

Dictamen núm. 64/2018, relativo al Proyecto de decreto sobre la conservación de la *Posidonia oceánica* a les Illes Balears*

Contiene un voto particular**

I. ANTECEDENTES

1. El 31 de enero de 2017, el consejero de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca resolvió ordenar a la Dirección General de Espacios Naturales y Biodiversidad que llevase a cabo las actuaciones necesarias para sustanciar una consulta pública previa al procedimiento de elaboración del Proyecto de decreto sobre la protección de la *Posidonia oceánica* en les Illes Balears.

2. En cumplimiento de esta orden, se tramitó la correspondiente consulta previa indicándose los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y la oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma, las posibles soluciones alternativas reguladoras y no reguladoras. Consta en este sentido en el expediente certificado y diligencia justificativos del cumplimiento de dicho trámite así como aportaciones y alegaciones presentadas.

3. Mediante oficio de 22 de mayo de 2017, el director general de Espacios Naturales y Biodiversidad remitió el Proyecto para aportaciones al Instituto Español de Oceanografía.

4. El 16 de octubre de 2017, el Jefe del Departamento de Medio Natural elaboró la memoria de impacto normativo sobre el Proyecto de decreto en la que se informaba acerca de la situación y la problemática actuales; la necesidad y oportunidad de su aprobación; los objetivos de la norma; la valoración del trámite de consulta pública previa; el análisis de las posibles soluciones alternativas reguladoras y no reguladoras; el marco normativo; la relación de disposiciones afectadas; la justificación del cumplimiento de los principios de buena regulación; la evaluación negativa del impacto de la norma sobre la infancia, la adolescencia y la familia; la evaluación negativa sobre el impacto en la orientación sexual y la identidad de género.

Se incluía también el estudio de cargas administrativas y se indicaba que el Proyecto de decreto no establece nuevas cargas administrativas y que las diferentes autorizaciones que se prevén a lo largo del articulado están ya previstas por la normativa existente, ya sea por aplicación del régimen de excepciones previsto en el artículo 61 de la Ley 42/2007 como de la normativa de evaluaciones ambientales. El Proyecto de decreto, según la memoria, no crea ningún régimen adicional de autorizaciones, sino que, a partir de los diferentes procedimientos sectoriales existentes, introduce aquellas previsiones que se han considerado positivas para garantizar, desde la óptica de la conservación de la posidonia y, por tanto, desde la competencia en materia de

* Ponencia del Hble. Sr. D. Antonio José Diéguez Seguí, presidente.

** Voto particular formulado por el Hble. Sr. D. Felio José Bauzá Martorell, por el Hble. Sr. D. José Argüelles Pintos y por la Hble. Sra. Dña. Marta Vidal Crespo.

protección del medio ambiente, un estado de conservación favorable de la especie. En este sentido, concluía que el Proyecto se ha elaborado en la línea de los principios informadores de la calidad normativa o *better regulation* y que no introduce cargas innecesarias a la ciudadanía ni nuevos regímenes de autorizaciones administrativas.

Se incorporaba también a la memoria un estudio económico en el que se indica que el proyecto tiene implicaciones económicas ya que se prevé la creación de un fondo, denominado Fondo Posidonia, que se nutrirá de aportaciones que realice la comunidad autónoma de las Illes Balears, de otras administraciones, empresas, asociaciones, etc. así como de las medidas compensatorias de actuaciones que afecten al hábitat y a la especie. Se indica que estos ingresos no son cuantificables y se añade que la norma no crea ningún servicio nuevo en la Administración, aunque crea el Comité de la Posidonia, integrado por representantes tanto de las diferentes administraciones autonómicas como de la sociedad civil. Este órgano no supone ningún coste añadido según la memoria, pues los diferentes miembros del comité no tienen ninguna remuneración en ejercicio de sus funciones por lo que no tiene repercusión presupuestaria más allá de los gastos ordinarios de desplazamiento y/o dietas que puedan prever las diferentes administraciones representadas.

5. Visto lo anterior, el consejero de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca resolvió iniciar el procedimiento de elaboración de un decreto sobre la conservación de la posidonia en las Illes Balears y designar a la Dirección General de Espacios Naturales y Biodiversidad como órgano instructor.

6. El 25 de octubre de 2017 el referido Consejero resolvió someter el Proyecto al trámite de información pública por lo que, en cumplimiento de esta resolución, se publicó en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* nº 133, de 31 de octubre.

7. El director general instructor remitió mediante oficio de 25 de octubre de 2017 el Proyecto para que presentaran alegaciones a diferentes servicios de la consejería: al de Agentes de Medio Ambiente, de Gestión Forestal, de Planificación, de Proyectos de Espacios Naturales, de Sanidad Forestal, de Espacios Naturales y al de Medio Ambiente. También a los directores generales de Agricultura y Ganadería; Pesca y Medio Marino; Recursos Hídricos; Educación Ambiental, Calidad Ambiental y Residuos, todos ellos de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca; al Instituto Balear de la Naturaleza (IBANAT); a las entidades del sector público instrumental FOGAIBA y ABAQUA; a la Comisión de Medio Ambiente de las Illes Balears. Igualmente se remitió a los secretarios generales de las consejerías de la Administración de las Illes Balears.

8. Consta la remisión a las entidades locales, concretamente: a los Ayuntamientos de Sóller, Alaior, Deià, Santa Margalida, Escorca, Artà, Es Mercadal, Ses Salines, Santa Eulària des Riu, Ferreries, Es Castell, Capdepera, Muro, Sant Lluís, Sant Joan de Labritja, Manacor, Santanyí, Fornalutx, Eivissa, Sant Llorenç des Cardassar, Sant Josep de Sa Talaia, Sant Antoni de Portmany, Banyalbufar, Es Migjorn Gran, Felanitx, Alcúdia, Valledmossa, Maó, Campos, Estellencs, Pollença, Son Servera, Ciutadella, Lluçmajor, Calvià y Palma. También se remitió a la Federación de Entidades Locales de las Illes Balears y a los Consejos Insulares.

9. Durante el trámite de audiencia se remitió el Proyecto para alegaciones a la Asociación de Navegantes de recreo, GEN-GOB Eivissa, Asociación CCNN Balears, Asociación Navegantes Mediterráneo, ANADE, TERRAFERIDA, Comisión de Chárter Náutico de APEAM, Asociación Menorquina de Empresas Náuticas (ASMEN), Asociación Empresas Náuticas de las Islas Baleares (AENIB), Asociación de Instalaciones Náutico Deportivas de Baleares (ANADE); IMEDEA; COB-IEO; SOCIB; AMICS DE LA TERRA EIVISSA, Fundación Mar Balear, GOB. También fue remitido a la Demarcación de Costas de las Illes Balears, Asociación Mallorquina de Pesca Marítima Recreativa Responsable, Sociedad de Historia Natural de Baleares; Colegio Oficial de Biólogos; Asociación de Licenciados y Estudiantes en Ciencias Ambientales de las Illes Balears; Fundación Tursiops; al Club de Mar y a los Clubs Náuticos de Palma, Escuela Nacional de Vela Calanova, Alcudiamar SL, Puerto Deportivo Punta Portals, Puerto Adriano, Santa Ponsa, Puerto Andratx, Puerto Pollença, Puerto Deportivo Marina de Bonaire, Puerto Deportivo Can Picafort, Serra Nova, Colonia de San Pedro, Cala Ratjada, Porto Cristo, Porto Colom, Porto Petro, la Ràpita, Ibiza, s'Estanyol, s'Arenal, Can Pastilla, Cala Gamba, Molinar de Levante, Portixol, Santa Eulalia y a la Marina de Cala d'Or, Marina de Formentera, Federació Balear de Pesca y Casting, a la Federación de Cofradías de Pescadores, la de Actividades Subacuáticas y a Yatch Club Ibiza.

También se remitió a la Delegación de Gobierno de las Islas Baleares, Autoridad Portuaria de Baleares, a la Universitat de les Illes Balears, Comandancia General de Baleares, Comandancia Guardia Civil de Baleares, Capitanía Marítima de Ibiza y Formentera, Capitanía Marítima de Mallorca y a Ports Illes Balears. Al Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, a OCEANA, GREENPEACE, WWF España y a Ecologistas en Acción.

10. Se solicitó informe de impacto de género al Instituto Balear de la Mujer, que fue emitido el 4 de diciembre de 2017 y en el que se concluye que la propuesta normativa no contiene ninguna desigualdad por cuestión de género aunque incluye algunas recomendaciones sobre lenguaje utilizado.

