of the consumer relationship, capable of grounding civil liability in cases of deception. This perspective is consistent with the English contractual tradition, where misrepresentation may give rise to rescission or damages, and which the CMA has adapted within the framework of unfair commercial practices, reaffirming the English tendency to apply private-law remedies in contexts – such as consumer protection – where public authorities also intervene.

The principal limitation of the Code lies in its non-binding nature as a collection of guidelines, which entails the absence of sanctions for businesses responsible for misleading claims. For this reason, the Digital Markets, Competition and Consumers Act (DMCC) 2024 has intervened to strengthen the protection already afforded by the 2008 CPRs, introducing more effective consumer safeguards against practices liable to mislead, including environmental claims, although not explicitly referenced, while reinforcing the CMA's sanctioning powers.

The Act created a direct enforcement regime which attributes typically administrative decision-making and sanctioning powers to the Competition and Markets Authority (CMA), allowing it to investigate, ascertain violations of consumer rights, impose corrective measures and impose financial sanctions without always having to initiate traditional judicial proceedings. This regulatory choice largely replaces

⁵³ G. Howells, S. Weatherill *Consumer Protection Law*, cit., p. 198

and modernizes the previous scheme in which public action was predominantly mediated by access to the courts or by proceedings in which supervisory bodies presented judicial applications.

Therefore, it represents a paradigmatic shift in the architecture of consumer protection law in the United Kingdom, moving from a predominantly judicially mediated model of enforcement towards an administrative regime of direct intervention by the Competition and Markets Authority.

The Authority, in fact, is under a duty to conduct investigations expeditiously and to act “as soon as reasonably practicable”. Moreover, it has been conferred autonomous powers to issue infringement notices, enforcement directives, and impose substantial penalties without recourse to judicial proceedings.

In this revised framework, the Code functions as an operational benchmark for assessing the fairness of environmental claims, serving as a bridge between general statutory provisions and sector-specific enforcement practices. It directly influences the interpretation of “misleading practice” and “unfair commercial practice” under the law, positioning itself at the intersection of consumer protection, public health, and competition law, ensuring that environmental claims do not distort consumer perceptions of the actual value of food products.

An illustrative case is that of *Oatly Ltd*⁵⁴, a Swedish multinational food and beverage company that develops, manufactures, and markets plant-based alternative products for milk, repeatedly reported in 2022 for marketing its oat-based products as “climate positive” without providing adequate documentation of the methodologies used to calculate CO₂ emissions. One banned advertisement was a television ad that featured the claim, “Oatly generates 73% less CO₂ vs. milk, calculated from grower to grocer”, emphasized the brand’s lower carbon footprint compared to dairy and targeted the dairy industry’s environmental impact.

The Advertising Standards Authority (ASA), UK’s independent advertising regulator, found the claim misleading because it was based on a comparison between Oatly’s Barista Edition product and full-cream milk, which consumers might interpret as applying to all Oatly products. It was deemed misleading as it relied on selective data and also omitted crucial context, such as the environmental impact of almond farming.

Another banned advertisement was a social media campaign claiming that the dairy and meat industries “emit more CO₂ than all the world’s planes, trains, cars, boats, etc., combined”. The ASA determined this claim was also misleading because Oatly compared the full lifecycle emissions of the meat and dairy industries – accounting for activities like feed production, fertilizer use, and transportation – against transport industry emissions that only reflected direct emissions from vehicles.

Oatly also made a claim in two newspaper ads, saying more than 25% of the world’s greenhouse gases are generated by the food industry, and meat and dairy account for more than half of that. The ASA stated that this advertisement was misleading because Oatly included fish and eggs in its calculation of emissions for the meat and dairy industries, whereas consumers might reasonably assume the claim referred to a narrower definition limited to meat and dairy products alone.

A further claim, that “climate experts say cutting dairy and meat products from our diets is the single biggest lifestyle change we can make to reduce our environmental impact” also overstated the evidence.

The Advertising Standards Authority sanctioned the company, holding that the combination of evocative marketing and lack of verifiability constituted misleading commercial practice.

This approach exemplifies a preventive and substantive regulatory model in the food sector, one that transcends mere formal compliance of commercial communication and instead concentrates on the capacity of the claim to influence consumer economic decisions.⁵⁵

⁵⁴ *Dairy UK Ltd v Oatly AB* [2024] EWCA Civ 1453; ASA, Ruling on Oatly UK Ltd (26 January 2022) Ref A22-1138020.

⁵⁵ G. Howells, S. Weatherill *Consumer Protection Law*, cit., p. 201.

5. Comparative remarks and conclusion

The Italian and English legal systems offer a similar level of protection for the food consumer in many respects, but achieved through different rules, which reflect their different approach, the result of the difference between their legal traditions in the two countries.

In fact, even in the context of food consumption the English tendency emerges to apply criteria and tools closer to the private sector, rather than delegating the tasks of regulation, authorization and control entirely to public action, as is instead typical of the Italian discipline and, in general, of the European one.

Only with the DMCC Act of 2024, strengthening the powers of the CMA, the English system move towards a more public approach, combining the tools, typical of private law, applied by the consumer protection courts, with the possibility of direct intervention and moving closer to the approach of the 2024 Directive.

The DMCC Act and the Greenwashing Directive, in fact, pursue a shared policy objective: to strengthen protection against misleading environmental claims and to discipline market communications that distort consumer choice. Yet they do so from fundamentally different institutional and constitutional starting points, and those differences carry concrete legal consequences.

On substantive standards and burden of proof, both instruments converge in raising the evidential threshold applicable to environmental claims: claims must be clear, substantiated and lifecycle-sensitive rather than generic or merely evocative.

