

Espacios naturales protegidos: la necesidad de una proyección más dinámica

DANIEL DEL CASTILLO MORA

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- NOVEDADES NORMATIVAS EN 2016. A) Protección. B) Declaración. C) Planificación. D) Subvenciones. E) Uso Público. 3.- NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN 2016. A) El caso del hotel en la playa de El Algarrobico: punto de inflexión. B) Minería y Espacios Naturales Protegidos: un conflicto siempre latente. C) Las zonas de amortiguación: el Parc Natural de la Serra de Collserola. D) La amplia potestad discrecional del planificador y la vinculación de la planificación urbanística a la planificación ambiental: el Parque Natural de Oyambre. E) La confirmación de la anulación del Decreto 15/2011, de 1 de febrero: la revocación del régimen andaluz en materia de Parques Naturales. F) Concurso de normas y el principio de especialidad: Parque Nacional de Cabañeros. G) Diferencias entre eficacia y anulación por la anulación de los instrumentos de planificación ambiental: "Parque Natural Archipiélago Chinijo". H) Sentencias del Orden jurisdiccional penal: el error en el tipo y las agravantes de los artículos 338 y 353.1.3ª del Código Penal.

RESUMEN: El régimen jurídico de los espacios naturales protegidos en España goza de una tradición centenaria, cuya primera piedra deriva de la Ley de 8 de diciembre de 1916, la primera Ley europea de Parques Nacionales. Un complicado régimen de distribución competencial, siempre en continua delimitación por la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, requiere de una mayor dosis de seguridad jurídica y de búsqueda de fórmulas más dinámicas para potenciar y poner en valor el verdadero significado de los espacios naturales protegidos. Las novedades normativas y jurisprudenciales que el año 2016 ha traído inciden en dicha necesidad.

ABSTRACT: The Spanish legal framework for Protected Areas has commemorated its Centenary during the former year, as the National Park Act from 1916 emerges as the first European Act in Protected Areas. A quite tough system of distribution of powers, being drawn continuously by both Constitutional Court and High Court, requires a great deal of legal certainty and the research of more dynamics formulas in order to boost the legal system of Protected Areas. The legal and case law news that former year brought us show us how important is to develop these issues.

PALABRAS CLAVE: Espacios Naturales Protegidos. Distribución de competencias. Normativa. Jurisprudencia.

KEY WORDS: Protected Areas. Competential distribution. Acts. Case Law.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo del Observatorio nos detendremos a exponer las principales novedades que el régimen jurídico en materia de espacios naturales protegidos ha alumbrado en el año 2016, tanto desde un punto de vista normativo como jurisprudencial.

Si bien se ha celebrado el Centenario de la Ley de Parques Nacionales de 8 de diciembre de 1916, alumbrada por el Marqués de Villaviciosa y su innegable esfuerzo, las novedades que encontramos nos manifiestan la búsqueda de fórmulas legales más dinámicas en la materia. Según los datos del Ministerio de Agricultura, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, España cuenta hoy con 1.863 espacios en la Red Natura 2000, que abarcan unos 220.000 kilómetros cuadrados, lo que representa más de un 27% de la superficie terrestre española y cerca de un 9% de nuestras aguas marinas, por encima del porcentaje del 18% del total del territorio de la Unión Europea, de modo que resulta innegable profundizar en la búsqueda de fórmulas innovativas de gestión.

Con ánimo de sistematizar las principales novedades en materia de espacios naturales protegidos durante el año 2016, procederemos a agrupar las mismas en los bloques principales, abordándose de manera cronológica en los mismos, excluyendo de los mismos el análisis correspondiente a la Red Natura 2000, para lo cual nos remitimos al Capítulo correspondiente de la presente obra del Observatorio de Políticas Ambientales.

Desde un punto de vista jurisprudencial, se exponen las principales novedades que inciden en la necesidad de dotar de mayor seguridad

jurídica y en fórmulas más dinámicas de gobernanza la materia de espacios naturales protegidos.

2. NOVEDADES NORMATIVAS EN MATERIA DE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS EN 2016

A) PROTECCIÓN

En primer lugar, debe destacarse el Decreto 15/2016, de 19 de febrero, que regula la figura de los parajes Naturales en la Comunitat Valenciana. La particularidad de esta figura de protección, que asigna la titularidad de la gestión a la Administración Local, obliga a coordinar las actuaciones entre las distintas administraciones con objeto de optimizar los recursos disponibles y gestionar adecuadamente estos espacios protegidos, mejorando los mecanismos de cooperación interadministrativos. En todo caso, se prevé el auxilio y cooperación tanto de la Consellería competente como de las Diputaciones Provinciales, tanto en materia de gestión como en materia de financiación. En este sentido, debe destacarse el Anuncio de 9 de mayo de 2016 de la Diputación Provincial de Valencia por el que se Aprueba las bases reguladoras del programa de Parajes Municipales 2016.

Asimismo, debe reflejarse el Decreto 69/2016, de 19 de mayo (LG 2016\145), por el que se crea la Red de Parques Naturales de Galicia, configurándose como un sistema integrado y unitario y que se articula en tres ejes: la coordinación, la gestión y uso y la promoción y puesta en valor.