11. Consta también en el expediente certificado de realización del trámite de participación ciudadana mediante la inserción en la página web habilitada para ello así como diligencia sobre las aportaciones presentadas telemáticamente en el trámite. Se incorporan al expediente los correos electrónicos recibidos así como las alegaciones, recomendaciones y aportaciones realizadas durante los trámites de audiencia, participación e información pública.

12. Interesa destacar que el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente emitió un informe en el que, después de analizar la competencia de la comunidad autónoma sobre la base del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears y sentencias del Tribunal Constitucional, concluía que tales competencias «sólo podrán desarrollarse en aguas interiores, que se delimitarán por las líneas de base recta de cada isla (las de 1977) y nunca en mar territorial por no poderse proyectar competencias autonómicas inexistentes a lugares que no son parte de su territorio». Por último, en cuanto a las excepciones al régimen de prohibiciones que se regulan en el artículo 5 del

Proyecto, éstas sólo pueden referirse a proyectos que no sean de competencia de la Administración General del Estado.

13. El 15 de marzo de 2018 el Jefe del Departamento de Medio Natural, con el visto bueno del director general de Espacios Naturales y Biodiversidad, elaboró un informe de valoración de las sugerencias y alegaciones y a continuación se incorpora un nuevo borrador de Proyecto identificado como «març 2018».

14. Previa petición por vía de urgencia, el Consell Econòmic i Social emitió el informe 3/2018. Si bien aceptaba la urgencia, advertía que esta urgencia debería estar compensada con un esfuerzo de información, para que los usuarios de embarcaciones y la población en general puedan saber a través de puertos, clubs náuticos, oficinas de información turística y ayuntamientos las condiciones de protección y fondeos de las zonas no portuarias. En una primera etapa, indica, esta información debería priorizar la vertiente pedagógica al conjunto de la población sobre el valor y la protección de la posidonia por encima de la acción meramente punitiva.

Añadía que, por lo que se refiere al procedimiento, si bien se había dado ampliamente cumplimiento al trámite de audiencia, se echaba en falta la comunicación del proyecto a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas según artículo 5 de la Ley 2/2011, de 22 de marzo, por la que se regula la participación institucional de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de la comunidad autónoma, así como el informe del Servicio Jurídico y de la Secretaria General.

Por lo que se refiere al contenido, entre otros aspectos, recordaba la necesidad de que la consejería valorase el régimen sancionador previsto en el Proyecto a la vista de la reserva de ley en esta materia.

Por último informaba sobre la necesidad de incluir una motivación sobre la catalogación de las diferentes zonas señaladas en el Anexo 1 del Proyecto e insistía que en el Comité Posidonia debería de haber representantes de las organizaciones empresariales y sindicales.

15. Estas observaciones fueron valoradas en el informe del director general de Espacios Naturales y Biodiversidad, el 13 de abril de 2018, señalándose que la finalidad de la norma no es la acción meramente punitiva sino la regulación global de un problemática existente; que el artículo 5 de la Ley 2/2011 ha sido derogado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, en vigor desde el 2 de octubre (siendo que el procedimiento de elaboración del reglamento se inició con posterioridad); que el informe del Servicio Jurídico y de la Secretaria General se emiten una vez concluido el procedimiento; sobre la necesidad de contar el Comité Posidonia con representación de las organizaciones empresariales y sindicales, se informaba que es una cuestión ésta de oportunidad y que la finalidad del comité no es representar a toda la sociedad, sino la de tener un comité especializado; sobre el régimen sancionador se manifestaba que el mismo se adecuaba a la reserva de ley y se citaba el Dictamen del Consell Consultiu 11/2018, relativo al Proyecto de decreto por el que se regula en las Illes Balears el uso de determinados subproductos animales no destinados al consumo humano para la alimentación de especies necrófagas de interés comunitario.

Por otra parte, algunas observaciones fueron admitidas por lo que se redactó una nueva propuesta de redacción titulada «abril 2018».

16. A continuación se emite informe jurídico en el que se informa sobre la publicación de la propuesta normativa en el Plan Normativo de 2018, la justificación de la adecuación del Proyecto a los principios de buena regulación; se analiza el procedimiento seguido si bien advertía, apelando doctrina reiterada del Consell Consultiu de les Illes Balears, que existían nuevas cargas administrativas para las empresas, las otras entidades y para los ciudadanos (artículos 3.4, 8.5, 11.2, DT 4ª) por lo que se consideraba necesario incluir un informe de cargas administrativas complementario. En relación a la memoria económica el Servicio jurídico consideraba que determinados artículos llevaban implícitos gastos no evaluados (art. 3.1, 3.5, 5.3, 9, 10, 11.1, 13, 14, D 3ª, DT 1ª): «malgrat sembla molt difícil de quantificar o d'analitzar el cost públic de finançament d'ingressos o despeses que suposa pel pressupost de l'Administració [...] el que és cert també, és que una part important dels estudis, plans es realitzaran previsiblement a través d'un contracte de serveis per part de terceres persones alienes a l'Administració autonòmica, la qual cosa pot suposar un important cost econòmic, que almenys s'hauria d'incloure, inicialment [...]». Por este motivo recomendaba elaborar una memoria económica complementaria antes de la aprobación del Proyecto.

Analizaba también el cumplimiento de los principios de buena regulación y consideraba que habían quedado suficientemente justificados e incluidos en el Preámbulo del Proyecto así como la justificación de la ausencia de impacto de la norma sobre la familia, menores y adolescencia así como sobre la libertad sexual e identidad de género. Consideraba cumplidos ampliamente los trámites de participación y audiencia. En relación a las observaciones del Consell Econòmic i Social manifestaba, resumidamente, lo siguiente: que la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía Sostenible, efectivamente había sido derogada por la Ley 39/2015, si bien entendía que el Consell Econòmic i Social no se refería a esta ley estatal sino a la Ley autonómica 2/2011, de 22 de marzo, de participación institucional de las Illes Balears que no está derogada. Pese a ello consideraba que no era necesario dar directamente audiencia a las entidades citadas puesto que indirectamente éstas habían participado en el procedimiento de elaboración del Decreto precisamente a través del Grupo I de representación del Consell Econòmic i Social (ex artículo 4, apartados *a* y *b* de la Ley 10/2010, de 30 de noviembre, del CES).

Sobre el uso de lenguaje no sexista se remitía a la reiterada doctrina del Consell Consultiu citándose los dictámenes 62/2014 y 84/2014.

El informe jurídico valoraba también el contenido material del Proyecto y realizaba algunas observaciones que, según el informe emitido con posterioridad por la Secretaría General, fueron tenidas en cuenta.

17. Se emite informe favorable de la Secretaría General señalándose que se ha incorporado al expediente los informes complementarios sobre cargas administrativas y valoración económica a los que se remite expresamente. Señala también que se ha incluido un informe justificativo de la lista incluida en el Anexo 1.

18. Previa la propuesta formulada por el consejero indicado, la Presidenta de las Illes Balears ha solicitado dictamen al Consell Consultiu con carácter preceptivo y urgente.

19. Con posterioridad a la petición de dictamen, se registraron de entrada el día 15 de junio de 2018 unos escritos de la *Asociación de Navegantes Mediterráneo* dirigidos al Presidente del Consell Consultiu así como al resto de sus miembros. En dichos escritos el Presidente de la Asociación pone de manifiesto que considera que el Proyecto de decreto vulnera el principio de igualdad; que de toda la documentación que se habrá adjuntado al expediente no consta ningún informe técnico de nuestras costas que lo sustente; que la conservación de la posidonia no ha sido el motivo principal de los promotores de dicha normativa (indica que el plazo inicialmente previsto de cinco años para que los emisarios pudieran adecuarse —disposición transitoria primera del borrador de mayo de 2017— desaparece del Proyecto en octubre de 2017); que cree fundamental la difusión y concienciación del problema a los usuarios locales y los que nos visitan, antes de cualquier acción y se remite al Consell Econòmic i social que aconseja esta tarea previa antes de implantar el Decreto.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera

Se halla la Presidenta de las Illes Balears para solicitar dictamen al Consell Consultiu que tiene el carácter preceptivo dada su eficacia claramente *ad extra* (artículo 18.7 en relación con el artículo 21.a de la Ley 5/2010, de 16 de junio, del Consell Consultiu de les Illes Balears).

