

Retos del cambio climático para el Derecho constitucional

Borja Sánchez Barroso, Investigador (FPU)

Universidad Pontificia Comillas

Sumario: 1.- Introducción; 2.- Relevancia constitucional de la lucha contra el cambio climático y retos para garantizar los derechos; 3.- Retos del cambio climático para la intervención pública: cuestiones abiertas en torno a los incentivos y las medidas de ordenación; 4.- Retos del cambio climático para la distribución y repercusión de responsabilidades entre distintos entes territoriales.

1.- Introducción

Existen pocos conceptos tan conocidos y a la vez tan controvertidos en algunos ámbitos como el cambio climático. Sin embargo, su realidad parece hoy incontestable. De hecho, aunque puedan discutirse sus causas, en especial el peso que sobre ellas imprime la acción humana, los efectos visibles del cambio climático y su alcance global le han otorgado una importancia sin precedentes como fenómeno a combatir por la moderna sociedad del riesgo (Beck, 1986).

Precisamente el alcance del cambio climático, que amenaza por igual a países de distintas latitudes y diferentes contextos económicos, políticos y sociales, hace que muchas de las medidas que se deben adoptar frente a él correspondan al ámbito internacional. Ello entraña algunas dificultades propias de este contexto, a la hora de conseguir que los Estados soberanos se obliguen y, sobre todo, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que en su caso contraigan (Carrillo Salcedo, 2005, pp. 56-57)¹. Frente a este ámbito internacional, debe reivindicarse la importancia de la actuación interna de los Estados frente al cambio climático, para minimizar sus efectos sobre la comunidad política a su cargo.

Estas obligaciones se ven reforzadas por la importancia creciente de las políticas de adaptación al cambio climático, frente a las tradicionales estrategias de mitigación, que no por

¹ Se trata de problemas inevitables en un ámbito como el del Derecho internacional donde se ha pasado de los sistemas jerárquicos nacionales a un sistema equiordenado y relacional, sin una autoridad central que lo ordene y garantice (Paulus, 2013, pp. 90-94).

ello deben ser abandonadas (Sánchez Barroso, 2018, p. 179). Mientras estas últimas persiguen reducir los factores causantes del cambio climático, la adaptación pretende preparar a cada comunidad para hacer frente a sus efectos de la mejor manera posible, prever respuestas rápidas y eficaces frente a dichos efectos y minimizar los espacios de vulnerabilidad que de ellos se derivan. La adaptación obliga así a un esfuerzo particular de los Estados frente a sus propios ciudadanos, contrariamente a la mitigación que suele implicar obligaciones frente a la comunidad internacional, aunque no siempre.

En este doble contexto, interno e internacional, de adaptación y mitigación, es donde surgen nuevos retos para el Estado, con implicaciones relevantes desde el punto de vista del Derecho constitucional. Este trabajo se centrará en tres de estos principales retos.

2.- Relevancia constitucional de la lucha contra el cambio climático y retos para garantizar los derechos

El cambio climático presenta retos específicos para garantizar el derecho al *medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona*, según fue consagrado en el artículo 45 CE, de forma ciertamente pionera en el año 1978 (Lozano Cutanda, 2018, p. 190). Como es bien sabido, este derecho constituye uno de los principios rectores de la política social y económica española. Sin embargo, puede adquirir relevancia como derecho fundamental cuando la agresión al medioambiente es tal que constituye una lesión de la integridad física o moral, la intimidad personal y familiar o la inviolabilidad del domicilio. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, por ejemplo en su Sentencia 119/2001, de 24 de mayo², como ya lo había señalado antes el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde su célebre Sentencia de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra), que condenó a España por violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³. La garantía de un alto nivel de protección del medio ambiente también viene establecida como una de las

² “Desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados, debemos emprender nuestro análisis recordando la posible afección al derecho a la integridad física y moral. A este respecto, habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) [...] una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida” (FJ 6º).

³ “[...] va de suyo que algunos ataques graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del derecho al disfrute de su domicilio a través de un daño en su vida privada y familiar sin que, sin embargo, se ponga en grave peligro la salud del interesado” (Apartado 51).

prioridades de la Unión Europea en los artículos 11, 114.3 y 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Por ello, independientemente de si el cambio climático viene provocado por modificaciones ambientales cíclicas o, como parece, por la acción desbocada del hombre, los poderes públicos tienen el deber de hacer frente a sus efectos para garantizar el mencionado derecho constitucional al medio ambiente. Para ello, como se anunciaba en la introducción, pueden actuar en dos vertientes. Por un lado, pueden adoptar medidas de mitigación para intervenir sobre los factores que contribuyen al cambio climático y empeoran las condiciones atmosféricas (focos de emisiones, prácticas contaminantes, etc.). Por otro lado, pueden intentar disminuir el impacto que el cambio climático tiene sobre los ciudadanos, mediante una mejor adaptación a sus efectos. Aunque esto último no mejora de forma objetiva el medio ambiente, sí permite garantizar, desde un punto de vista subjetivo, el cumplimiento de unas condiciones medioambientales adecuadas para el desarrollo de la persona, de acuerdo con el mandato constitucional expuesto⁴.

