



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 5 / 2 0 0 0

La Laguna, a 29 de junio de 2000.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *el Proyecto de Decreto por el que se regulan las actividades de observación de cetáceos (EXP. 100/2000 PD)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se emite parecer de este Consejo sobre la adecuación jurídica del Proyecto reglamentario de referencia, solicitado por la Presidencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma (CAC), con fundamento en lo previsto en los artículos 11.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo (LCC), en relación con lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

La norma proyectada pretende sustituir el Reglamento aprobado por el Decreto 320/1995, de 10 de noviembre, en cuya fase de Proyecto no se emitió, por no haber sido solicitado, Dictamen alguno de este Organismo, ya que se dictó en desarrollo, al menos en parte, de los arts. 26 y 27 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias (LOTIC), al amparo del título competencial previsto en el artículo 34.A).4 del entonces vigente Estatuto de Autonomía (EAC) y de acuerdo con la normativa básica estatal en materia de medio ambiente, particularmente contenida en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre (LEN), que traspuso la Directiva 79/409/CEE, del Consejo.

2. Se han realizado y se ajustan a Derecho los trámites del procedimiento legalmente establecido para producir Reglamentos en el ámbito de la CAC, actuando

* **PONENTES:** Sres. Yanes Herreros, Cabrera Ramírez, Trujillo Fernández, Reyes Reyes y Millán Hernández.

el órgano estatutariamente competente para aprobarlo y mediante el acto normativo apropiado [artículos 15 EAC; 22, 33, 34, 35 y 44 de la Ley Autonómica 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de Canarias; y, con aplicación supletoria y a la vista del artículo 105.a) de la Constitución, 24.c) y d) de la Ley 40/1997, de 5 de noviembre, de Reforma de la LEN].

II

1. Por la materia que concierne al Proyecto de Decreto (PD), son dos los títulos competenciales que concurren: Turismo (materia en la que la Comunidad tiene competencia exclusiva: art. 30.21 EAC) y Medio Ambiente (ámbito material de actividad en el que la Comunidad tiene competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del Estado, según el art. 32.12 EAC). Sin embargo, además de dichos títulos competenciales también es posible encuadrar la materia objeto de la norma proyectada en el título de ocio y esparcimiento (art. 30.20 EAC), materia en la que la CA ostenta competencia exclusiva. En materia de Turismo, la Comunidad se ha dotado de norma con rango de ley; en Medio Ambiente, existen normas con rango de ley (que es uno de los contenidos de la LEN) que, sin embargo, no agota la ordenación de la materia que nos ocupa, pues no contiene regulación específica destinada a la protección de la fauna silvestre fuera de los espacios naturales. Materia a la que la LEN dedica, precisamente, sus arts. 26 y siguientes.

La finalidad del PD es, sin embargo, netamente de amparo y protección, de forma que el título referido al turismo incide de forma instrumental en la medida en que se trata de proteger el habitat de determinadas especies de mamíferos marinos (cetáceos) de una incontrolada actividad turística. La consecuencia es que el PD cuenta con dos partes nítidamente diferenciadas: una, la de ordenación turística propiamente dicha, para lo que la Comunidad cuenta no sólo con competencia bastante, sino con habilitación suficiente en la LOT, que también prevé, y ésta es la segunda parte, medidas de protección de la fauna, que se inserta en materia de Medio Ambiente.

Esta protección plantea, no obstante, problemas de índole general, ya tratados en anteriores Dictámenes (vid. DDCC 83/1997, de 22 de septiembre; 23/1998, de 2 de marzo; 72/1998, de 10 de septiembre y 25/1999, de 12 de marzo), a los que nos remitimos expresamente.

Así, se plantea una vez más la cuestión de si un Reglamento autonómico puede 'ejecutar' directamente una Ley del Estado de carácter básico. Bases que, de conformidad con una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, deberían formalizarse en instrumento primario. La competencia de la Comunidad en esta materia es de 'desarrollo' de bases, no de 'ejecución' de bases, siendo así que a efectos normativos y competenciales la actividad de desarrollo es más amplia que la mera ejecución reglamentaria de una ley. Justamente por eso, el Estatuto califica el desarrollo de tales bases de 'legislativo', lo que supone que es la ley el medio adecuado para el desarrollo de bases, sin detrimento de que, posteriormente, la ley autonómica pueda ser oportunamente ejecutada mediante la correspondiente norma de desarrollo reglamentario. Desde esta perspectiva, el PD desplaza lo que debería regularse por ley, sin que la LEN constituya habilitación.

Las bases contenidas en la LEN son normas que delimitan el alcance de la actividad de desarrollo normativo autonómico, sin que pueda considerarse que constituyan habilitación en sí.