Por lo que se refiere al carácter urgente, nuevamente este órgano de consulta quiere manifestar su queja por el hecho de que la urgencia vaya referida a la consulta al Consell Consultiu dada la reducción de plazos para el estudio del Proyecto que ello supone. Llama la atención que el conseller resolviera iniciar el procedimiento de elaboración por la vía ordinaria y que, en cambio, la petición de dictamen se haga por la vía de urgencia. Ni siquiera en la memoria de impacto normativo elaborada por el director general de Espacios Naturales y Biodiversidad, de 16 de octubre de 2017, se refería en ningún momento a la urgencia de la tramitación y de la entrada en vigor de la disposición; además, todos los trámites de audiencia y participación se han tramitado sin reducción de plazos. Sólo cuando se pide el dictamen al Consell Econòmic i Social aparece la primera mención a la urgencia señalándose que está justificada en la necesidad de protección de la posidonia «tractant-se la protecció de la posidonia d'un dels Acords de Governabilitat per a les Illes Balears a complir abans de la finalització de la legislatura —i essent aquesta la darrera campanya estiuenca—». Por otra parte se indicaba precisamente la dificultad de llevar a cabo el estudio de las alegaciones presentadas (aproximadamente 2.000 personas/entidades, superando las 2.000 páginas de expediente).

Esta misma dificultad la tiene este superior órgano de consulta que debe analizar con rigor tanto el expediente, incluidas las alegaciones, aportaciones y recomendaciones, como el contenido material del Proyecto de decreto y ello con la finalidad de poder cumplir con su cometido. Por otra parte, el propio funcionamiento interno colegiado del Consejo Consultivo, han impedido que pueda aceptarse la emisión del dictamen por vía de urgencia lo que motivó que el Pleno acordara motivadamente el rechazo a la urgencia en su sesión de día 20 de junio de 2018, de acuerdo con el artículo 24.3 de la Ley 5/2010, de 16 de junio citada.

Segunda

Analizado el procedimiento seguido para la tramitación del Proyecto de decreto sometido a consulta este Consejo Consultivo considera que se ha tramitado correctamente y ampliamente, especialmente en lo que se refiere a los trámites de audiencia y participación, tanto por lo que se refiere al cumplimiento de los artículos 42 y siguientes de la Ley 4/2001, del Gobierno de las Illes Balears, como por lo que se refiere al cumplimiento de los trámites exigidos por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas así como los otros trámites previstos en otras normas: informe de impacto de género, de impacto

sobre la familia, menores y adolescencia, impacto sobre la identidad de género y libertad sexual, el informe del Consell Econòmic i Social. Por otra parte, se han emitido, con carácter complementario a los inicialmente elaborados, un informe económico y uno de cargas administrativas y ello en respuesta a las acertadas observaciones del servicio jurídico de la consejería.

Sin embargo, antes de aprobar el Proyecto de decreto debería quedar justificado en el expediente la ausencia de impacto de la norma sobre la unidad de mercado; caso contrario, debería darse cumplimiento al contenido del artículo 14 de la LGUM.

Por otra parte, y si bien es cierto que la audiencia y participación en el procedimiento de elaboración del Proyecto han sido muy amplias, debería quedar justificado en el expediente el criterio que se ha seguido para dar traslado del Proyecto a determinadas entidades o clubs náuticos y a otros no. Esta observación es esencial.

A mayor abundamiento, cabe que nos detengamos en la necesidad de dar audiencia a las entidades empresariales y sindicales más representativas tal y como ha manifestado el Consell Econòmic i Social. Pues bien, es cierto que las entidades empresariales y sindicales están representadas en el CES y que éste ha participado mediante la emisión del correspondiente informe; sin embargo, también lo es que los Ayuntamientos encuentran su representación en la Federación de Entidades Locales de las Illes Balears y, sin embargo, también se ha dado traslado del Proyecto a algunos Ayuntamientos de las Illes Balears (aunque no a todos ellos por lo que debe quedar justificado en el expediente el motivo para ello).

Por otra parte, el Proyecto de decreto crea el Comité Posidonia en el que incluye a dos representantes del sector de la navegación de ocio. Sobre ello, además, el Consell Econòmic i Social considera que tienen que estar presentes en el comité las organizaciones empresariales y sindicales; en cambio, la administración considera que ésta es una cuestión de oportunidad y que, además, lo que se pretende es contar con un comité técnico y de expertos en la materia.

Finalmente, tal como advirtió este órgano de consulta en sus anteriores dictámenes 19/2017 y 40/2018, y tal como ha avalado el Tribunal Constitucional a través de su reciente Sentencia de 24 de mayo de 2018 (a través de la cual resuelve el recurso de inconstitucionalidad nº 3628-2016 promovido por el Gobierno de Cataluña contra algunos preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), el Título VI (arts. 127 a 133), relativo a la iniciativa legislativa y a la potestad reglamentaria, no halla cobertura en los números 13 y 14 del art. 149.1 CE. Por consiguiente, el alto tribunal declara inconstitucional el apartado segundo de la disposición final primera de la Ley, por reconducir aquellas previsiones a esos títulos competenciales. A través de esta Sentencia el TC declara parcialmente la inconstitucionalidad de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, porque considera, en general, que el legislador estatal ordinario carece de competencia para distribuir poderes normativos entre instituciones autonómicas y para asignar o limitar la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas. Así se pronuncia en su fallo el TC:

1º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad de las previsiones siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas: el párrafo segundo del art. 6.4; los incisos “o Consejo de Gobierno respectivo” y “o de las consejerías de Gobierno” del párrafo tercero del art. 129.4 y el apartado 2 de la disposición final primera.

2º Declarar que los arts. 129 (salvo el apartado 4, párrafos segundo y tercero), 130, 132 y 133 de la Ley 39/2015 son contrarios al orden constitucional de competencias en los términos del fundamento jurídico 7 b) de esta Sentencia.

3º Declarar que el art. 132 y el art. 133, salvo el inciso de su apartado 1 “Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública” y el primer párrafo de su apartado 4, ambos de la Ley 39/2015, son contrarios al orden constitucional de competencias en los términos del fundamento jurídico 7 c) de esta Sentencia.

4º Declarar que la disposición adicional segunda, párrafo segundo, de la Ley 39/2015 no es inconstitucional interpretada en los términos del fundamento jurídico 11 f) de esta Sentencia. 62

Por tanto, a la luz de lo dispuesto en la STC anterior, cuyos efectos se producen a partir de su publicación el 22 de junio del año en curso en BOE (número 151), y a los efectos que aquí interesa habrá que tener en cuenta que, en el futuro, ya no resultará exigible a las CCAA la publicación de sus iniciativas normativas en el Plan Anual Normativo previsto en el artículo 132 de la Ley 39/2015, puesto que este precepto se declara inconstitucional y, con respecto al trámite de consulta previa, regulado en el artículo 133, éste trámite seguirá siendo exigible a las CCAA, si bien no en los mismos términos que dispone el precepto legal anterior (que sólo se aplicará al Estado). Asimismo, se podrá prescindir de dicho trámite en los términos de lo dispuesto en el primer párrafo de su apartado 4^a, que se mantiene por el alto tribunal.

Tercera

En el Preámbulo del Proyecto de decreto sometido a consulta se justifica la necesidad de su aprobación en los siguientes términos:

La *Posidonia oceánica* es una fanerógama marina endémica del mar Mediterráneo, de crecimiento muy lento, de una extraordinaria importancia biológica y ecológica, que forma extensas praderas en torno a las Illes Balears, con una superficie de más de 650 km². Se trata de la vegetación marina más extendida en fondos litorales entre 0 y 35 m de profundidad, llegando hasta los 43 m en el Parque Nacional Marítimo-terrestre del Archipiélago de Cabrera, con una dinámica biológica que incluye el desprendimiento anual espontáneo de una gran parte de su biomasa de hojas, que se regeneran naturalmente.

Las características propias de la planta, su dinámica de crecimiento y la gran cantidad de biomasa producida son factores que facilitan el sostenimiento de comunidades de plantas y animales muy diversas. Este hecho hace que la *Posidonia oceanica* tenga por sí sola una importancia ecológica muy destacable a la vez que, como hábitat, da cabida a una notable presencia de otras especies derivando de ello en el principal foco de biodiversidad marina en las Illes Balears. Se distinguen comunidades epífitas (es decir, bacterias, algas y briozoos que colonizan la superficie de las hojas y los rizomas de la planta), comunidades animales vágiles y sésiles y comunidades de organismos detritívoros. Destaca por ser, en este sentido, el hábitat de *Firma nobilis*, especie recientemente declarada en peligro de extinción.

Cabe destacar igualmente el importante papel de las praderas en la retención de sedimentos y nutrientes, el refugio para la reproducción de especies así como la oxigenación del agua (produce diariamente hasta 20 litros de O₂ por cada m²) y la captación de CO₂, por lo que es fundamental conservarlas como elemento mitigador del cambio climático, contribuyendo al mismo tiempo al cumplimiento del Acuerdo de París adoptado el 12 de diciembre de 2015 por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, ratificado por el Estado español el 23 de diciembre de 2016 (BOE de 2 de febrero de 2017).