Sin embargo, el derecho al medio ambiente no es el único derecho constitucional en juego al tratar el cambio climático. De hecho, la concurrencia de otros derechos es lo que, a nuestro juicio, merece una atención particular y hace que este fenómeno cobre especial relevancia desde el punto de vista jurídico y social. En concreto, aunque todavía resultan parcialmente desconocidos (Díaz Jiménez, 2018, p. 32), los efectos del cambio climático sobre la salud se han revelado mayoritariamente nocivos para el ser humano. Pueden citarse entre otros la mayor frecuencia de desastres naturales y eventos climáticos extremos (tormentas, inundaciones, sequías, tornados), el estrés térmico (olas de frío y de calor), los cambios en los vectores transmisores de enfermedades infecciosas y la aparición de nuevas enfermedades, la reducción de la capa de ozono y el consiguiente empeoramiento de la calidad del aire, o la mayor presencia de contaminación en agua potable y alimentos (Smith et al., 2014). Ello hace que el derecho a la salud reconocido en el artículo 43 CE también se vea comprometido. Su garantía, asociada al cambio climático, supone un nuevo reto para los

⁴ En un sentido similar puede citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio, cuando señala que “*el medio ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente, más allá del individual de cada uno. Se trata de un concepto estructural cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores, tanto estático como dinámico, en el espacio y en el tiempo. En tal sentido ha sido configurado, desde una perspectiva netamente jurídicas y con eficacia inmediata en tal ámbito, como «la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades» (Programa de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, Comunicación de la Comisión al Consejo, J.O.C. 26 mayo 1972)*” (FJ 6º, subrayado propio).

poderes públicos, que no deben preocuparse únicamente por sus efectos sobre el medio ambiente sino, muy especialmente también, sobre la salud de los ciudadanos⁵. A este respecto, además del reto que supone el deslinde de competencias entre los distintos entes implicados y la necesaria coordinación entre ellos, surgen dos cuestiones adicionales con trascendencia constitucional.

La primera de ellas afecta al derecho a disfrutar de una vivienda digna, reconocido en el artículo 47 CE, aunque, como es bien sabido, con una eficacia ciertamente limitada como principio rector y de forma escasamente desarrollada y aplicada en España (Vaquer Caballería, 2018, p. 194)⁶. La relación del cambio climático con este derecho viene provocada por la necesaria implementación de medidas de adaptación en relación con la edificación y, en especial, con el parque de viviendas existente. Aunque todavía no se ha desarrollado suficientemente, la adaptación al cambio climático pasa, en gran medida, por una remodelación de las viviendas más antiguas y la introducción de nuevos requisitos para la sostenibilidad de las viviendas nuevas. Por ejemplo, se ha detectado que las casas con peor ventilación y con un mal aislamiento se asocian a una mayor tasa de mortalidad y morbilidad durante las olas de calor (Ukar Arrien et al., 2018, p. 287). También pueden encontrarse situadas en lugares más peligrosos en el caso de eventos climáticos extremos, y necesitar por ello de un análisis actualizado de vulnerabilidad y en su caso la adopción de medidas particulares de protección. Todo ello debe integrar el contenido del derecho a la vivienda

⁵ A nivel de la Unión Europea, no existe un desarrollo normativo comunitario específicamente dirigido a la adaptación al cambio climático. Sin embargo, la competencia genérica de la Unión Europea en materia de protección de la salud humana sí ha servido para apoyar, coordinar y complementar la acción de los Estados miembros en este ámbito. Por ello, aunque su margen de actuación respecto de la adaptación es limitado, la Unión Europea ha adoptado algunas medidas de adaptación como (i) la mejora de la información específica sobre los efectos del cambio climático para la salud y los mecanismos de adaptación al mismo; (ii) la financiación de proyectos de adaptación al cambio climático en relación con la salud; y (iii) la mejora de la coordinación y cooperación entre los Estados miembros; (iv) el establecimiento de sistemas de alerta rápida en relación con alimentos y piensos; o (vi) el establecimiento de redes de vigilancia epidemiológicas y de amenazas transfronterizas graves para la salud y la protección civil (De Miguel Perales et al., 2018, p. 174). A nivel estatal, algunos ejemplos habituales de medidas de adaptación son los planes de prevención frente a las olas de calor, aunque también deberían incluirse otras ya existentes en jurisdicciones punteras en este ámbito, como Canadá, que incluirían análisis exhaustivos de vulnerabilidad frente a los distintos impactos, guías y principios para fomentar la capacidad de adaptación y resiliencia de otros actores, o la mejora de las políticas de alerta y comunicación de emergencias a nivel nacional (Sánchez Barroso, 2018, p. 184). Sin embargo, el verdadero peso de la adaptación debe recaer, en muchos aspectos, sobre las entidades locales, puesto que los efectos del cambio climático sobre la salud de las personas varían en gran medida según el área (Wu et al., 2014, p. 16).

⁶ El derecho a una vivienda digna y adecuada debe tener trascendencia para definir, por ejemplo, las condiciones mínimas con las que debe contar una vivienda (baño disponible, superficie suficiente para las personas que lo habitan, etc.) y limitar así la proliferación de las infraviviendas, generalmente en régimen de arrendamiento, que atentan no solo contra ese derecho sino también contra la propia dignidad humana. El derecho a una vivienda digna y adecuada debería excluir, en efecto, todos aquellos recintos o espacios que no reúnan las condiciones mínimas de habitabilidad (Vaquer Caballería, 2018, p. 194). Se ha suscitado recientemente una polémica similar a este respecto en relación con los llamados pisos-colmena.

digna y servir como guía para la actuación de los poderes públicos en este ámbito para fomentar, en la medida de lo posible, la adaptación de todo el parque de viviendas al cambio climático y la garantía, de esta forma, del derecho a la vivienda digna, al medio ambiente adecuado y a la salud de sus habitantes de la mejor forma posible.