2. El art. 26 LOT tampoco constituye habilitación alguna, pues se limita a expresar que "las actividades turísticas se desarrollarán con sujeción a la normativa de medio ambiente y de conservación de la naturaleza". Se hace, pues, una remisión a la legislación medioambiental. El PD pretende ser esa normativa a la que se deberán sujetar las empresas turísticas. Por su parte, el art. 27 LOT, ciertamente con contenido de protección medioambiental, tiene por objeto "la realización de actividades turísticas (...) en espacios naturales protegidos o en áreas de sensibilidad ecológica catalogadas en aplicación de la legislación de prevención del impacto ecológico, así como cuando puedan resultar afectadas especies animales (...) declaradas protegidas". Es esta última eventualidad la que resultaría de aplicación, de forma que tales empresas requerirían: a) estudio básico de impacto ambiental; b) autorización de la Consejería competente en materia de turismo; c) informe previo vinculante de la Consejería competente en materia de conservación de la naturaleza; d) a la autorización mencionada se deberán incorporar "los condicionamientos destinados a la preservación del medio ambiente".

3. La normativa reglamentaria a aprobar ha de ajustarse a lo dispuesto tanto en los artículos 26 y 27 LOTC o, en su caso, en preceptos de la Ley 11/1990, de 13 de julio, de Prevención del Impacto Ecológico (LPIE), como en normas básicas estatales

en materia medioambiental, recogidas en la LEN y Reglamentos de desarrollo de la misma o que la complementan y establecen otras bases normativas en dicha materia, como ocurre con los Decretos 1.997/1995 y 1.193/1998.

III

De acuerdo con lo precedentemente expuesto sobre los límites al ejercicio de las competencias autonómicas actuables para establecer la normativa proyectada y, consiguientemente, el respeto de los preceptos reglamentarios autonómicos a Normas legales tanto de carácter estatal como autonómico con incidencia en la materia afectada en relación con sus diferentes elementos o bien han de hacerse las observaciones que siguen:

- **Artículo 1:** El espacio donde se desarrollan las actividades de observación de cetáceos no es el *litoral*, que es una franja marítimo-terrestre sino en *espacios marinos*, por lo que se debe sustituir la expresión "litoral" por "ámbito territorial" de la Comunidad Autónoma, como acertadamente establece el art. 2 del PD.

- **Artículo 4:** La excepción (art. 4.2) a la prohibición (art. 4.1) a la observación de cetáceos a la que se refiere el art. 4 del PD por razones de carácter "divulgativo", no puede tener otro alcance que el de la divulgación o difusión para el conocimiento o saber técnico, cultural o científico, careciendo por ello de cobertura legal cualquier otra modalidad distinta de difusión como la comercial o especulativa.

- **Artículo 5.3:** La renovación de la autorización no viene contemplada, ni implícitamente prevista o dejada a la discrecionalidad reglamentaria, en el artículo 27, LOTC. Es evidente que la situación de la especie afectada puede perfectamente variar con el tiempo, aun en el plazo breve de un año, y que tal alteración, con sus obvias consecuencias, incide en la renovación y ello sólo puede ser determinado por la Consejería que, por razones materiales, ha de informar la autorización, debiendo tener también su Informe carácter vinculante en el acto previo a la renovación.

Otro tanto ha de decirse del Estudio Básico de Impacto Ecológico, al menos en lo que concierne a la situación de los cetáceos y, en particular, de la especie declarada "vulnerable". No obstante, tratándose de una renovación de autorización se podría cumplir esta exigencia con una certificación técnica suficientemente acreditada de no haberse producido cambios en la situación descrita por el estudio inicial, debiendo quedar, tal circunstancia, sometida al control de la Consejería con competencias

medioambientales. En este tema, no debe olvidarse, la autorización ha de incluir condiciones y/o límites al desarrollo de la actividad autorizada, siendo perfectamente posible que puedan ser modificados o reforzados en función de la situación existente en cada momento, siempre al servicio del fin protector que se pretende obtener con el PD.

Tratándose de la necesaria protección de especies amenazadas, como el calderón, la yubarta o el delfín mular, con el grado de "vulnerable" en el caso del primero, cabría cuestionar que actualmente el referido estudio deba seguir siendo básico y no deba ser detallado, particularmente cuando al parecer se gestiona obtener una calificación asimismo especial, con sus correspondientes consecuencias medioambientales, para la zona en que están esos animales (arts. 6, 11 y 12 LPIE).

- **Artículo 8:** Se debería hacer referencia a las consecuencias de la no emisión del informe, dado su carácter determinante, en los términos y con el alcance que resulta del art. 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

- **Artículo 11:** Lo que debe acreditarse no es evidentemente la exención, que es el efecto o consecuencia de la solicitud de exención, sino la causa o razón en que se funda la petición.

Disposición Adicional Segunda: Este precepto en modo alguno es adicional. En relación con el apartado 1º no existe previsión legal de la existencia en el Ordenamiento Jurídico canario de Órdenes Departamentales conjuntas o emitidas por dos Consejerías o por sus titulares como coautores. La Orden Departamental es el ejercicio de la competencia reglamentaria del Consejero como titular de una Consejería o Departamento y, cuando se trate de ordenar un asunto que exceda materialmente de la competencia de una Consejería, la normativa ha de dictarse por el Gobierno o su Presidente, refrendándolo el Consejero o los Consejeros correspondientes.

C O N C L U S I Ó N

Se formulan distintas observaciones tanto a la potestad reglamentaria a ejercer como a determinados preceptos del proyecto normativo.