(...)

constituyen un importante mecanismo natural de protección de las playas, especialmente en invierno y durante temporales, tanto por la defensa física como por la captura de sedimentos, evitando así el retroceso de la línea de costa.

En este sentido conviene destacar el papel geomorfológico que la posidonia tiene para el estado de conservación y equilibrio sedimentario de los sistemas playa-duna en las Illes Balears. En primera instancia hay que poner de relieve su papel en la producción sedimentaria; los restos de los organismos con caparazón calcáreo que viven sobre las hojas son arrastrados y depositados en las playas, y constituyen una parte importante de los sedimentos arenosos del litoral balear. Hay que tener en cuenta que, en el caso de las Illes Balears, las costas sedimentarias (las playas) son las de mayor presencia y actividad humana. En éstas los restos de posidonia se acumulan con carácter masivo, no obstante su retirada en playas naturales o seminaturales, en tanto a mantener su equilibrio sedimentario, no se considera conveniente desde un punto de vista ambiental. Pese a no considerarse conveniente la retirada de los restos de posidonia, existe una fuerte demanda de los sectores económicos con el fin de mantener las playas sólo con arena. Es necesario pues, establecer políticas de gestión, ordenación y mejora de su calidad armonizándolas con las transformaciones que se producen por la evolución social, económica y ambiental, tal y como promueve el artículo 23 del Estatuto de Autonomía.

Por otra parte, se deben preservar los usos tradicionales como el aprovechamiento de las hojas como abono y lecho de ganado, como apoyo del puu usado como cebo o como aislante en la construcción tradicional, entre otros.

Tenemos, por tanto, un conjunto de servicios ecosistémicos de una gran variedad y trascendencia (...)

Asimismo, cabe mencionar la prioridad de conservación de una de las manifestaciones de la especie más importantes; los arrecifes barrera o "altines", los cuales suponen poblamientos litorales que llegan a emerger y constituyen una formación muy singular en el Mediterráneo, la mayor parte de los cuales han sido destruidos o degradados. La preservación de los escasos arrecifes barrera que existen debe ser garantizada.

Las Illes Balears es la comunidad autónoma que posee mayor superficie de praderas de Posidonia oceanica del Estado, concretamente un 50% del total inventariado. Además, alrededor del 75% de estos se encuentran dentro de áreas incluidas en la Red Natura 2000.

Cabe recordar además que las praderas situadas entre la isla de Eivissa y Formentera fueron declaradas Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO en 1999. Todos estos hechos suponen una especial responsabilidad de la Comunidad Autónoma en cuanto a su conservación.

Cuarta

El artículo 149.1 23a de la Constitución establece que el Estado tiene competencia exclusiva para dictar la legislación básica sobre protección del *medio ambiente*, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección. En este sentido, el artículo 30.46 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears otorga la competencia exclusiva en materia de protección del medio ambiente, ecología y espacios naturales protegidos, sin perjuicio de la legislación básica del Estado, así como en *normas adicionales de protección del medio ambiente*. Además, el artículo 70 no atribuye esta materia como competencia de los Consejos Insulares por lo que no existe ninguna duda sobre el título competencial utilizado.

El preámbulo del Proyecto señala lo siguiente:

Aunque la *Posidonia oceánica* está fuertemente protegida como hábitat y especie bajo la legislación europea y básica estatal, la realidad evidente en el litoral de las Illes Balears hace que este ecosistema esté sometido a una serie de presiones y amenazas que ponen en peligro su buen estado de conservación, hecho avalado por todas las evidencias científicas. Entre las presiones destaca la ocupación del fondo marino para obras de puertos, los dragados, la pesca de arrastre ilegal, el efecto acumulativo del anclaje de embarcaciones, el vertido de aguas deficientemente depuradas y las salmueras de desalación o las operaciones de limpieza de playa que implican la retirada de restos muertos. Entre las amenazas cabe señalar el aumento de la presión demográfica y turística que se ha intensificado los 10 últimos años, la amenaza del cambio climático que supone una acidificación de los mares y océanos, la dispersión de vectores de enfermedad o la introducción de especies invasoras, entre otras. Cabe destacar sobre las presiones enumeradas, que la retirada de restos muertos de una especie incluida en el Listado en régimen de protección especial debe estar regulada por la Administración, por lo tanto es necesario regular esta actividad básica, a fin de hacerla compatible con la conservación de la especie.

(...)

En la actualidad el incremento de usos en nuestras aguas, principalmente ligados a la presión antrópica tanto desde el punto de vista de impactos provenientes de tierra (emisarios, construcción, etc.), como de las actividades en el mar (pesca, navegación, etc.) ha hecho aflorar ejemplos de impactos que pueden poner en peligro el estado óptimo de conservación de la posidonia incumpliendo lo que estipula la Ley 42/2007. Así, se hace necesaria una regulación adaptada a la realidad de las Illes Balears que haga compatibles la existencia de actividades humanas con la protección y conservación de la especie y del hábitat.

Ahora bien, llegados a este punto, el Consell Consultiu quiere recordar el contenido de las observaciones realizadas por el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente de la Administración General del Estado en relación a la competencia y en las que concluía que la competencia de las Illes Balears sólo podría desarrollarse en *aguas interiores*, que se delimitarán por las líneas de base recta de cada isla y nunca en mar territorial por no poderse proyectar competencias autonómicas inexistentes a lugares que no son parte de su territorio. Añadía por último, en cuanto a las excepciones al régimen de prohibiciones que se regulan en el artículo 5 del Proyecto, que éstas sólo pueden referirse a proyectos que no sean de competencia de la Administración General del Estado.

En respuesta a esta preocupación y consideración, el Proyecto de decreto ha incluido las siguientes normas:

a) en el apartado dos del artículo 1 se indica que lo que regula el decreto es sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1 de la Constitución, y especialmente en su apartado 23, así como de las facultades que corresponden al Estado como titular del dominio público marítimo-terrestre previstas en el artículo 132.2 y en la legislación en materia de costas y de sus competencias de gestión en materia de biodiversidad marina previstas en la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del Medio Marino. Asimismo, el apartado tercero de este artículo 1 del Proyecto recalca que «este Decreto se aplica en el ámbito terrestre y marino competencia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears».

b) en artículo 2, referido a las definiciones, ha recogido que las definiciones relativas a playa natural sin servicios, playa natural con servicios y playa urbana lo son únicamente a efectos de lo previsto en este Decreto en relación con el resto de posidonia muerta, en el ámbito de competencia de la Comunidad Autónoma, y se entiende sin perjuicio de la catalogación de playas a la que se refiere la normativa en materia de costas, que corresponde a la Administración competente en materia de ordenación del territorio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 67 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas.

c) en el artículo 4 se limita las actuaciones sobre *Posidonea oceánica* consistentes en la pesca de arrastre en *aguas interiores* y advierte que las nuevas instalaciones a las que se refiere deben ser *proyectos no estatales*.

d) en el artículo 5 se prevén las excepciones al régimen de prohibiciones por lo que la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en proyectos que *no sean de competencia de la Administración General del Estado* y en el ámbito de aplicación al que se refiere el artículo 1.3 de este Decreto, podrá exceptuar el régimen de prohibiciones establecidas en la Ley 42/2007 y, en su desarrollo, en este Decreto, mediante autorización y por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 61 de la Ley 42/2007, sin perjuicio de otros títulos habilitantes a otorgar por el órgano sustantivo: que debe adoptar o aprobar un determinada proyecto, plan o programa [...]

e) en el Artículo 6, sobre restos de posidonia muerta, se prevé que la retirada de restos de Posidonia en el ámbito terrestre y marino de competencia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears necesitará autorización expresa de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca, de acuerdo con los requisitos y el procedimiento establecidos en el artículo 61 de la Ley 42/2007, y se ajustará a las buenas prácticas previstas en el anexo 2 de este Decreto, *sin perjuicio de la aplicación de la legislación de costas y de los adecuados instrumentos que elabore o apruebe la Administración del Estado sobre la materia*.

f) en la Disposición adicional primera se ha previsto que las previsiones contenidas en este Decreto sobre la protección de la posidonia oceánica, en el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se entienden sin menoscabo ni perjuicio de las competencias de la Administración General del Estado de gestión en materia de biodiversidad marina previstas en la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del Medio Marino.

Aunque se tenga competencia material para la aprobación del Proyecto de decreto, lo cierto es que su aplicación práctica deberá llevarse con la precaución necesaria para no vulnerar competencias estatales ni incumplimiento de las normas citadas anteriormente.