La segunda de estas cuestiones es, si cabe, todavía más acuciante. Se trata de la adecuación de las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático al valor jurídico de igualdad proclamado desde el mismo artículo 1.1 CE. Una igualdad que no debe ser únicamente jurídica y formal sino también, dentro de lo posible y con respeto al resto de derechos constitucionalmente protegidos, una igualdad sustancial (Aragón Reyes, 2018, p. 21), que persiga la progresiva equiparación de las condiciones sociales para el aseguramiento de un nivel de vida adecuado y digno a todos ellos. Por ello, deben tenerse muy presentes dos circunstancias a la hora de aprobar cualesquiera medidas de mitigación y adaptación al cambio climático, que no siempre se han tenido en cuenta hasta ahora.

Por un lado, los efectos del cambio climático pueden afectar en mayor medida a grupos de población ya de por sí más vulnerables. Por ejemplo, los ancianos, los niños o los enfermos crónicos pero también, de forma quizás menos intuitiva, las familias e individuos con menos recursos económicos (Moragues Oregi & Sánchez-Guevara Sánchez, 2018, p. 86). Por ejemplo, en relación con la vivienda, serán generalmente estas personas las que ocupen los edificios más vulnerables y menos adaptados al cambio climático, con mayor impacto de las olas de calor por los bajos niveles de aislamiento térmico y la mala calidad del aire interior (Alam et al., 2016), las que sufran condiciones de pobreza energética que hagan recurrir a fuentes de energía más contaminantes y a la par más peligrosas para su salud (Moragues Oregi & Sánchez-Guevara Sánchez, 2018), o las que se enfrenten a condiciones de salud más precarias, susceptibles de verse agravadas por los efectos de un cambio climático que, en teoría, podría parecer neutral en este sentido pero no lo es. Debe tenerse en cuenta esta situación de vulnerabilidad para reforzar las medidas que afecten a estos grupos.

Por otro lado, las propias medidas de mitigación y adaptación al cambio climático pueden tener un impacto asimétrico sobre los distintos grupos sociales. Lejos entonces de contribuir al carácter redistributivo del sistema, como impondría el valor de igualdad proclamado por la Constitución, estas medidas pueden llegar a tener impactos regresivos que se deben evitar⁷. A pesar de la mejora que supone la elaboración de la memoria de análisis de

⁷ Aunque siempre se trata de medidas difíciles de evaluar, cuyo cálculo de coste-beneficio resulta complicado (no solo en términos económicos, sino de cargas a los ciudadanos, salud y medio ambiente), podría verse cierto

impacto normativa para la aprobación normas reglamentarias, deberían analizarse en ella estos aspectos. Además, este análisis debería incluirse en las cada vez más comunes evaluaciones *ex post* de las normas, que también deben medir este impacto para corregir eventuales asimetrías.

3.- Retos del cambio climático para la intervención pública: cuestiones abiertas en torno a los incentivos y las medidas de ordenación

Desde la explosión de la potestad reglamentaria de los poderes ejecutivos en todos los modernos Estados constitucionales, la clásica división de los poderes del Estado quedó en gran medida desdibujada. Esta circunstancia ha sido comúnmente aceptada en nuestro Derecho por apelación a la necesaria flexibilidad jurídica frente a realidades cada vez más cambiantes, así como por la prevalencia de principios jurídicos materiales (equidad, libertad, seguridad, etc.) sobre un excesivo encorsetamiento formal. Sin embargo, si en estos casos el principio de división de poderes no se observa estrictamente, debe cobrar especial relevancia la garantía de los derechos fundamentales frente a las actuaciones del poder, para evitar un doble atentado a los postulados del Estado de Derecho.

En el ámbito de la mitigación y la adaptación al cambio climático, estas consideraciones generales tienen especial relevancia puesto que se trata de una materia cambiante, sujeta a la constante actualización de los datos científicos y sociales en juego. De ahí que la intervención de los poderes ejecutivos –tanto en el ámbito regulatorio como en el ámbito estrictamente ejecutivo– haya adquirido un papel preponderante. Esta intervención supone en muchos casos la necesidad de modificar las conductas de los particulares, de forma ágil y en su propio beneficio (por los derechos a la propia salud o al medio ambiente, por ejemplo, a los que hicimos referencia). Por ello, supone un reto a nivel constitucional elucidar la mejor manera de llevar a cabo esta intervención sin vulnerar con ello los derechos fundamentales de los particulares y, en especial, sin llevar a cabo una excesiva intromisión en su esfera de libertad.

impacto asimétrico en las recientes medidas de mitigación y adaptación al cambio climático aprobadas por el Ayuntamiento de Madrid en materia de circulación. Por ejemplo, la prohibición de circular determinados días y otras restricciones impuestas a los vehículos más antiguos (que corresponden generalmente a los ciudadanos con menores recursos económicos) o el cierre al tráfico del centro de la ciudad excepcionando los vehículos que ingresan en parkings y los taxis, podrían ir en detrimento de los grupos sociales con menos recursos, que se ven obligados a soportar *de facto* un mayor gravamen para asegurar beneficios que disfrutaremos todos (o que quizás disfrutarán más los grupos de mayores recursos que habitan en las viviendas del centro-ciudad). Un problema similar fue suscitado por la *congestion tax* aprobada en Londres en el año 2003 (y actualmente también en otras ciudades), una tasa por circular o aparcar en la zona centro de la ciudad, de fácil alcance para los bolsillos más pudientes pero no para otros grupos. Los efectos regresivos de la medida trataron de compensarse mediante la asignación de los importes recaudados a la mejora del transporte público (Leape, 2006, p. 170).