The Directive goes further than previous EU instruments by typifying prohibited behaviors and by prescribing governance requirements for certification schemes, distinguishing public EU schemes, such as the EU Ecolabel, from private labels and requiring higher scrutiny for the latter. On the contrary, in England environmental certifications are exclusively private, without there being a public certification scheme and a corresponding certificate, such as the European Ecolabel, and without specific requirements being laid down.

The DMCC Act consolidates powers in a single national authority, the Competition and Markets Authority, and equips it with extensive investigatory, corrective and sanctioning tools that can be deployed administratively and relatively swiftly. The Directive, by contrast, operates as an instrument of European harmonization that prescribes substantive prohibitions, minimum standards for certification schemes and a requirement that Member States provide “effective, proportionate and dissuasive” sanctions; it leaves the choice of enforcement architecture to national systems while seeking a common material baseline across the Single Market. In Italy, for instance, the AGCM is already invested with this role, and it is therefore foreseeable that the transposition of the directive will affect its powers.

The DMCC Act does not itself rewrite the substantive law of claims, having to leave room for member states for concrete intervention while the DMCC Act strengthen the CMA’s powers and its adoption of the Green Claims Code functionally elevate enforcement expectations, effectively narrowing the margin for unsubstantiated assertions by firms.

The practical consequence is that in the England a failure of substantiation will more readily attract an administrative sanction, whereas in Italy the same failure will be processed under national enforcement frameworks operating, therefore by the AGCM, against the common baseline set by the Directive.

For the food sector these structural differences have specific implications. Food labelling and sustainability claims commonly cross borders, involve supply-chain complexity, and implicate health and origin information that consumers treat as salient.

The Directive’s emphasis on lifecycle assessment, on transparency of methodological choices, and on prior authorization or stricter controls for private certification schemes is particularly proximate to food law’s needs: it promotes interoperable standards for environmental labelling that can travel with a product across the european single market.

The DMCC Act’s emphasis on immediate national enforcement will be powerful within the English market, but it risks creating regulatory divergence with Europe: producers and retailers operating in both jurisdictions will therefore face dual compliance demands, potentially raising transaction costs

and incentivizing forum shopping for regulatory advantage. Moreover, where the CMA imposes national remedies with extraterritorial economic effects, enforcement friction with Europe authorities may arise, requiring enhanced cooperation protocols.

It is still early to draw conclusions on the effectiveness of the two regulations, but in the coming years their application will make it possible to evaluate their success in guaranteeing an effective balance between freedom of enterprise and the protection of the consumer and the environment, while at the same time avoiding that the right limits itself to chasing market strategies, rather than orienting them in a truly sustainable sense.

Abstract

This work explores the comparative evolution of consumer protection in the food sector within the legal systems of Italy and England. Both jurisdictions address the increasing complexity of market narratives that intersect with ethical consumption, and product-related environmental attributes and share the awareness of the connection between food consumption and sustainability as an inspiring principle and a goal to reach. The Italian framework is shaped according to European canons and aligns with rules and principles stated by the related Regulations and Directives, including the recent Directive 2024/825/UE, related to the regulation of commercial communication, soon to be implemented in Italy by 2026. On the other side, the English regulation shares similar or identical principles, such as transparency, traceability, and informed choice, originally established or inherited from the European experience and maintained. In both legal systems, food consumer protection is shaped by a combination of public law safeguards and private enforcement mechanisms, also involving dedicated competent authorities through the interplay between general consumer protection norms and sector-specific provisions. However, the Italian framework emphasizes ex ante regulation and administrative controls, whereas the English system tends to favour ex post remedies, and regulatory guidance, reflecting their different nature and approach and showing how a different legal tradition can differently realize these principles into protection rules.

Key words: consumer protection, food law, greenwashing, green claims, sustainability

*

Questo lavoro analizza in ottica comparata l'evoluzione della tutela del consumatore nel settore alimentare all'interno degli ordinamenti giuridici di Italia e Inghilterra. Entrambi gli ordinamenti affrontano la crescente complessità delle narrazioni di mercato che si intrecciano con il consumo etico e con le caratteristiche ambientali dei prodotti, condividendo la consapevolezza del legame tra consumo alimentare e sostenibilità, intesa sia come principio ispiratore sia come obiettivo da perseguire. Il quadro normativo italiano è modellato secondo i canoni europei e si conforma alle regole e ai principi sanciti dai pertinenti Regolamenti e Direttive, tra cui la recente Direttiva (UE) 2024/825, relativa alla disciplina della comunicazione commerciale, la cui attuazione in Italia è prevista entro il 2026. Dall'altro lato, la regolamentazione inglese condivide principi simili o identici, quali la trasparenza, la tracciabilità e la scelta informata, originariamente stabiliti o ereditati dall'esperienza europea e successivamente mantenuti. In entrambi i sistemi giuridici, la tutela del consumatore alimentare è configurata attraverso una combinazione di garanzie di diritto pubblico e meccanismi di enforcement privato, con il coinvolgimento di autorità competenti, mediante l'interazione tra norme generali di protezione del consumatore e disposizioni settoriali specifiche. Tuttavia, il quadro italiano pone maggiore enfasi sulla regolazione ex ante e sui controlli amministrativi, mentre il sistema inglese tende a privilegiare i rimedi ex post e le linee guida regolatorie, riflettendo la diversa natura e impostazione dei due ordinamenti e mostrando come tradizioni giuridiche differenti possano tradurre in modo diverso gli stessi principi in regole di tutela.