Quinta

El Proyecto se enmarca esencialmente dentro de la normativa básica estatal siguiente:

a) la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad

b) la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del Medio Marino.

c) el Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas. El Real Decreto 139/2011 incluyó la *Posidonia oceanica* en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial. La inclusión de una especie, subespecie o población en este listado conlleva una serie de prohibiciones genéricas establecidas en la normativa estatal, en concreto en el artículo 57 de la Ley 42/2007. La misma Ley estatal prevé una serie de excepciones de estas prohibiciones genéricas, excepciones que se aplican con la correspondiente autorización administrativa (artículo 61). Por otra parte, el Real Decreto que la incluye en el Listado prevé explícitamente que las comunidades autónomas puedan reglamentar las operaciones de anclaje de embarcaciones u otros.

En el ámbito autonómico, el Decreto desarrolla la Ley 5/2005, de 26 de mayo, para la Conservación de los Espacios de Relevancia Ambiental en tanto buena parte de la posidonia se encuentra en lugares de la Red Natura 2000 cuya gestión corresponde a la Comunidad Autónoma.

Sexta

La Directiva 92/43/CEE se aprobó con la finalidad de favorecer la conservación, la protección y la mejora de la calidad del Medio Ambiente, incluida la conservación de los hábitats naturales, así como la fauna y flora silvestre por lo que incluyó la posidonia como hábitat natural de interés comunitario cuya conservación requiere de la designación de zona de especial conservación. Esta directiva se traspuso al ordenamiento jurídico español a través, entre otras disposiciones, de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y biodiversidad que establece entre sus finalidades la de paralizar el ritmo actual de la pérdida de diversidad biológica. Su artículo 58 prevé la creación de un Catálogo Español de Especies Amenazadas y en su apartado tercero ha previsto que las Comunidades autónomas, en sus respectivos ámbitos territoriales, podrán establecer catálogos de especies amenazadas, estableciendo, además de las categorías relacionadas en este artículo, otras específicas, determinando las prohibiciones y actuaciones suplementarias que se consideren necesarias para su preservación. En el apartado cuarto del artículo 58 se contempla la posibilidad de que las Comunidades autónomas puedan, en su caso, incrementar el grado de protección de las especies del Catálogo Español de Especies Amenazadas en sus catálogos autonómicos, incluyéndolas en una categoría superior de amenaza.

El Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo de especies silvestres en régimen de protección especial y del Catálogo español de especies amenazadas, incluyó la *posidonea oceanica* en el Listado de Especies Silvestres en régimen de protección especial. Y, en este sentido, el artículo 57 de la Ley 42/2007 prevé el siguiente régimen en relación a estas especies:

1. La inclusión en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial de una especie, subespecie o población conlleva las siguientes prohibiciones genéricas:

a) Tratándose de plantas, hongos o algas, la de recogerlas, cortarlas, mutilarlas, arrancarlas o destruirlas intencionadamente en la naturaleza.

b) Tratándose de animales, incluidas sus larvas, crías, o huevos, la de cualquier actuación hecha con el propósito de darles muerte, capturarlos, perseguirlos o molestarlos, así como la destrucción o deterioro de sus nidos, vivares y lugares de reproducción, invernada o reposo.

c) En ambos casos, la de poseer, naturalizar, transportar, vender, comerciar o intercambiar, ofertar con fines de venta o intercambio, importar o exportar ejemplares vivos o muertos, así como sus propágulos o restos, salvo en los casos en los que estas actividades, de una forma controlada por la Administración, puedan resultar claramente beneficiosas para su conservación, en los casos que reglamentariamente se determinen.

Estas prohibiciones se aplicarán a todas las fases del ciclo biológico de estas especies, subespecies o poblaciones.

2. La Administración General del Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán un sistema de control de capturas o muertes accidentales y, a partir de la información recogida en el mismo, adoptarán las medidas necesarias para que éstas no tengan repercusiones negativas importantes en las especies incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, y se minimicen en el futuro.

De la lectura de este precepto se deduce que, por lo que se refiere al Proyecto ahora analizado, sólo resultan de aplicación las letras *a)* y *c)* del apartado primero y el apartado segundo. Este artículo 57 contempla dos supuestos diferentes: por una parte, la destrucción *intencionada*, sobre la que se establecen por ley las prohibiciones genéricas del apartado 1 (contemplando también unas excepciones) y, por otra, la destrucción o captura *accidental*, sobre la que sólo se prevé la adopción de medidas necesarias y establecer un sistema de control tanto por parte de la Administración del Estado como por las comunidades autónomas.

Así, dado que la posidonia está incluida en el Listado de Especies Silvestres en régimen de protección especial por el RD 139/2011 y dado que encaja en la letra *a* del apartado primero del artículo 57 de la Ley 42/2007, podemos afirmar que la ley ha prohibido de forma expresa: recogerla, cortarla, mutilarla, arrancarla o destruirla *intencionadamente* en la naturaleza. También ha prohibido, en la letra *c* del apartado primero, su posesión, naturalización, transporte, venta, comercialización o intercambio, oferta con fines de venta o intercambio, su importación o exportación, salvo en los supuestos en los que estas actividades puedan resultar claramente beneficiosas para su conservación siempre

y cuando se trate de casos reglamentariamente determinados por la Administración y que puedan ser beneficiosas para su conservación.

Junto a estas prohibiciones genéricas por actuaciones *intencionadas*, el apartado segundo del artículo 57 prevé un sistema de control para las capturas o muertes *accidentales*. En este caso, se prevé que la Administración General del estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán un sistema de control de capturas o muertes accidentales y, a partir de la información recogida en el mismo, adoptarán las medidas necesarias para que éstas no tengan repercusiones negativas importantes en las especies incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial.

Por otra parte, el Proyecto de Decreto pretende establecer un marco jurídico homogéneo para la protección y conservación de la *Posidonia oceánica* sin perjuicio de que las zonas incluidas en espacios naturales protegidos ya cuentan con su regulación específica derivada de la Ley 5/2005, de 26 de mayo, para la Conservación de los Espacios de Relevancia Ambiental (LECO). En este sentido el Preámbulo del Proyecto explica que lo que se pretende precisamente es constituir el marco normativo aplicable a falta de previsión en los citados instrumentos derivados de esta regulación específica (planes de ordenación de los recursos naturales, planes rectores de uso y gestión, planes de gestión de los sitios Red Natura 2000), consiguiendo así un marco integrado y claro. Es por ello por lo que el artículo 1 del Proyecto establece que éste tiene por objeto garantizar la conservación de la *Posidonia oceánica* y las comunidades biológicas de las que forma parte, mediante la regulación de aquellos usos y actividades que pudieran afectar la especie y el hábitat. Y ello mediante la *promoción de acciones* que contribuyan de forma activa al mantenimiento y consecución de su estado favorable de conservación. Sin embargo y pese a que literalmente es esto lo que defiende el Proyecto de decreto en su preámbulo lo cierto es que de su contenido material no sólo se deduce una finalidad de fomento y promoción de acciones que favorezcan la conservación de la posidonia sino que se prevé un régimen prohibitivo y sancionador que debe analizarse con mayor detalle, lo que se hará con posterioridad al analizar su contenido por artículos.

Por su parte, el artículo 59 prevé lo siguiente:

Efectos de la inclusión en el Catálogo Español de Especies Amenazadas.

1. En lo que se refiere al Catálogo Español de Especies Amenazadas:

a) La inclusión de un taxón o población en la categoría de "en peligro de extinción" conllevará, en un plazo máximo de tres años, la adopción de un plan de recuperación, que incluya las medidas más adecuadas para el cumplimiento de los objetivos buscados, y, en su caso, la designación de áreas críticas.

En las áreas críticas, y en las áreas de potencial reintroducción o expansión de estos taxones o poblaciones definidas como tales en los planes de recuperación, se fijarán medidas de conservación e instrumentos de gestión, específicos para estas áreas o integrados en otros planes, que eviten las afecciones negativas para las especies que hayan motivado la designación de esas áreas.

b) La inclusión de un taxón o población en la categoría de "vulnerable" conllevará la adopción, en un plazo máximo de cinco años, de un plan de conservación que incluya las medidas más adecuadas para el cumplimiento de los objetivos buscados.

c) Para aquellos taxones o poblaciones que comparten los mismos problemas de conservación o ámbitos geográficos similares, se podrán elaborar planes que abarquen varios taxones o poblaciones simultáneamente.

d) Para las especies o poblaciones que vivan exclusivamente o en alta proporción en espacios naturales protegidos, Red Natura 2000 o áreas protegidas por instrumentos internacionales, los planes se podrán integrar en las correspondientes figuras de planificación y gestión de dichos espacios.