En este sentido, la doctrina administrativista ha distinguido tradicionalmente distintos campos de intervención administrativa: la actividad de ordenación, como aquel conjunto de técnicas de intervención sobre la conducta de los ciudadanos (técnicas de información, de condicionamiento y ablatorias); la actividad prestacional o de servicio público, como aquella que consiste en la prestación de actividades de utilidad necesaria para el desenvolvimiento de la vida social y que son aseguradas por los poderes públicos de forma directa o indirectamente a través de terceros; y la actividad promocional o de fomento, como estimulación generalmente económica de aquellas actividades privadas que coinciden con el interés general (Santamaría Pastor, 2000, pp. 260, 263, 310 y 344).

Es por tanto en esta clasificación donde deberían ubicarse las técnicas de intervención en materia de cambio climático, tanto en relación con la adaptación como la mitigación. Y es cierto que muchas de las medidas que se adoptan en estos ámbitos pueden encuadrarse de forma relativamente sencilla en alguna de estas categorías. Por ejemplo, las autorizaciones ambientales, típicas manifestaciones de la actividad de ordenación, o las subvenciones de cierto tipo de energías menos contaminantes, propias de la actividad de fomento, en el ámbito de la mitigación. También, en el ámbito de la adaptación, los incentivos fiscales o las ayudas para la construcción o remodelación de viviendas (medidas propias de la actividad de fomento) o las políticas de comunicación para emergencias y la información sobre nuevos vectores de riesgo ligados al cambio climático, como técnicas de ordenación menos incisivas.

Sin embargo, quedan fuera de la anterior clasificación –o no se acomodan del todo a ella– algunas de las medidas que más modernamente se han propuesto para la modificación de las conductas individuales, especialmente en el ámbito de la salud, y que están llamadas a desempeñar un papel central en la lucha contra el cambio climático. Nos referimos a los llamados *nudges* o “pequeños empujones”, definidos en el célebre trabajo homónimo de Sunstein y Thaler que los alumbró como “*any aspect of the choice architecture that alters people's behaviour in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting the fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not*” (Thaler & Sunstein, 2012, p. 6)⁸.

⁸ Los *nudges* se definen como “cualquier aspecto de la arquitectura de la decisión que altere el comportamiento de la población de una forma predecible sin prohibir ninguna de las opciones ni cambiar de forma significativa los incentivos económicos. Los *nudges* no son mandatos. Poner la fruta al nivel de los ojos cuenta como *nudge*. Prohibir la comida basura, no” (traducción propia).

Como se desprende de la propia definición de estas medidas, se trata de una intervención que condiciona en alguna medida la actuación de los particulares pero de forma tan leve que no pueda ser considerada como una intromisión en su núcleo de libertad. En ese sentido, se asemejan a las técnicas más leves de ordenación, como las medidas de información a las que hicimos referencia. Sin embargo, también suponen una intervención que fomenta, en positivo, aquellas prácticas y actividades más beneficiosas para los intereses generales (en este caso, la lucha y adaptación frente al cambio climático), por lo que podrían encuadrarse también en las medidas de fomento. Eso sí, sin contenido económico, puesto que de lo que tratan es precisamente de no modificar los incentivos económicos de la decisión individual (en caso contrario, serían una medida pura de fomento en su sentido más tradicional). Lo importante en este tipo de medidas no es tanto imponer un tipo de decisiones a los particulares, ni siquiera condicionarlas en un sentido fuerte del término (de forma que se conviertan en prácticamente inevitables), sino únicamente hacer más cómodas, más visibles o más accesibles aquellas prácticas y actividades que más se acomodan al interés público defendido, sin prohibir ni gravar por ello otras opciones.

Este tipo de medidas ofrecen la flexibilidad necesaria para adaptarse a las situaciones siempre cambiantes derivadas del cambio climático, sin comprometer por ello la esfera de libertad de los particulares ni el núcleo de sus derechos fundamentales. Es por ello que se han denominado como una forma de *paternalismo libertario* en palabras de sus propios autores (Thaler & Sunstein, 2012, pp. 4 y ss.). De esta manera, se evita además que todo el peso de la adaptación y la mitigación recaiga sobre los poderes públicos, como una suma de deberes dentro de sus modernas funciones de garantía y seguridad, sino que involucra también a los particulares como agentes necesarios en dicha tarea (De Montalvo Jääskeläinen, 2018, pp. 60-61), más conscientes y más comprometidos en velar por intereses que, en el fondo, también son los propios, ya sea en materia de salud como de medio ambiente.

En el ámbito específico de la adaptación y la mitigación al cambio climático, los *nudges* podrían concretarse en el ofrecimiento de información más detallada sobre los posibles riesgos enfrentados o la realización de análisis de las vulnerabilidades sociales frente al cambio climático (por grupos sociales o de edad, por zonas, por sectores), de forma que estos riesgos puedan ser más visibles para la población. Otro posible *nudge* sería, como ya existe, el ofrecimiento de números de teléfono más fácilmente memorizables para los servicios de emergencia o la introducción de pequeñas modificaciones en los planes de evacuación para una mejor adaptación al cambio climático. También, quizás, la promoción de

simulacros en situaciones ordinarias para preparar respuestas más rápidas a eventuales desastres naturales. O la inclusión de aspectos favorables a la adaptación y mitigación del cambio climático como un criterio adicional de adjudicación en la contratación pública, de forma que incentive a los licitadores sin que su peso sea tal que determine, *per se*, la elección final del contratista (similar a lo que establece la Ley 17/2011 en materia de seguridad alimentaria y nutrición⁹).