Parole chiave: tutela del consumatore, diritto alimentare, greenwashing, green claims, sostenibilità

Consumer protection in digital markets: the Italian Competition Authority's experience^()*

Giovanni CALABRÒ*, Giulia CODACCI PISANELLI**

Summary: 1 Introduction 2 Consumer protection in the digital era 3 The AGCM enforcement practice 3.1. E-commerce and lack of physical interaction with the trader 3.2. Lack of ability to directly examine product quality 3.3 Online architecture and exploitation of behavioural biases 4 The path ahead 4.1. Effectiveness of the current toolbox 4.2. Multiple tools in digital markets: some insights from the case law in regulated sectors 5 Conclusion

1 Introduction

The digital revolution has transformed the landscape of commerce, bringing forth unprecedented opportunities and challenges for consumers. Indeed, the specific features of online networks may prove extremely beneficial for consumers, as they allow for quick comparisons of products and services, as well as easy selection of the most convenient commercial solutions.

In particular:

- market options are widened, and choice is significantly increased vis-à-vis traditional offline markets, as “proximity markets” become “global markets”;
- thanks to mobile devices, shopping is possible everywhere and at any time, meaning that “shops” are always open;
- information about the products and services on offer is easily accessible and also comes from other users (reviews, feedback). It is thus easy to turn to alternative suppliers.

Consequently, online networks allow cost savings and price reductions with regard both to the purchasing process, i.e. searching for the best available alternatives, and to the price of the products and services actually bought.

At the same time, however, the digital environment has specific peculiarities that may imply certain risks, including:

- the ‘disintermediation’ of the buying process and the ensuing loss of the ‘human factor’. Web pages and automated algorithms take the place of humans in providing information or even in making choices, hence increasing the likelihood of distortions and discontent, at least in the most complex and sensitive sectors, such as financial services;
- as a consequence of such disintermediation, there is an increased risk of fraudulent conduct;
- the deterrent effect of pecuniary sanctions is somewhat dampened, given the significant size of some online traders;
- there are important information asymmetries between the parties, as contracts imply consumers releasing information and personal data, which are collected by the trader or the intermediary platform

(*) The views and opinions expressed are those of the authors and do not necessarily reflect the views of the Italian Competition Authority.

* Chief of Staff of the Italian Competition Authority.

** Senior Adviser to the Chief of Staff.

and may then be used for various purposes, including profiling and personalisation techniques to target individual consumers.

In this context, it is crucial to ensure a high level of consumer protection, with a view to establishing a robust framework capable of shielding consumers from information asymmetries and potential pitfalls in the dynamic landscape of online transactions.

In Europe, new legislation has recently been introduced to adapt consumer laws to the evolution of the digital economy.

From the enforcement standpoint, national consumer-protection authorities have already carried out significant initiatives, tackling information asymmetries between consumers and online traders, as well as the lack of transparency, in order to enhance consumer awareness.

This paper explores the experience of the Italian Competition Authority (“AGCM”) in this context. In particular, Section 2 analyses the relevant consumer legislation in force; Section 3 describes the AGCM’s enforcement activity in this area; Section 4 suggests possible future developments; Section 5 concludes.

2. Consumer protection in the digital era

In Italy, the AGCM is competent to enforce national legislation implementing three European Directives, namely:

- a) unfair business-to-consumer commercial practices, pursuant to the ‘maximum harmonisation’ measures set by directive 2005/29/EC, the Unfair Commercial Practices Directive;
- b) consumer rights in distance contracts, pursuant to the ‘maximum harmonisation’ measures set by directive 2011/83/EU, the Consumer Rights Directive;
- c) unfair terms in consumers’ standard contracts, pursuant to the ‘minimum harmonisation’ measures set by directive 93/13/EEC, the Unfair Contract Terms Directive.

The notion of commercial practice enshrined in such legislation is rather broad, encompassing any conduct carried out in the context of an economic activity aimed at the promotion and/or marketing of goods or services¹.

This definition thus covers not only practices carried out before a commercial transaction, but also those occurring during and after the transaction². Therefore, online practices implemented by digital platforms, their commercial users, as well as other e-traders, are also caught by consumer legislation.

In order to target some specific features of digital markets, new provisions have been adopted by directive (EU) 2019/2161 (the “Omnibus”, or “Enforcement and Modernisation” Directive)³.

In particular, such legislation:

- adds to the unfair commercial practices directive blacklist the practices of: submitting or commissioning others to submit false consumer reviews or endorsements, or misrepresenting consumer reviews or social endorsements, in order to promote products; stating that reviews of a product are submitted by consumers who have actually used or purchased the product without taking reasonable and proportionate steps to check that they originate from such consumers; and providing search results in response to a consumer’s online search query without clearly disclosing any paid advertisement or payment specifically for achieving higher ranking of products within the search results;
- imposes further requirements aimed at maximising transparency, for example providing that personalised pricing mechanisms on online marketplaces must be clearly disclosed;
- explicitly acknowledges the economic value of data, including when they are provided as consideration for zero-priced goods or services. Consumers of ‘free’ digital services thus enjoy the same level of

¹ Lazio Regional Administrative Court, no. 30428/2010 and no. 6354/2011.

² Cf. Unfair Commercial Practices Directive, Article 3 and Legislative Decree No. 206 of 6 September 2005 (hereinafter “Italian Consumer Code”), Article 19.

³ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules.

protection as users of paid-for digital services, such as the right to withdraw within fourteen days of purchase;

- increases the fines applicable to infringements of EU relevance (i.e. concerning at least three EU countries), up to 4% of the trader's annual turnover in the EU Member States affected by the infringement, or EUR 2 million if turnover data are not available.

Legislative Decree no. 26/2023, implementing the Omnibus Directive, also increased the maximum fine for unfair practices of purely national dimension, from EUR 5 million to EUR 10 million. Pursuant to this decree, the AGCM can apply the same fines also in the case of unfair terms in consumer contracts⁴.