2. Las comunidades autónomas elaborarán y aprobarán los planes de conservación y de recuperación para las especies amenazadas terrestres.

3. En el caso de las especies marinas, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente elaborará y aprobará los planes de recuperación y conservación, mediante orden ministerial, que serán coherentes con los instrumentos de protección previstos en la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino, excepto para las especies amenazadas no altamente migratorias cuyos hábitats se sitúen exclusivamente en espacios con continuidad ecológica del ecosistema marino respecto del espacio natural terrestre objeto de protección, avalada por la mejor evidencia científica existente.

4. Sin perjuicio de la normativa sanitaria vigente, el traslado o movimiento internacional de ejemplares vivos de especies incluidas en el Catálogo Español de Especies Amenazadas deberá contar con una autorización previa de la comunidad autónoma, previo informe de la Dirección General competente del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

En el caso de las especies marinas de competencia estatal, dicha autorización será emitida por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Llegados a este punto corresponde a hora llevar a cabo el análisis del contenido material del Proyecto:

— El artículo 3 prevé la cartografía de las zonas mediante resolución. Este Consejo Consultivo considera que no es suficiente la resolución para aprobar esta cartografía debiendo de hacerse mediante Orden del consejero previa tramitación del procedimiento de elaboración de disposiciones generales, con audiencia y participación. Por otra parte, y dada la importancia de esta cartografía por razones de seguridad jurídica, el Decreto que apruebe el Consejo de Gobierno no debería aplicarse hasta que entre en vigor la citada Orden. Esta observación tiene el carácter esencial para el uso de la fórmula ritual «de acuerdo con el Consejo Consultivo».

— El artículo 7 establece las prohibiciones de fondeo sobre posidonia y el artículo 8 regula la autorización de instalaciones de fondeo de bajo impacto. La justificación de estos preceptos se encuentra en el Preámbulo del Proyecto: aunque la *Posidonia oceánica* está fuertemente protegida como hábitat y especie bajo la legislación europea y básica estatal, la realidad evidente en el litoral de las Illes Balears hace que este ecosistema esté sometido a una serie de presiones y amenazas que ponen en peligro su buen estado de conservación como la ocupación del fondo marino para obras de puertos, los dragados, la pesca de arrastre ilegal, el efecto acumulativo del anclaje de embarcaciones, el vertido de aguas deficientemente depuradas y las salmueras de desalación o las operaciones de limpieza de playa.

En este sentido ya hemos visto como la propia legislación del Estado, Ley 42/2007, prevé la facultad de que las CCAA establezcan otro régimen de protección al ya previsto y regulado por la normativa estatal (que deriva de la europea, como hemos visto).

— En el artículo 9 se prevé que el régimen de convocatoria, funcionamiento y adopción de acuerdos es el previsto, con carácter general, en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Considera este Consejo Consultivo que, por respeto al derecho autonómico, debería citarse en primer lugar la ley autonómica y, en defecto de lo previsto en ésta, se aplicará la Ley estatal básica. Esta observación es esencial.

— El artículo 12 crea un fondo, llamado Fondo Posidonia, que se nutrirá de las aportaciones que la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, otras administraciones, empresas, asociaciones y otras, así como de las medidas compensatorias de actuaciones que afecten al hábitat y especie. Se indica que la gestión del fondo corresponde a la Consejería de Media Ambiente, Agricultura y Pesca, directamente o a través del ente instrumental que *sea pertinente*.

En este sentido, el artículo 5 de la Ley de Finanzas de las Illes Balears, en su letra f), prevé como regla general la no afectación de los ingresos señalándose que «Els ingressos s'han de destinar a satisfer el conjunt de les obligacions econòmiques, llevat que *per llei* s'estableixi l'afectació a finalitats determinades, amb l'informe previ a què es refereix la lletra l) de l'article 8 d'aquesta llei».

El artículo 5 contiene una clara reserva de ley para la afectación de los ingresos por lo que no puede el reglamento, como norma de inferior categoría, determinar el alcance de los ingresos que perciba la comunidad autónoma.

Por otra parte, el artículo 78 de la Ley estatal 42/2007 ya ha previsto la creación de un fondo para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad para financiar acciones de naturaleza plurianual y como instrumento de cofinanciación destinado a asegurar la cohesión territorial. Uno de los objetivos del fondo es la de promover a través de los incentivos adecuados, la inversión, gestión y ordenación del patrimonio natural, la biodiversidad y la geodiversidad, en particular, la elaboración de planes, instrumentos y proyectos de gestión de espacios naturales protegidos, de la Red Natura 2000 y de las Áreas protegidas por instrumentos internacionales, y de ordenación de los recursos naturales, así como de la conservación in situ y ex situ de especies del *Catálogo Español de Especies Amenazadas*; Desarrollar otras acciones y crear otros instrumentos adicionales que contribuyan a la defensa y sostenibilidad de los espacios naturales protegidos, de la Red Natura 2000 y de las Áreas protegidas por instrumentos internacionales, y de ordenación de los recursos naturales, así como de la conservación de especies del Catálogo Español de Especies Amenazadas. En este sentido y respecto a este fondo, la ley señala que la ejecución de las acciones que se financien con cargo al Fondo corresponderá, en sus respectivos ámbitos de competencia, a la Administración General del Estado y a las comunidades autónomas, con las que previamente se habrán establecido mediante convenio las medidas a cofinanciar (apartado tercero del artículo 78).

Por lo expuesto, sólo *por Ley* se pueden afectar los ingresos públicos por lo que no es suficiente el rango de reglamento para la creación de este fondo financiado con aportaciones públicas y privadas; de la misma manera no puede aprobarse por reglamento el apartado cuarto del artículo 14 que prevé que: «Las indemnizaciones por daños y perjuicios que puedan establecerse en el marco de los procedimientos sancionadores de responsabilidad medioambiental se destinarán al Fondo Posidonia previsto en el artículo 12, de acuerdo con la normativa en materia de finanzas». Es precisamente la normativa en materia de finanzas la que determina la reserva de ley.

Esta observación es esencial.

— El artículo 13 prevé que las funciones de vigilancia, inspección y control que establece este Decreto corresponden a la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y se ejercerán a través de las direcciones generales de Espacios Naturales y Biodiversidad en su caso, de Ordenación del Territorio, así como a través del Servicio de Agentes de Medio Ambiente, en el ámbito a que se refiere el artículo 1.3 de este Decreto, y sin perjuicio de las funciones que corresponden a la Administración General del Estado, los consejos insulares y de los municipios de las Illes Balears, en el ámbito de las competencias propias.

Completa a nuestro juicio este precepto la Disposición adicional tercera que regula el Manual informativo e instrucciones, circulares y órdenes de servicio. Así se ha previsto que la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca pueda redactar, con carácter informativo, un manual para la buena gestión de posidonia, que podrá contener aspectos relativos a la conservación de la especie y del hábitat, así como referirse, con carácter informativo, a las atribuciones de cada Administración con competencias en la materia y los procedimientos de autorización de usos en los diferentes tipos de espacios.

— El artículo 14 regula el Régimen sancionador y prevé lo siguiente:

El incumplimiento de lo dispuesto en este Decreto constituye infracción administrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 80 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y los artículos 50 a 52 de la Ley 5/2005, de 26 de mayo, para la Conservación de los Espacios de Relevancia Ambiental.

Con el fin de especificar las infracciones previstas en el artículo 80.1 de la Ley 42/2007, en particular las previstas en los apartados h), j), m), n), o), q), s), t) y x), se consideran incluidas las actuaciones relativas a la retirada de restos de posidonia en contra de las previsiones de este Decreto, la alteración del hábitat por anclaje, el arranque manual de fajos de posidonia en actividades de buceo, la alteración de la pradera para instalación de sistemas de acuicultura u otras obras y el vertido de productos químicos, sustancias biológicas, aguas residuales insuficientemente depuradas y sarrnueras procedentes de desaladoras, siempre que alteren las condiciones del hábitat o la especie provocando su deterioro o destrucción.

Para la graduación de las sanciones se aplicarán los criterios previstos en el artículo 81.2 de la Ley 42/2007 y el artículo 55 de la Ley 5/2005, según corresponda. Con este fin, se considerará especialmente la superficie de pradera de posidonia afectada destruida.