Aunque las primeras medidas parecen menos controvertidas (quizás la última algo más), otro tipo de *nudges* pueden resultar más problemáticos, si desincentivan determinadas actividades con perjuicio patrimonial colateral para los particulares o empresas del sector afectado. Se plantean entonces los límites constitucionales de estas medidas, que no se encuadran dentro de las medidas legislativas (ni tienen por tanto sus garantías) ni, como se vio, en las tradicionales técnicas de actividad administrativa (sometidas por ejemplo, en el caso de las técnicas de ordenación, a la reserva de ley y el principio de legalidad para su otorgamiento, o a los principios de proporcionalidad y favor libertatis en su ejercicio).

A nuestro juicio, uno de los límites a los *nudges* debería ser que adopten siempre una forma explícita y visible para los ciudadanos, a pesar de que ello pueda generar mayores resistencias o menores resultados, para evitar caer en un *paternalismo ilustrado* (todo para el individuo, pero sin el individuo) o, peor aún, en un condicionamiento social soterrado al más puro estilo orwelliano. ¿Quién aseguraría si no que el *nudge* en cuestión va dirigido a obtener un fin positivo y acorde con el interés general? O, incluso cuando fuera bien intencionado, ¿quién podría si no controlar que se trata del medio más adecuado para conseguirlo?

Otro límite debería consistir en asegurar la participación de los ciudadanos a la hora de definir el objetivo pretendido por el *nudge* y para evaluar sus efectos. La dificultad de ofrecer un *feedback* sobre el impacto de este tipo de incentivos (por su carácter esencialmente optativo, que elimina la resistencia a la medida a favor de una opción –teóricamente minoritaria- en contra del incentivo) ha sido subrayado ya como uno de los mayores déficits de estas medidas (Farrell & Shalizi, 2012, pp. 210-211). Según otros autores, el problema de los *nudges* es que no cambia los valores subyacentes a la decisión de los individuos sino que

⁹ Véase en concreto el artículo 41 de esta Ley: “Cuando liciten las concesiones de sus servicios de restauración, las Administraciones públicas deberán introducir en el pliego de prescripciones técnicas requisitos para que la alimentación servida sea variada, equilibrada y adaptada a las necesidades nutricionales de los usuarios del servicio. Igualmente, supervisarán todo ello, atendiendo a las guías y objetivos nutricionales, establecidos por el departamento competente en materia sanitaria. Estos requisitos deberán ser objeto de especial consideración dentro de los criterios de adjudicación del contrato”.

simplemente les empuja a decidir en un determinado sentido, lo que, cuando el *nudge* desaparezca, carecerá de los efectos duraderos pretendidos (Sandel, 2013, p. 65). Sin embargo, en línea con lo que hemos apuntado, no creemos que el problema consista en cambiar los valores de los ciudadanos –tarea harto discutible en manos de un Estado que podría modificar entonces los valores para bien, pero también obviamente para mal–, sino de reflejar correctamente esos valores (por ejemplo, una preocupación medioambiental que ya existe en muchos casos, o una preocupación por la salud que a todo el mundo compete) en la adopción de las medidas administrativas correspondientes. Se acomodan así los intereses generales prefigurados por los poderes ejecutivos en su tarea de gobierno a los valores de cada comunidad y sus particulares preferencias sobre el mejor modo de alcanzarlos, según el peso otorgado a cada uno de los valores en juego (libertad sobre igualdad y seguridad o viceversa, medioambiente sobre consideraciones económicas o equilibrio entre ambas, sanidad pública universal frente a un modelo que prime la cobertura de los riesgos propios por cada ciudadano, etc.).

4.- Retos del cambio climático para la distribución y repercusión de responsabilidades entre distintos entes territoriales

El tercer reto al que haremos referencia tiene una relación más directa con las políticas de mitigación al cambio climático, puesto que afecta especialmente a las obligaciones que los Estados adoptan en el ámbito internacional. Estas obligaciones implican cargas libremente asumidas por los Estados, que éstos pueden llegar a percibir sin embargo como contrarias a sus intereses económicos en un contexto cambiante, al menos en el corto plazo. Es por ello que surge en el seno del Derecho internacional la necesidad imperiosa de asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas o, en caso de incumplimiento, garantizar una sanción adecuada para ello. En el ámbito interno, esta situación ya se ha producido en relación con el cambio climático en los Países Bajos, por no cumplir con los objetivos asumidos internacionalmente en relación con el límite de emisiones para su mitigación (Hesselman & Toebes, 2015, p. 8), así como en otros Estados, como India, Pakistán, Irlanda, Nueva Zelanda o Estados Unidos (De Montalvo Jääskeläinen, 2018, p. 75).

Surge entonces un problema que ha podido observarse en relación con otro tipo de responsabilidades, como las derivadas de incumplimientos del Derecho de la Unión Europea, del Convenio Europeo de Derechos Humanos o, más recientemente, de los Tratados

internacionales ratificados en materia de protección de inversores¹⁰. Se trata de la divergencia existente entre una sociedad internacional cimentada sobre la división territorial en Estados y unos Estados cuya realidad interna resulta generalmente mucho más compleja. Especialmente en aquellos, como España o Italia, cuya estructura territorial se encuentra fuertemente descentralizada, o los que optaron directamente por un modelo federal.