The AGCM has also been empowered to exercise the minimum powers set by Regulation (EU) 2017/2394 on cooperation between national authorities ("CPC Regulation"), with regard to purely national infringements. Such powers include the possibility to order a hosting service provider to remove, disable or restrict access to an online interface.

Against this background, the AGCM's recent enforcement activity offers useful insights into how consumer-protection tools are being applied to address emerging challenges in digital markets, demonstrating the effectiveness of the traditional enforcement toolkit, which in certain cases has even anticipated the scope and direction of the new powers now granted to the Authority.

3. The AGCM enforcement practice

As regards national enforcement practice, in recent years the AGCM has investigated a number of cases in the digital sector, with a view to safeguarding consumers' ability to make informed market choices.

Indeed, online markets share several similarities with their offline counterparts: practices such as fraud, deception or the dissemination of misleading information often mirror strategies long employed in traditional brick-and-mortar settings. However, the differences between online and offline environments may give rise to additional concerns, including stronger incentives to obfuscate prices, exploit behavioural biases, or adopt design strategies that would be difficult to replicate in physical markets. Moreover, information asymmetries, interface-design choices and complex platform architectures can introduce new forms of risk, broadening both the range and the impact of potentially unfair practices.

In this context, the AGCM has relied on the instruments provided by the Italian Consumer Code, adapting their use to the dynamics of digital environments and to the evolving techniques through which unfair practices may manifest online⁵.

3.1. *E-commerce and lack of physical interaction with the trader*

One of the most evident differences between online and offline markets concerns the absence of physical interaction with the seller. Usually, online consumers do not know the trader, nor whether the product is really and readily available, and cannot complain in the store if anything goes wrong.

The AGCM has investigated numerous cases concerning the failure to deliver products sold on the web, or to comply with delivery terms and to grant the right of withdrawal.

Such cases often concern electronics and household appliances for sale at heavily discounted prices, also through web domains operated by unidentified traders. In various decisions, the AGCM has ordered the Registrar to revoke the domain registration, in particular when the trader failed to deliver products sold online⁶.

⁴ Cf. Article 37-*bis* of the Italian Consumer Code.

⁵ Press releases for most of the cases mentioned are available in English on the AGCM website (<https://www.agcm.it/>).

⁶ PS12516, PS12539 and PS12489 - concerning traders advertising as affiliates of Mediaworld, 2023.

Consumers may be seriously harmed by such practices. For instance, in some cases consumers, after placing an order online, received an email requiring payment by instant bank transfer to private individuals; yet, after making the payment, they received nothing and were unable to contact the seller. In these situations, the Authority has adopted a swift and effective procedure to request the revocation of the web domain⁷.

On some occasions, the AGCM ordered the suspension of any commercial activities leading to the conclusion of new contracts, and blocked access to the website. In a case concerning the promotion of subscriptions relating to credits to be spent with e-commerce traders, which turned out to be unavailable, the AGCM issued an interim measure to temporarily suspend all activities aimed at concluding new contracts for the sale of such subscriptions. It is worth noting that such measures were imposed without previously hearing the defendant, as any delay would have caused irreparable harm to consumers⁸.

In 2023, Legislative Decree No. 26/2023, implementing Regulation (EU) 2017/2394 (CPC), expressly empowered the AGCM to order the removal of online content, although the Authority had already exercised this power by directly applying the CPC Regulation.

In particular, in 2020, during the Covid-19 health emergency, the AGCM ordered the shutdown of websites marketing medicinal products without the required authorisation to sell medicines online. Already in 2014, the Authority had taken down several websites selling counterfeit products, pursuant to Directive 2000/31/EC on electronic commerce⁹.

However, such orders can be easily circumvented by traders, as website owners may simply open new webpages with similar content, making only a slight change to the web address and thereby frustrating the AGCM's enforcement efforts. For this reason, in order to ensure greater effectiveness, the AGCM has recently acted not only against the website owner but also against the individual identified as the sole shareholder and sole director of the company involved, imposing the fine jointly and severally¹⁰. In addition, Legislative Decree No. 26/2023 introduced the possibility to track financial data, which may help identify those actually responsible for the unlawful conduct.

3.2. Lack of ability to directly examine product quality

In online environments, where there is no physical interaction between the seller and the consumer, it may be more difficult for users to assess the quality of goods or services. As a result, consumers must rely on alternative signals, such as reviews and ratings, making it essential that these indicators are genuine, accurate and trustworthy.

The AGCM has addressed these concerns in its enforcement practice, notably by investigating cases in which ratings and reviews were not presented in a fair and transparent manner. In these decisions, the Authority clarified that social media platforms bear a responsibility to prevent such practices when they play an active role in their dissemination.

In particular, in 2014 the AGCM found that Tripadvisor had failed to adopt adequate measures to combat false reviews while at the same time promoting their authentic and genuine nature, thereby leading consumers to believe that such reviews were reliable¹¹.

More recently, the AGCM intervened against a trader in the real-estate renovation sector that, on the one hand, posted non-authentic reviews on dedicated review websites and, on the other, published false information claiming that 98% of its customers were satisfied with its renovation services¹².

⁷ PS12489, PS12516, PS12539 *Closure of the websites Bompiano, Sopremito.com and Padronte.com requested due to failure to deliver products sold online*, 2023 (see press releases of 9 February and 7 April 2023).

⁸ PS12594 - *Payiu Italia*, 2023.

⁹ PS9476 - PS9477 - PS9478 - *Counterfeit multi-brand products*, 2014.

¹⁰ PS12594 - *Payiu Italia*, 2023; PS12504 - *Banco della Salute Officinalia*, 2023.