El Servicio Jurídico de la Consejería impulsora de la norma considera que este precepto no vulnera la reserva de ley y para ello cita el contenido de nuestro Dictamen 11/2018, emitido en relación con el Proyecto de decreto por el que se regula en las Illes Balears el uso de determinados subproductos animales no destinados al consumo humano para la alimentación de especies necrófagas de interés comunitario. En este caso en concreto decíamos lo siguiente:

— L'article 15 sobre el règim sancionador tipifica com a nova infracció l' incompliment d'allò que preveu en el Decret. S'ha de tenir molta cura a l'hora d'incloure aquest tipus de clàusules infractores tan genèriques, ja que poden contravenir al principi de reserva de llei exigint pel legislador i l'article 25 de la Constitució. Ara bé, cal manifestar que el que amb la redacció que se li ha donat al Projecte no podem afirmar que es contravengui al principi de reserva de llei, ja que no s'està tipificant una nova infracció, atesa la remissió específica que en fa a la Llei 42/2007, de 13 de desembre.

Sin embargo, esta doctrina contenida en este Dictamen resulta de aplicación al Proyecto de decreto que ahora analizamos sólo en parte pues éste va mucho más allá del citado anteriormente cuyo artículo 15 simplemente preveía que al incumplimiento de lo dispuesto en el Decreto le era aplicable el régimen de infracciones y sanciones establecidas en la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal; la ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad; la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición; la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y sólidos contaminantes. Se preveía que el incumplimiento de lo dispuesto en el reglamento debía interpretarse dentro del régimen legal previsto en las leyes que se citaban en dicho artículo 15.

No ocurre lo mismo con el apartado segundo del artículo 14 del Proyecto de decreto ahora analizado. Si bien el apartado primero podría tener encaje en la doctrina señalada, tenemos que analizar el contenido del apartado segundo para determinar si su contenido respeta o no la reserva de ley en materia sancionadora.

El artículo 14.2 del Proyecto se remite al artículo 80 de la Ley 42/2007 y con el fin de especificar las infracciones previstas en el artículo 80.1 de la Ley 42/2007 cita en particular las previstas en los apartados *h), j), m), n), o), q), s), t) y x)* y *considera incluidas en ellas las actuaciones relativas a la retirada de restos de posidonia en contra de las previsiones de este Decreto, la alteración del hábitat por anclaje, el arranque manual de fajos de posidonia en actividades de buceo, la alteración de la pradera para instalación de sistemas de acuicultura u otras obras y el vertido de productos químicos, sustancias biológicas, aguas residuales insuficientemente depuradas y sarrnueras procedentes de desaladoras, siempre que alteren las condiciones del hábitat o la especie provocando su deterioro o destrucción.*

En este sentido, el artículo 80 de esta Ley 42/2007 establece la tipificación y la clasificación de las infracciones y lo prevé que, a los efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo que disponga al respecto la *legislación autonómica*.

Por otra parte, este artículo 80 considera infracciones administrativas, entre otras, las de las letras que cita el Proyecto de decreto y que reproducimos:

- h) La alteración de las condiciones de un espacio natural protegido o de los productos propios de él mediante ocupación, roturación, corta, arranque u otras acciones.
- j) El deterioro o alteración significativa de los componentes de hábitats prioritarios de interés comunitario o la destrucción de componentes, o deterioro significativo del resto de componentes de hábitats de interés comunitario.
- m) La captura, persecución injustificada de especies de fauna silvestre y el arranque y corta de especies de flora en aquellos supuestos en que sea necesaria autorización administrativa, de acuerdo con la regulación específica de la legislación de montes, caza y pesca continental, cuando no se haya obtenido dicha autorización.
- n) La destrucción, muerte, deterioro, recolección, posesión, comercio o intercambio, captura y oferta con fines de venta o intercambio o naturalización no autorizada de especies de flora y fauna incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, que no estén catalogadas, así como la de propágulos o restos.
- o) La destrucción del hábitat de especies incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial que no estén catalogadas, en particular del lugar de reproducción, invernada, reposo, campeo o alimentación.
- q) La alteración significativa de los hábitats de interés comunitario.
- s) El incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones establecidas en las normas reguladoras y en los instrumentos de gestión, incluidos los planes, de los espacios naturales protegidos y espacios protegidos Red Natura 2000.
- t) El suministro o almacenamiento de combustible mediante el fondeo permanente de buques-tanque en las aguas comprendidas dentro de los espacios naturales protegidos y de los espacios protegidos Red Natura 2000, la recepción de dicho combustible así como el abastecimiento de combustible a los referidos buques-tanque.
- x) El incumplimiento de los demás requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidos *en esta ley*.

Del análisis de estas letras del artículo 80 de la Ley así como del artículo 14.2 del Proyecto de decreto, el Consell Consultiu considera que no hay extralimitación del contenido material propio de una norma de rango reglamentario dado que realmente no supone una configuración «ex novo» de las infracciones por lo que no concurre la vulneración de reserva de ley prevista en el artículo 128 de la LPACAP al prohibir expresamente que los reglamentos y disposiciones administrativas puedan tipificar faltas o infracciones administrativas. No obstante lo anterior para que, efectivamente, no exista vulneración de la reserva de ley, las previsiones del art. 14 deben ajustarse a las del artículo 80 de la citada Ley, en concreto, sólo pueden ser sancionadas «alteraciones significativas» sobre el hábitat resultantes del anclaje de embarcaciones. Se estima esencial para este Consejo Consultivo que se defina el citado concepto de «alteración significativa» de forma clara, concreta y precisa, sin nuevas remisiones a conceptos jurídicos indeterminados pues en materia sancionadora rige el principio de «lex certa». Esta observación es esencial.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre, definió los parámetros de los reglamentos señalando que la reserva de ley no sólo implica necesidad de una ley, sino también que ésta tenga un mínimo contenido material y que

se admite la colaboración del poder reglamentario siempre que la habilitación concedida por la ley no le sitúe de hecho en una situación semejante al legislador: la regulación realizada por la norma reglamentaria ha de ser dependiente y subordinada a la ley habilitante; y finalmente, que no son viables las remisiones que supongan auténticas «deslegalizaciones» pues el reglamento dentro de la reserva de ley tiene que ser un mero complemento de la misma. En el caso ahora analizado estamos ante unas concretas especificaciones y apartados que completan y configuran las infracciones tipificadas por la ley a la que se remite el propio Proyecto. No se incurre en vulneración del principio de legalidad cuando los rasgos esenciales de la conducta prohibida se encuentran en la norma con rango de ley (STS de 11 de febrero de 2004).

— Por último, este precepto establece que las «indemnizaciones por daños y perjuicios que puedan establecerse en el marco de los procedimientos sancionadores de responsabilidad medioambiental se destinarán al Fondo Posidonia previsto en el artículo 12, de acuerdo con la normativa en materia de finanzas».

En este caso, volvemos a reiterar la vulneración del principio de reserva de ley por los motivos expuestos en relación al Fondo Posidonia. Sólo por ley puede establecerse la previsión de ingresos públicos afectados presupuestariamente.

Esta observación es esencial.

— La Disposición final segunda prevé que el Decreto entre en vigor al día siguiente de su publicación en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears*. Dado que el propio Proyecto habla de campañas informativas y dado que la puesta en marcha de este Decreto va a requerir de campañas de sensibilización, cabría plantearse si no se debería establecer un período de *vacatio legis* coherente e idóneo para ello. En este sentido podría ser útil acudir al artículo 23 de la Ley del Gobierno de la Nación que, aunque evidentemente no es aplicable a las Comunidades Autónomas. Este precepto prevé que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil, las disposiciones de entrada en vigor de las leyes o reglamentos, cuya aprobación o propuesta corresponda al Gobierno o a sus miembros, y que impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de ésta, preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación.

Esta observación es esencial.

III. CONCLUSIONES

1ª. Se halla legitimada la presidenta de las Illes Balears para solicitar dictamen y el Consell Consultiu es competente para su emisión que tiene carácter preceptiva dado que tiene eficacia *ad extra*.

2ª. Se ha seguido esencialmente el procedimiento legalmente establecido.

3ª. Es competente la comunidad autónoma de las Illes Balears para la aprobación del decreto a través del Govern de les Illes Balears.

4ª. Para el uso de la fórmula ritual «de acuerdo con el Consell Consultiu» se deberán tener en cuenta las observaciones esenciales formuladas en la última consideración del presente dictamen.

Palma, 11 de julio de 2018

VOTO PARTICULAR AL DICTAMEN 64/2018

D. José Argüelles Pintos, D. Felio José Bauzá Martorell y Dª. Marta Vidal Crespo, Vocales del Consejo Consultivo de las Illes Balears, amparándonos en el artículo 22 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears, formulamos voto particular en relación con el dictamen nº 64/2018 aprobado por mayoría de votos en la sesión celebrada el 11 de los corrientes para evacuar la consulta planteada por la Presidenta de la Comunidad respecto al proyecto de decreto sobre la conservación de la *Posidonia oceánica* en las Illes Balears.