En todos estos Estados cabe la posibilidad de que una acción u omisión que contravenga alguna obligación internacional a sea materialmente atribuible a una entidad territorial interna de ámbito inferior¹¹. A este respecto, tanto el Derecho internacional como el Derecho de la Unión Europea señalan que, cuando esto ocurra, solo el Estado puede ser declarado responsable (art. 260 TFUE; Crawford, J., 2012, p. 547-548). Sin embargo, el Derecho interno de los Estados no ha resuelto todavía de forma plenamente satisfactoria cómo actuar entonces respecto del ente territorial responsable de los hechos, ni cómo asegurar su participación en el procedimiento externo (internacional o de la Unión Europea) donde se dirimen las circunstancias del incumplimiento en cuestión.

Es por ello que algunos Estados han implementado –a veces incluso con reflejo constitucional– instrumentos jurídicos que permiten (i) la distribución de responsabilidades entre los entes territoriales centrales y las demás entidades territoriales del Estado y (ii) su posterior repercusión económica a estas últimas tras el abono de la sanción internacional por parte del Estado. Es el caso por ejemplo de Italia¹² o Alemania¹³. Sin embargo, no ha ocurrido

¹⁰ Se trata de un ámbito en el que España se enfrenta actualmente a posibles responsabilidades millonarias por un supuesto incumplimiento de la confianza de los inversores internacionales en el sector de las energías renovables. El Abogado General del Estado-Director de los Servicios Jurídicos declaró que “*la cuantía reclamada supera los 7000 millones*” de euros (López Álvarez, 2017, p. 9). Destaca el asunto *Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg S.A.R.L. v. Reino de España* (Caso CIADI N° ARB/13/36) en el que España fue condenada al abono de una indemnización de 128 millones de euros.

¹¹ Por ejemplo, en el asunto *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España* (Caso CIADI N° ARB/97/7) España fue condenada por una vulneración del APPRI existente entre Argentina y España por parte de SODIGA, una entidad público-empresarial perteneciente a la Comunidad Autónoma de Galicia.

¹² El actual procedimiento de repercusión de responsabilidades está previsto únicamente para las responsabilidades derivadas de incumplimientos de Derecho de la Unión Europea o de violaciones de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos. Este régimen reconoce al Estado el ejercicio de poderes de sustitución, normativos y ejecutivos, para evitar o reparar este tipo de incumplimientos, así como la posible aplicación supletoria de la normativa estatal. Algunos autores ponen de manifiesto la contradicción entre la existencia de estos poderes sustitutivos del Estado y la exigencia de responsabilidad posterior, vía repercusión, a los entes territoriales inferiores (Bertolino, 2013). En Italia, el Estado debe además intentar llegar a un acuerdo con la entidad materialmente responsable del incumplimiento sobre la cuantía de la responsabilidad, los posibles modos de pago y el plazo para hacerla efectiva. Se ha subrayado entonces la necesidad de definir con mayor precisión estos criterios, de forma objetiva para cada supuesto (Conferenza unificata delle regione e delle province autonome, 2016).

¹³ Alemania regula desde el año 2006 la distribución de responsabilidades entre la Federación y sus Länder en caso de incumplimientos de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional. Estableció así dos criterios generales para la atribución de responsabilidades: (a) la distribución interna de competencias y tareas

lo mismo en España, salvo en lo referido a los incumplimientos de Derecho de la Unión Europea (véase a este respecto el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea)¹⁴. Este procedimiento de repercusión de responsabilidades del Estado a las Comunidades Autónomas o a las entidades locales, así como el eventual procedimiento de repercusión que pudiera establecerse por incumplimientos de Derecho internacional (singularmente en relación con el cambio climático), presenta retos relevantes desde el punto de vista del Derecho constitucional, especialmente para garantizar el principio de autonomía de las Comunidades Autónomas y las entidades locales, también en su vertiente financiera (arts. 156 y 142 CE respectivamente).

Actualmente, este principio puede verse comprometido por el escaso margen de intervención reconocido a dichas entidades en el procedimiento de distribución y repercusión de responsabilidades regulado en el citado Real Decreto 515/2013 para los incumplimientos de Derecho de la Unión Europea¹⁵. Ello se ve agravado por la ausencia de participación de

entre la Federación y los Länder, es decir, del ámbito competencial al que afecte el incumplimiento; y (b) la contribución de cada región y de la Federación al incumplimiento particular. Además de estos criterios generales, el sistema de repercusión alemán fijó unos porcentajes de distribución fijos para determinados supuestos. Para hacer efectiva la distribución de responsabilidades, estableció el derecho de reembolso de la Federación frente a los Länder. Sin embargo, no estableció ningún procedimiento específico al efecto. En todo caso, el ordenamiento jurídico alemán garantiza la participación de los Länder en los procedimientos por incumplimiento celebrados ante el TJUE, a través del *Bundesrat*, la cámara de representación territorial (§ 7 de la Ley de cooperación entre la Federación y los Länder en materia de la Unión Europea –*Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union* o EUZBLG–).

¹⁴ Hasta diciembre de 2013, no existía en España ninguna referencia normativa a la repercusión de responsabilidades derivadas de incumplimientos de Derecho internacional hacia las Comunidades Autónomas o entidades locales a las que tales incumplimientos pudieran ser materialmente atribuibles. Sin embargo, por virtud de Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público fue modificado el artículo 8 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, relativo al principio de responsabilidad, para incluir este tipo de supuestos. La Ley Orgánica 9/2013 también modificó, en idéntico sentido, la Disposición Adicional 2ª de la Ley Orgánica 2/2012, referida inicialmente a la repercusión de responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea y que, tras la reforma, también contempla la repercusión de responsabilidades derivadas del incumplimiento de obligaciones de Derecho internacional. Sin embargo, no existe un procedimiento adecuado para hacer efectiva esta repercusión de responsabilidad, puesto que el Real Decreto 515/2013 no fue modificado ni se aprobó una norma equivalente para los incumplimientos de Derecho internacional.