¹¹ PS9345 - *Tripadvisor*, 2014

¹² PS12527 - *Facile Ristrutturare and Renovar*, 2023.

The Authority has also scrutinised practices involving the paid promotion of traders within online rankings when such payments are not clearly disclosed. In this context, in 2020–2021 the AGCM concluded two cases against Booking and Expedia concerning, *inter alia*, the methodologies used to determine hotel rankings¹³.

The AGCM further examined cases of hidden advertising, noting that in digital environments it is particularly important for consumers to understand when a message is promotional, as the same information may be assessed more critically if its marketing purpose is clearly disclosed.

The Authority has acted against such practices since 2017, initially through moral-suasion measures inviting major influencers and brand owners to use labels such as #ADVERTISEMENT, and subsequently by accepting commitments from social platforms to ensure greater transparency concerning sponsored content¹⁴.

In this same area, in December 2023 the AGCM fined two companies linked to the influencer Chiara Ferragni and the company Balocco S.p.A. Industria Dolciaria for suggesting that consumers' purchases would contribute to a charitable donation, although Balocco had already made a fixed donation months before the initiative was launched¹⁵.

Finally, in 2025 the AGCM acted in a case concerning the failure to disclose sponsored content and the use of inauthentic followers on Instagram. In that proceeding, the Authority accepted commitments offered by the parties involving a package of measures aimed at ensuring greater transparency in the labelling of branded content and at strengthening the tools designed to prevent the dissemination of hidden advertising and artificial engagement, in some instances extending beyond the specific conduct under investigation¹⁶. The case confirms that the Authority's continued focus on opaque promotional practices in digital environments and, where appropriate, its pursuit of solutions capable of generating broader compliance effects across the influencer marketing ecosystem.

3.3. Online architecture and exploitation of behavioural biases

Digital traders may use their websites' architecture to persuade consumers to make certain choices, which may not be in their best interests. In this regard, in 2022 the European Commission coordinated a "sweep", that is a set of checks on websites carried out simultaneously by national enforcement authorities, on manipulative practices concerning "dark patterns" (which are, according to the definition provided by the Stigler Committee report on Digital Platforms, user interfaces that make it difficult for users to express their actual preferences or that manipulate users into taking actions that are not in line with their actual preferences or expectations¹⁷).

The sweep focused on three categories of dark patterns: (i) dynamic indicators of deadlines urging consumers to make a purchase, which are in fact fake as they reset after expiry with the same offer; (ii) 'false hierarchy' techniques, whereby interface design or wording nudges consumers towards certain choices; and (iii) hidden information, achieved for example by using very small fonts, low contrast or placing essential information in less visible areas.

¹³ PS10769 - *Booking*, 2020 and PS10770 - *Expedia*, 2019, both concluded accepting commitments offered by the parties.

¹⁴ PS11990 - *Tik Tok-Crystal Drops*, 2022; PS 12009 - *BAT regarding the heating device Glo-hyper*, 2021; PS11435, *biscuits sold by Barilla*; PS11270, *T-shirts branded Alitalia*, 2019.

¹⁵ PS12506 - *Balocco-Sostegno all'ospedale Regina Margherita*, 2023. Following this decision, in January 2024 the Communications Authority (AGCOM) issued Guidelines emphasising, *inter alia*, the need for a clear distinction between promotional and non-promotional content and encouraging the adoption of a code of conduct to set out the standards influencers must follow. In addition, also in January 2024, the Government presented a draft law aimed at increasing the transparency of promotions carried out for charitable purposes.

¹⁶ PS12653 - *Asia Valente-Fake Followers*, 2025.

¹⁷ Cf. Stigler Committee on Digital Platforms, Policy Brief, Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, University of Chicago Booth School of Business, September 2019.

In Italy, the AGCM has assessed several practices aligned with these patterns, including:

- the pre-selection of additional services not requested by consumers¹⁸;
- the charging of costs without properly informing consumers, including in the context of platforms active in fundraising and resource-recycling initiatives¹⁹;
- the misleading presentation of sale prices or discounts actually applied. The AGCM has also taken action where consumers were provided with unclear information regarding price variations depending on the purchase channel used (e.g. web vs. app). In one case, the Authority found that the undertaking was running - without consumers' knowledge - a behavioural test offering random prices within a predetermined range, with a view to analysing consumer reactions and gauging price elasticity. The Authority closed the proceeding by accepting the company's commitments, which included the termination of such price experiments²⁰;
- the commercial exploitation of consumers' personal data. In particular, users are attracted by claims that the service offered is free, as well as by its easy and immediate usability, only to be induced to share personal experiences, data and information online, in the belief that this activity is exclusively functional to the operation and purpose of the service provided. On the other hand, the economic returns pursued by companies, which can exploit data to the maximum extent through user profiling, are not clearly disclosed. Increasingly accurate user profiling allows industry players to reach specific targets of consumers, addressing targeted messages with increasing levels of personalisation.

Against this background, the AGCM has developed a coherent body of enforcement practice addressing the dynamics of "zero-priced" digital services. The Authority has repeatedly clarified that the apparent gratuitousness of such services does not exclude the existence of a B2C relationship: consumers, when accessing a platform that presents itself as free and user-friendly, effectively provide a form of consideration through the personal data they disclose. This data is of substantial economic value for providers, whose business models often rely on extensive profiling activities enabling highly targeted advertising strategies.

The AGCM has consistently intervened where users were not immediately and clearly informed – at the point of registration or of major contractual changes – of the commercial use of their data, of the distinction between data necessary for the functioning of the service and those exploited for advertising purposes, or of the consequences linked to the acceptance of new terms. The Authority has also acted when the presentation of the service emphasised its alleged gratuitousness while omitting essential information on data-driven monetisation practices²¹.