Nuestro disentimiento del parecer mayoritario se asienta en las consideraciones siguientes:

Primera. Debemos comenzar este voto particular determinando su objeto. El mismo se dirige contra el régimen sancionador establecido en el proyecto de decreto, en concreto, en su artículo 14, si bien, como explicaremos, su ilegalidad se extiende a algún otro precepto relacionado con el mismo. Consideramos que la regulación establecida por vía reglamentaria vulnera el principio de legalidad a que está sometida la potestad sancionadora conforme al artículo 25.1 de la Constitución Española, en su doble vertiente, principio de taxatividad o *lex certa* y principio de reserva de ley.

Debemos advertir que consideramos desacertadas, por incompletas, las citas de los artículos 128 de la LPACAP y de la sentencia 37/1981, de 16 de noviembre, del Tribunal Constitucional, como justificativas de la legalidad del proyecto de decreto en este punto.

La cita del artículo 128 LPACAP debe completarse con la del artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sobre el principio de tipicidad, en materia sancionadora, que dice:

1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni

alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

Por su parte, la sentencia 37/1981, de 16 de noviembre, del Tribunal Constitucional, no aborda el principio de reserva de ley en materia sancionadora (sino en relación a la libertad de empresa y en materia tributaria). Desde nuestro punto de vista, resulta más acertado exponer la doctrina constitucional sobre la materia en un supuesto en el que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre una sanción impuesta al amparo de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, antecedente normativo de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que deroga la anterior, y que es la que sirve de supuesta cobertura al proyecto de decreto objeto de dictamen. Se trata de la sentencia 100/2003, de 2 de junio.

Segunda. La sentencia 100/2003, de 2 de junio, del Tribunal Constitucional, establece en su Fundamento de Derecho Tercero, su doctrina sobre el principio de legalidad en materia sancionadora en los siguientes términos:

3. Precisado el objeto del presente proceso constitucional y expuestos los términos en los que se plantea la cuestión suscitada por el demandante de amparo, parece pertinente sintetizar la doctrina constitucional sobre el derecho a la legalidad sancionadora, relevante para la resolución del caso.

El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril. En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del art. 25.1 CE: "El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora" (loc. cit., FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3.

En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de *lex certa*, "que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones" (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11, y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5), lo

que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el "máximo esfuerzo posible" [STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita "predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa" [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de "formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador" (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5).

En cuanto a la garantía formal, que nos remite al alcance de la reserva de ley en el ámbito sancionador, este Tribunal tiene dicho que, en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas, dicha reserva no puede ser tan rigurosa como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales stricto sensu, "bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias -STC 2/1987, de 21 de enero-, bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad" (STC 42/1987, FJ 2). Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite "una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley" (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre, "el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley".

Desde nuestro punto de vista, el artículo 14 del proyecto de decreto vulnera los siguientes principios en materia sancionadora:

A) El principio de reserva de ley.

1. El apartado 1 dice que *«El incumplimiento de lo dispuesto en este Decreto constituye infracción administrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 80 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y los artículos 50 a 52 de la Ley 5/2005, de 26 de mayo, para la Conservación de los espacios de Relevancia Ambiental»*. Como se puede observar este precepto crea una nueva infracción (*«el incumplimiento de lo dispuesto en el decreto»*) no prevista en las citadas leyes. El artículo 14.1 no dice que ese incumplimiento constituye infracción administrativa *«en los términos»* previstos en las citadas leyes, sino *«de conformidad»*. En nuestra opinión, la cuestión que hay que determinar, por citar el ejemplo más paradigmático, es si el fondeo incontrolado ya era sancionable sin necesidad de aprobar el decreto. Si lo era, el decreto no resulta necesario. Si solo es sancionable una vez entre en vigor el decreto, entonces la conclusión no puede ser otra que el decreto contiene una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley y, por tanto, es ilegal.

2. El apartado 2 tiene por objeto especificar las infracciones previstas en el artículo 80.1 de la Ley 42/2007 mediante la enumeración de diversas actuaciones que de esa forma constituirían infracción. El precepto trata de justificar su sumisión a la ley, incorporando la coletilla «*siempre que alteren las condiciones del hábitat o la especie provocando su deterioro o destrucción*». En el dictamen del Consejo Consultivo aprobado por la mayoría se formula una observación esencial en el sentido de que el decreto debe regular el citado concepto de «alteración significativa» de forma clara, concreta y precisa, sin nuevas remisiones a conceptos jurídicos indeterminados pues en materia sancionadora rige el principio de «*lex certa*» (aunque el proyecto de decreto realmente no exija el carácter significativo de la alteración, por lo que el voto mayoritario parece exigir una concreción de un requisito de los tipos infractores previstos en la ley).

Desde nuestro punto de vista esa observación, con la que estamos de acuerdo de modo parcial, no salva la ilegalidad del precepto porque lo que reglamento puede hacer con relación a cada tipo infractor previsto en la ley es especificarlo. Por poner un ejemplo: si la ley tipifica como infracción «La destrucción, muerte, deterioro,... de especies de flora incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial» (letra *n* art. 80), el reglamento puede especificar en qué consiste la destrucción o deterioro de la especie, pero lo que resulta ilegal es enumerar una serie de conductas que no tienen por sí mismas por qué producir esas consecuencias. El decreto parece querer establecer una «*presunción iuris et de iure*» de conductas que suponen la comisión de los tipos infractores previstos en la ley 42/2007, evitando la exigencia de que la conducta infractora tipificada en la ley quede acreditada en el procedimiento sancionador, por lo que vulnera el principio de reserva de ley.

Además, resulta llamativo que una de las conductas sancionables sea «la alteración del hábitat por anclaje» y luego se diga que esa conducta, para ser merecedora de sanción, «altere las condiciones del hábitat o la especie», lo que es una mera reiteración.

B). El principio de taxatividad o de *lex certa*:

1. El voto mayoritario del Consejo Consultivo ha incorporado una observación esencial al artículo 3 del proyecto de decreto referida a que el decreto no debe entrar en vigor hasta que se apruebe la cartografía de las praderas de posidonia existentes en el ámbito de las Illes Balears, por razones de seguridad jurídica. Debemos mostrar nuestra conformidad con esta observación, que también resulta de la aplicación del principio de taxatividad o *lex certa*.

2. El apartado 3 del artículo 14 establece como criterio para graduar las sanciones «*la superficie de pradera de posidonia afectada o destruida*». Desde nuestro punto de vista este precepto requiere de mayor concreción para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. Por ello, en su redacción actual resulta ilegal.

La misma apreciación debe realizarse respecto al apartado 4 del artículo 7 del proyecto de decreto que de manera poco sistemática contempla como «*circunstancia agravante el caso de achique de sentinas o vertido de residuos en el interior de un campo de boyas*», sin mayor concreción.

3. El apartado 7 del artículo 3, dice que «*En el caso de que haya praderas de posidonia cercanas, queda prohibido que la cadena u otros elementos del fondeo puedan afectarles*». Como hemos visto, el incumplimiento de cualquier conducta prohibida por el proyecto de decreto constituye infracción, según su artículo 14.1. Pues bien, el artículo 7.3 incumple el principio de taxatividad al decir «*puedan afectarles*», tanto por su inconcreción como porque no se podrá en ningún caso cometer ninguna de las infracciones previstas en las leyes sin que exista una afectación real, que además cumpla con el resto de elementos del tipo infractor.

Tercera. Debemos concluir este voto particular señalando que la protección del medio ambiente y de las especies necesitadas de especial protección constituye hoy en día una exigencia por la que deben velar los poderes públicos por exigencia de los ciudadanos. Ahora bien, para cumplir con esa finalidad, los poderes públicos deben respetar el resto del ordenamiento jurídico y éste exige, desde nuestro modo de ver, que una regulación como la que se pretende aprobar se lleve a cabo mediante una ley, lo que evitaría sin duda muchos de los problemas que la aplicación del decreto va a crear generando una gran litigiosidad. En el voto mayoritario de Consejo Consultivo se justifica que el reglamento puede establecer el régimen sancionador con la cita del artículo 80.1 de la Ley 42/2007 que dice «*A los efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo que disponga al respecto la legislación autonómica, se considerarán infracciones administrativas*». Sin embargo, esa remisión a la normativa autonómica debe entenderse referida a una norma con rango de ley y no reglamentaria, si se establece una regulación no subordinada a la prevista en la ley estatal.

En conclusión, consideramos que los artículos 7.3 y 4 y 14.1, 2 y 3 del proyecto de decreto son ilegales por no respetar los principios de reserva de ley y de taxatividad o *lex certa* en materia sancionadora.