¹⁵ Así lo han subrayado las propias entidades locales y las Comunidades Autónomas, así como buena parte de la doctrina (Andrés Saénz de Santa María, 2013, p. 69). En concreto, (i) los plazos de alegaciones y de audiencia son especialmente breves; (ii) tanto el órgano instructor como el decisor pertenecen a la Administración General del Estado, que se constituye así en verdadero “*juez y parte*” (Cienfuegos Mateo, 2014, p. 86); (iii) los informes requeridos se emiten -todos- a nivel estatal; y (iv) las pruebas aportadas por las Comunidades Autónomas o las entidades locales pueden ser inadmitidas por el órgano instructor en algunos casos. Además, el Real Decreto 515/2013 prevé mecanismos de repercusión forzosa de responsabilidad por parte de la Administración General del Estado si no se produce el pago voluntario del importe derivado de la responsabilidad declarada (art. 17). El Consejo de Estado ya advirtió sobre la necesidad de establecer garantías procedimentales para la intervención de las Comunidades Autónomas y las entidades locales cuando fuera regulado este procedimiento, en su completo Informe sobre las garantías para el cumplimiento del Derecho Comunitario, de diciembre de 2010 (Consejo de

estas entidades en el procedimiento inicial de declaración de responsabilidad, judicial o arbitral, a nivel internacional o de la Unión Europea, cuya resolución vincula sin embargo al Consejo de Ministros para la repercusión interna (art. 4.2 del Real Decreto 515/2013)¹⁶.

En relación con estas cuestiones, el Tribunal Constitucional ha manifestado, de forma reiterada, que el procedimiento de repercusión de responsabilidades en el ámbito del Derecho de la Unión Europea (no así para el Derecho internacional que, como se dijo, no se encuentra regulado ni ha motivado por tanto ninguna resolución al respecto), es un mero “*sistema[s] de compensación interadministrativa de la responsabilidad financiera*”, que carece por ello de naturaleza sancionadora o reparadora¹⁷. Sin embargo, esta catalogación como sistema de naturaleza no sancionadora ni reparadora no resulta del todo satisfactoria¹⁸. Por ello, debería revisarse el procedimiento vigente para la repercusión de responsabilidades derivadas del Derecho de la Unión Europea y tener en cuenta estas objeciones para regular, además, un procedimiento similar de repercusión de responsabilidades en el caso de incumplimiento de Derecho internacional, que incluirían en este caso los incumplimientos en el ámbito de la lucha contra el cambio climático.

Estado, 2010, pp. 284-308), pero estas garantías no se han materializado del todo en el Real Decreto 515/2013, ni se encuentran reguladas para los incumplimientos de Derecho internacional.

¹⁶ Se han mencionado también otras críticas al procedimiento de repercusión vigente para los incumplimientos de Derecho de la Unión Europea. Por ejemplo, debería haber sido regulado por Ley debido a la importancia de la materia, los mecanismos coactivos contemplados y la regulación de criterios para la imputación de responsabilidad (Consejo de Estado, 2013; Cienfuegos Mateo, 2014, p. 84). Además, no contempla la “*responsabilidad descendente*”, es decir, aquellos casos en los que la actuación del Estado causa perjuicios patrimoniales a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales como consecuencia de un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea únicamente imputable al Estado (Martín Delgado, 2016, p. 85). Según el Consejo de Estado, este reproche quedaría salvado por las normas de responsabilidad concurrente, en atención a criterios de “*competencia, intensidad de la intervención, participación en la financiación asignada y la reiteración*” o, en último caso, a partes iguales entre las Administraciones implicadas (Consejo de Estado, 2013), aunque entendemos que no de manera suficientemente clara. Por último, deberían incluirse otros criterios para determinar la responsabilidad concurrente de otras Administraciones Públicas, como por ejemplo la culpa in vigilando o la defectuosa defensa procesal en el procedimiento ante las instituciones europeas (Martín Delgado, 2016, p. 85). A ello se suma una cuestión no menor, como es la ausencia de una norma reguladora de la distribución de costas, en especial en relación con los procedimientos arbitrales donde se devengan, entre otros, los honorarios de los árbitros y de los abogados de las partes, los gastos de la corte de arbitraje y los gastos de peritaje, traductores, relatores, secretarios y otros estipendios asociados, que pueden ascender a cuantías millonarias (véase por ejemplo el caso *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. v. Reino de España* (Arbitraje N°: 062/2012 o el ya citado *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.A.R.L. v. Reino de España* (Caso CIADI N° ARB/13/36).

¹⁷ Véanse por ejemplo las Sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional 31/2016, de 18 de febrero, o 70/2016, de 14 de abril.