This line of cases anticipated the subsequent clarification introduced by the Omnibus Directive, which expressly extended the Consumer Rights Directive to digital services supplied in exchange for personal data. More recent decisions have further explored this approach, including cases in which the Authority examined the immediacy and clarity of the information provided during the registration process and required platforms to introduce explicit notices informing users that their data are used for remunerative purposes. The 2025 Pinterest decision is a salient example, where the AGCM made

¹⁸ PS12585 - *Amazon Preset Purchase*, 2024, which tackled the pre-setting of a periodic purchase option, and of fast delivery, also where free delivery is available; PS12177-*Wizzair*, 2022, concerning the online ticketing procedure, as the company offered the purchase of seats in a misleading and particularly aggressive way.

¹⁹ PS11726 - *GoFundMe*, 2020 and PS12003 - *Vinted*, 2022.

²⁰ PS12650 - *Vueling*, 2024. It is worth mentioning that Law Decree No. 104/2023, converted into Law No. 136/2023, prohibits the use of automated procedures to set airfares on the basis of user profiling or the type of electronic device used to book flights under certain conditions. A sector inquiry on pricing algorithms in the air transport sector is currently underway, cf. Cf. IC56 - Pricing algorithms in passenger air transport on domestic routes to and from Sicily and Sardinia, opened on 14 November 2023.

²¹ PS10601 - *WhatsApp - Data Transfer to Facebook*, 2017; PS11112 - *Facebook - Data Sharing with Third Parties*, 2018; PS11147 - *Google Drive-Sweep* 2017, 2021.

binding a commitment to display, on the very first registration screen across all access channels, that user data allows the company to show personalised ads that help to fund its services²²;

- strategies such as offering addictive content in order to keep users on the platform for as long as possible, with a view to maximising the amount of collected data and the time and money they spend there. For instance, the AGCM fined TikTok for the dissemination of content – such as videos relating to the “French scar” challenge – likely to threaten the psychophysical safety of users, especially minors and vulnerable individuals. Moreover, TikTok did not fully comply with its own Guidelines, which were made known to consumers while reassuring them that the platform is a “safe” space. Finally, the content – although potentially dangerous – was disseminated through a recommendation system based on algorithmic user profiling, constantly selecting which videos to address to each user in the “For You” and “Followed” sections, with the aim of increasing user interactions and time spent on the platform in order to boost advertising revenue. According to the Authority, this resulted in undue influence on users, pushing them to increase their use of the platform²³.

4. The path ahead

The cases described above show that the AGCM has been particularly active in the digital sector, concluding numerous proceedings concerning a wide range of practices. Looking ahead, one may wonder whether the current toolbox will be able to adapt to the new features of a rapidly evolving environment. In addition, with the recent introduction of the new framework on digital services, it becomes relevant to examine its relationship with consumer-protection rules, also in light of the experience gained in dealing with the interaction between sectoral regulation and consumer law.

4.1. Effectiveness of the current toolbox

Technological developments are bringing to light new forms of consumer vulnerability. In this evolving context, it is interesting to explore whether the consumer-protection framework is able to adapt to emerging risks and continue providing effective safeguards. Two elements of the existing legislative architecture are particularly significant in this respect.

First, the notion of the average consumer constitutes the key benchmark for assessing whether a commercial practice is potentially unfair under consumer law, a standard with respect to which doubts have been raised regarding its ability to address risks inherent in digital practices²⁴. In this regard, it should be noted that the notion is traditionally defined as that of a reasonably well-informed, reasonably observant and circumspect individual, a definition that is inherently flexible. Indeed, EU legislation expressly recognises that this is an indicative and non-exhaustive standard, to be interpreted in light of social, cultural and linguistic factors (Directive 2005/29/EC, recital 18).

This flexibility is increasingly relevant in digital environments, where personalised persuasion techniques may alter consumers’ behaviour and effectively transform an average consumer into a vulnerable one. The European Commission has noted that vulnerability is dynamic and situational: certain consumers may be particularly susceptible to personalised practices online, even if they would not be in offline settings²⁵. Empirical evidence reinforces this point. A behavioural experiment conducted by the Commission found that fewer than half of participants correctly identified targeted advertising,

²² PS12831 - *Pinterest - Information Notice Provided at the Registration Stage*, 2025. See also PS12566 - *META – Issues Concerning Instagram and Facebook Accounts*, 2024.

²³ PS12543 - *TikTok*, 2024.

²⁴ Cf. R. Montinaro, *Online Platforms: New Vulnerabilities to Be Addressed in the European Legal Framework. Platform to Consumer Relations*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2/2020.

²⁵ Cf. Commission Notice - Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC, para. 4.2.7.

personalised rankings or personalised pricing; when participants were unaware of such practices, personalisation significantly increased the likelihood of choosing the personalised option²⁶.

As mentioned, the AGCM closely monitors these forms of personalisation (see para. 3.3 above). Recent case law further indicates that the current toolbox can accommodate these developments. The Court of Justice has clarified that, although the average consumer remains the reference standard, this notion must be applied in a manner that takes into account the impact of cognitive biases²⁷. This recognition strengthens the view that consumer law is sufficiently adaptable to capture the behavioural dynamics typical of digital markets. In this respect, the doctrine of the average consumer continues to serve as a flexible and evolving benchmark, capable of reflecting new forms of consumer fragility arising from technological progress.

Second, with regard to dark patterns, it has been emphasised that fairness by design in online choice architectures is essential, and that interface designs capable of misleading or steering consumers should be prohibited. It has also been suggested that pro-consumer default rules should be introduced, for instance with respect to data-privacy settings²⁸.