¹⁸ En concreto, el contenido del acuerdo de iniciación del procedimiento de repercusión previsto en el Real Decreto 515/2013 parece más propio de un acuerdo sancionador (aunque entre Administraciones Públicas), que de un simple mecanismo de distribución de gastos. Además, el Real Decreto 515/2013 prevé la posible adopción de medidas provisionales para asegurar la efectividad de la repercusión (art. 10), como en cualquier procedimiento sancionador. También se asegura la separación entre el órgano instructor y el órgano encargado de declarar la repercusión de responsabilidad (art. 7 del RD 515/2013). Por último, en la regulación de los supuestos de responsabilidad concurrente se incluye el criterio de *reiteración* (art. 5.1 del RD 515/2013) que nuevamente es más propio del Derecho sancionador que de la simple distribución de gastos o de responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alam et al. (2016). “Modelling the correlation between building energy ratings and heat-related mortality and morbidity”. *Sustainable Cities and Society*, 22, 29-39.
- Andrés Sáenz de Santa María, P. (2013). “Comunidades autónomas y repercusión económica ad intra de las sanciones pecuniarias en el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista catalana de dret públic*, 47, 40-60
- Beck, U (1986). *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp Verlag.
- Bertolino, C. (2013). “Il diritto di rivalsa dello Stato: un “debole” deterrente alle violazioni del diritto comunitario”. *Le Regioni, Bimestrale di analisi giuridica e istituzionale*, 2, 283-318
- Carrillo Salcedo, J. A. (2005). *Permanencia y cambios en derecho internacional: discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Juan Antonio Carrillo Salcedo, sesión del 10 de mayo de 2005*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Cienfuegos Mateo, M. (2014). “La repercusión en España de las sanciones impuestas al Estado por infracciones del Derecho de la Unión Europea: desarrollos normativos y jurisprudenciales recientes”. *Revista Vasca de Administración Pública Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 98, 49-96.
- Conferenza Unificata delle regioni e delle province autonome (2016). *Posizione sulle problematiche concernenti la procedura di rivalsa a carico delle amministrazioni responsabili per le sanzioni inflitte all'Italia dalla Corte di Giustizia Europea con la sentenza del 2 dicembre 2014 Causa C-196/13, per violazioni della normativa in materia di rifiuti – discariche abusive-, ai sensi dell'art. 43, comma 9-bis, della Legge n° 234 del 2012*. Obtenido de http://www.dirittounioneuropea.eu/images/1_DOC_053703_P_8_CU_REGIONI.pdf
- Consejo de Estado (2010). *Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario*.
- Consejo de Estado (2013). *Dictamen de 13 de junio, exp. 569/2013, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*.
- Crowford, J. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª Ed., Oxford: Oxford University Press.
- De Miguel Perales, C., Sánchez Barroso, B. & Fernández Cobo, B. (2018). “Medidas de adaptación al cambio climático en materia de salud en la Unión Europea”. En De Montalvo Jääskeläinen, F. & De Miguel Perales, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2018). “Medidas para la promoción de la salud pública desde una perspectiva jurídica: información, incentivos y prohibiciones”. En De Montalvo Jääskeläinen, F. & De Miguel Perales, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Díaz Jiménez, J. (2018). “Introducción”. En De Montalvo Jääskeläinen, F. & De Miguel Perales, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

- Farrell, H. & Shalizi, C. (2012). “Pursuing cognitive democracy”. En Allen, D. & Light, J. S. *From Voice to Influence: Understanding Citizenship in a Digital Age*. Chicago: University of Chicago Press.
- Hesselman, M. & Toebes, B. (2015). “The human right to health and climate change: a legal perspective”. *Global Health Law Working Paper*. Universidad de Groningen, 1-29.
- López Álvarez, E. (2017). “Eugenio López Álvarez. Entrevista al nuevo Abogado General del Estado”. *Abogados del Estado. Revista de la Asociación*, 44.
- Lozano Cutanda, B. (2018). “Artículo 45”. En Muñoz Machado, S. (ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española*. Barcelona: Crítica.
- Martín Delgado, I. (2016). “La repercusión de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en el contexto del Estado Autonómico”. *Revista de administración pública*, 199, 51-91.
- Moragues Oregi, J. L. & Sánchez-Guevara Sánchez, C. (2018). “Pobreza energética y vulnerabilidad frente a las olas de calor”. En De Montalvo Jääskeläinen, F. & De Miguel Perales, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Paulus, A. (2013) “Globalización en el Derecho constitucional”, trad. I. Gutiérrez. En Stolleis, M., Paulus, A. y Gutiérrez Gutiérrez, I., *El Derecho constitucional de la globalización*. Madrid: Fundación Coloquio jurídico europeo.
- Sánchez Barroso, B. (2018). “Adaptación al cambio climático y salud en Estados Unidos y Canadá”. En De Montalvo Jääskeläinen, F. & De Miguel Perales, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sandel, M. J. (2013). *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado*. Barcelona: Penguin Random House España.
- Santamaría Pastor, J. A. (2000). *Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, (2ª ed.)*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Smith, K.R. et al. (2014). Human health: impacts, adaptation, and co-benefits. En Field, C. B. et al. (eds.), *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (pp. 709-754). Ginebra: World Meteorological Organization.
- Sunstein, C. & Thaler, R. H. (2012). *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*. Londres: Penguin UK.
- Ukar Arrien, O., Ortiz Marco, S. & Sánchez-Guevara Sánchez, C. (2018). “Medidas de adaptación para el entorno construido”. En De Montalvo Jääskeläinen, F. & De Miguel Perales, C. (eds.), *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Vaquer Caballería, M. (2018). “Artículo 47”. En Muñoz Machado, S. (ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española*. Barcelona: Crítica.
- Wu, J. et al. (2014). “Estimation and Uncertainty Analysis of Impacts of Future Heat Waves on Mortality in the Eastern United States”. *Environmental Health Perspectives* 122 (1). 10-16.