From the AGCM's standpoint, concerns relating to dark patterns can be addressed only where an infringement of the Italian Consumer Code is established, notably when companies rely on prompts or interface designs that are deceptive or aggressive. In such cases, the decision not only identifies the unlawful conduct but also orders the undertaking to cease it, thereby requiring changes to the relevant online architecture, including the removal or modification of pre-selected checkboxes.

At the same time, defining which specific design choices and default rules genuinely safeguard consumers is not always straightforward. This difficulty also arises in commitment cases, where undertakings may propose amendments to their interface designs in order to address the AGCM's concerns. The Authority will accept such commitments only when it is satisfied that the proposed measures effectively and fully resolve those concerns.

Against this background, the AGCM has promptly intervened whenever unfair practices within its remit have emerged, including in innovative environments such as the so-called metaverse, and whenever it is clear that the default choice offered to consumers is not genuinely pro-consumer²⁹.

This suggests that the existing consumer-protection framework retains sufficient flexibility to be applied even as the boundaries of new digital ecosystems become more complex and as services and markets evolve at an increasingly rapid pace.

4.2. Multiple tools in digital markets: some insights from the case law in regulated sectors

Recent consumer-protection rules have been complemented by new regulatory initiatives at EU level. In particular, the Digital Services Act ("DSA")³⁰ introduces a comprehensive framework governing the conduct of online intermediaries and platforms. It enhances the protection of users' fundamental rights against illegal content and disinformation, while imposing specific transparency, accountability and governance obligations on platforms, especially with respect to user-generated content.

Under the DSA, the European Commission acts as the primary regulator for very large online platforms (VLOPs), defined as those reaching more than 45 million users. All other platforms fall under the supervision of the Member State in which they are established. In Italy, the Communications

²⁶ Cf. European Commission, *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union*, June 2018.

²⁷ Case C-646/22, *Compass Banca SpA v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Judgment of 14 November 2024.

²⁸ Stigler Committee on Digital Platform, cit.

²⁹ PS11979 - *TikTok - Transparency and Informational Omissions*, 2022; PS12585 - *Amazon Preset Purchase*, 2024.

³⁰ Regulation (EU) 2022/2065, fully applicable across the European Union since 17 February 2024.

authority AGCOM has been designated as the Digital Services Coordinator and may impose fines of up to 6% of an operator's global annual turnover³¹.

The introduction of this regulatory framework – establishing enhanced transparency and risk-mitigation duties for digital platforms – raises important coordination issues with existing framework on unfair commercial practices, as well as with the competences of the various national authorities involved. Indeed, the DSA expressly provides that its application is without prejudice to EU consumer-protection law, which continues to apply in full to digital markets³².

In Italy, similar issues have emerged in relation to consumer protection in regulated sectors. Over time, case law has moved between two opposing approaches. In an earlier phase, the Italian Council of State held that sector-specific legislation prevailed over the general consumer-protection framework by virtue of the principle of speciality³³.

Subsequently, however, the Court of Justice clarified, in the context of a preliminary reference, that the two sets of rules must in principle apply concurrently. According to the Court, the “*conflict*” referred to in Article 3(4) of Directive 2005/29/EC arises only where specific sectoral provisions impose obligations incompatible with those set by the Directive. The Court stressed that such a conflict implies a divergence “*which cannot be overcome by a unifying formula enabling both situations to exist alongside each other*”³⁴.

At the legislative level, the Italian Consumer Code expressly provides that the AGCM has exclusive competence over commercial practices in regulated sectors, to be exercised after consulting the relevant regulatory authority (Article 27, para. 1-*bis*, Italian Consumer Code). Recent national case law confirms that there exists “*full complementarity and the possibility of harmonisation*” between sector-specific regimes and the Consumer Code³⁵. These principles may also apply to the relationship between consumer-protection law and the DSA, suggesting that a parallel and coherent application of the two frameworks is both feasible and desirable.

The AGCM has recently reaffirmed this approach in two cases concluded with commitments. In both proceedings, the conduct under investigation concerned the failure to adequately inform consumers that the provider of digital services used data collected through its services for remunerative purposes. In theory, such conduct could also be relevant under the DSA, which requires very large online platforms and search engines to adopt “*reasonable, proportionate and effective mitigation measures, tailored to the systemic risks identified*” (Article 35 DSA). Nonetheless, the Authority clarified that the cases did not concern the presence, on intermediary services, of illegal content – that is, information not compliant with EU or Member State law and provided by service recipients – nor did they involve any assessment of systemic risks within the meaning of the DSA. Rather, both proceedings focused exclusively on the commercial behaviour of market operators vis-à-vis consumers. Recalling that the DSA does not prejudice the *acquis* in the field of consumer protection, the Authority also emphasised that the established allocation of competences between the AGCM and sectoral regulators grants the AGCM exclusive powers over unfair commercial practices – including in situations where the same conduct may also fall within the scope of sector-specific digital regulation – and therefore affirmed the applicability of the Consumer Code³⁶.

Taken together, these decisions confirm that a parallel and coherent application of the DSA framework and consumer-protection rules is both feasible and desirable.

³¹ Cf. Article 15 of Law decree no. 123/2023, converted, with amendments, into Law 159/2023.

³² Cf. Article 2, comma 4, lett. f), and Recital 10 of the DSA.

³³ Council of State, 11 May 2012, nos. 11–16.

³⁴ Case C-54/17, 13 September 2018, para. 60.

³⁵ Council of State, 9 September 2025, no. 7250, concerning the competences of the Bank of Italy; see also Council of State, 7 January 2025, no. 80, concerning data-protection rules, which established that the incompatibility test also governs the relationship between the AGCM and the Data Protection Authority: while privacy rules protect personal data, they do not cover transparency in the commercial use of data, so the AGCM remains competent where consumer-protection issues are involved.

³⁶ PS12831 – *Pinterest – Information Notice Provided at the Registration Stage*, 2025; PS12714 – *Alphabet/Google – DMA Consent Request*, 2025.

The possibility of applying the Consumer Code to digital service providers is particularly significant, given its capacity to offer a cross-sectoral and flexible response to innovative and emerging market practices. Enforcement practice shows that the AGCM has relied on a variety of tools, including moral suasion, commitments in cases that are not manifestly serious, and interim measures. These instruments are especially valuable in rapidly evolving digital environments, where timely intervention is essential and the deterrent effect of pecuniary sanctions may be reduced by the substantial size and resources of certain online operators³⁷.

In any event, effective and coherent inter-agency cooperation remains highly desirable. The DSA itself anticipates such coordination: it expressly provides that competent authorities may consult each other *“in order to inform each other about ongoing investigations, without affecting the exercise of their respective powers”* (DSA, recital 112). Italian implementing rules additionally require the AGCM and other national authorities to provide all necessary cooperation to AGCOM in the exercise of its role as Digital Services Coordinator and allow these authorities to set out the practical aspects of such cooperation through memoranda of understanding³⁸. Moreover, a cooperation protocol between AGCM and AGCOM already exists in the area of consumer protection and, with suitable integrations, may prove particularly useful also in the context of DSA-related enforcement³⁹.

5. Conclusion

The brief analysis conducted suggests that the current legislative framework on consumer protection is sufficiently solid to address the new challenges posed by the digital economy. The Italian Consumer Code, as amended following the transposition of the Omnibus Directive, provides the AGCM with the necessary tools to enforce consumer-protection rules effectively.

Recent enforcement practice confirms this: the AGCM has been particularly active in cases involving digital players, focusing on those features of online markets that most directly influence consumers' decision-making. Its continued attention to these sectors is also reflected at the organisational level. A recent internal reorganisation led to the establishment of a directorate specifically dedicated to digital platforms and communications, and in 2024 a new organisational unit devoted to data science was created, staffed with computer engineers and specialists in digital ecosystems.

Looking ahead, the Consumer Code – thanks to its principles-based and flexible structure – appears capable of adapting to ongoing technological developments, as shown, for instance, by the adaptable notion of the average consumer and by its ability to capture emerging practices such as dark patterns, insofar as they amount to unfair commercial practices.

At the same time, with new regulatory initiatives, most notably the DSA, now complementing the traditional consumer-protection framework, while expressly leaving its application unaffected, the issue arises of how the two instruments, the DSA and the Consumer Code, can operate in parallel. In this scenario, loyal and effective cooperation among the competent authorities becomes indispensable, both to ensure coherent and meaningful consumer protection and to provide legal certainty for undertakings.

Abstract

The article examines the role played by the Italian Competition Authority (AGCM) in protecting consumers in digital

³⁷ M. Ainis, *L'Autorità Antitrust alla Prova dei Mercati Digitali*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1/2022, p. 1; C. Calini, E. Iossa, *Multiplicity of Tools for Antitrust and Consumer Protection in Digital Markets: the Italian Experience*, in *European Competition Journal*, 2023.

³⁸ Article 1, para. 545, of Law no. 232/2016 and Article 15 of the “Decreto Caivano”.

³⁹ Memorandum of Understanding AGCM - AGCOM, 23 December 2016.

markets, which are characterised by rapid technological evolution and increasing information asymmetries. After outlining the European and national legal framework, with particular attention to recent legislative developments, the analysis reviews the Authority's main enforcement trends: beginning with aspects related to e-commerce and the absence of physical interaction with traders, to deceptive practices involving reviews, rankings and covert advertising, and to challenges arising from dark patterns, personalised interfaces and the exploitation of personal data as consideration in "zero-priced" digital services. The paper highlights how traditional consumer-protection tools have progressively adapted to new digital dynamics and explores the interplay between the Consumer Code and the Digital Services Act, as well as the coordination among competent authorities. It concludes by emphasising the flexibility of the existing framework and the importance of timely and cooperative enforcement to ensure a high level of consumer protection in the digital economy.

Key words: consumer protection, digital markets, unfair commercial practices, dark patterns, online platforms, personal data, AGCM, Digital Services Act

*

Il contributo esamina il ruolo svolto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) nella tutela dei consumatori nei mercati digitali, segnati da profonde trasformazioni tecnologiche e da crescenti asimmetrie informative. Dopo aver illustrato il quadro normativo europeo e nazionale, con particolare attenzione ai recenti sviluppi normativi, l'analisi ricostruisce le principali linee dell'enforcement dell'AGCM: dalla gestione delle criticità legate all'e-commerce e alla mancanza di interazione fisica col professionista, alla tutela contro pratiche ingannevoli basate su recensioni, ranking e pubblicità occulta, fino alle problematiche connesse ai dark patterns, alla personalizzazione delle interfacce e allo sfruttamento dei dati personali come controprestazione nei servizi digitali "a costo zero". Il contributo evidenzia, inoltre, il progressivo adattamento degli strumenti tradizionali di tutela alle nuove dinamiche digitali e affronta i temi della complementarità normativa tra Codice del Consumo e Digital Services Act, nonché del coordinamento tra autorità competenti. Conclude sottolineando la flessibilità del quadro vigente e la centralità di un enforcement tempestivo e cooperativo per garantire un elevato livello di protezione dei consumatori nell'economia digitale.

Parole chiave: tutela dei consumatori, mercati digitali, pratiche commerciali scorrette, dark patterns, piattaforme online, dati personali, AGCM, Digital Services Act