Una de las decisiones que suponen un freno, esperemos que momentáneo, en materia de conservación, lo constituye el Acuerdo GOV/67/2016, de 24 de mayo (LCAT 2016\257) que deja sin efecto el Plan de gestión de los espacios naturales de protección especial de Cataluña 2015-2020 (LCAT 2015\87), en el que tras una moción Parlamentaria en atención a un análisis detallado de su contenido ha permitido observar y detectar algunos desajustes y disfunciones con el marco legal vigente que regula los espacios naturales de protección especial, que hacen aconsejable su reformulación. En todo caso, sería deseable que dicha reformulación no tuviese una duración excesiva. Debe recordarse que el Plan contaba con tres principios básicos: (1) utilizar la gestión multifuncional; (2) impulsar una gestión de excelencia y (3) alinear los intereses del territorio incluido en un espacio de protección especial con las necesidades de conservación y mejora del medio natural. El Plan fijaba siete ejes estratégicos con unos objetivos a alcanzar hasta el 2020.

De manera incidental, pero reflejo de la importancia de los espacios naturales protegidos para las zonas adyacentes o de amortiguación, el Decreto 116/2016, de 5 de julio, que regula las Declaraciones de Interés Turístico de Andalucía, establece, como uno de los requisitos para la declaración, la existencia, en un radio de quince kilómetros, de atractivos turísticos que enriquezcan la visita, tales como Espacios Naturales Protegidos y Bienes de Interés Cultural (artículo 6.f)

Finalmente, por su importancia en la materia, debe dejarse constancia de la Ley 7/2016, de 30 de septiembre, de reforma del artículo 15 de la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de la Generalitat, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunitat Valenciana LCV 2016\392, en la que acoge la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por la que se deben proteger todas las zonas húmedas estén catalogadas o no en ordenaciones como el Catálogo de Zonas Húmedas de la Comunitat Valenciana (SSTS 8918/2012, de 10 de diciembre, zona húmeda del Quadro de Santiago en Benicasim). En definitiva, el Catálogo de Zonas Húmedas debe ser considerado un registro administrativo sin eficacia jurídica sustantiva y sin carácter limitativo, sin que, por tanto, pueda ser constitutivo de un especial estatuto jurídico de los terrenos afectados.

B) PLANIFICACIÓN

Por su carácter de norma básica, saltando el orden cronológico, debemos hacer mención, en primer lugar, al Real Decreto 389/2016, de 22 de octubre, que aprueba el Plan Director de la Red de Parques Nacionales (RCL 2016\1202), con carácter de directrices básicas para la planificación, conservación y coordinación de los Parques Nacionales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19, apartados 1.d) y 2 de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales y de directrices básicas de la legislación de protección del medio natural conforme a lo dispuesto en el artículo 17, apartados 2 y 3 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. En el Plan Director se regulan los objetivos estratégicos y los objetivos en materia de cooperación y colaboración en el ámbito nacional e internacional, de modo que se busca consolidar la coherencia interna de la Red de Parques Nacionales y potenciar su proyección exterior. Como novedad, la norma básica añade al contenido del Plan Director los criterios para la determinación del nivel de conservación y gestión básicos que debe mantener en el tiempo cada uno de los parques nacionales y de los parámetros con que realizar su seguimiento, así como los criterios para determinar la existencia de un grave peligro para la integridad y la seguridad de un parque nacional, así como las directrices para las actuaciones en las situaciones de estado de emergencia declarado.

Desplazándonos al nivel autonómico, recuperando el devenir cronológico, son múltiples las normas que se han dictado en materia de planificación de espacios naturales protegidos, algunas de las cuales mezclan la Declaración de figuras de la Red Natura 2000 con la aprobación de los instrumentos de planificación en cuanto figuras de protección tradicionales que coexisten, sobre el mismo espacio, con aquéllas. De modo que, aunque algunas serán objeto de análisis en cuanto figuras devenidas tanto de Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (Directiva Hábitats), como de la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres (Directiva Aves).

En primer lugar, debe hacerse referencia obligada al Decreto 2/2016, de 12 de enero, por el que se declara la Zona Especial de Conservación Sierras de Tejada, Almirajara y Alhama (ES6170007) y se aprueban el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Sierras de Tejada, Almirajara y Alhama, sito en las provincias de Málaga y Granada.

Igualmente, tanto el Decreto 104/2016, de 12 de julio, que aprueba el Plan de Protección del Monumento Natural de las Grutas de Cristal de Molinos (LARG 2016\244), como el Decreto 115/2016, de 26 de julio, que aprueba el plan de protección del Monumento Natural del Nacimiento del Río Pitarque (LARG 2016\256), contienen la planificación que deviene de la aplicación del artículo 29 de la Ley 6/1998, de 19 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos de Aragón, para los cuales se prevé una vigencia de 10 años.

De capital importancia puede citarse la aprobación del Decreto 142/2016, de 2 de agosto, por el que se amplía el ámbito territorial del Parque Natural de Doñana, se declara la Zona Especial de Conservación Doñana Norte y Oeste (ES6150009) y se aprueban el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Espacio Natural Doñana (LAN 2016\304). En clave de planificación, la ampliación del Parque supone la incorporación de las fincas que constituyen la continuidad ecológica natural del Espacio, garantizando su gestión integral: la masa forestal continuidad de El Abalarío, las escorrentías de Ribetehilo hacia la cuenca de La Rocina, los cauces vertientes y la propia Rocina y las parcelas del Subsector II del Plan Almonte Marismas situadas al sur del Arroyo de la Rocina, en el término municipal de Almonte, garantizándose respecto de éstas la conservación de zonas más delicadas ecológicamente actuando de borde o zona de transición con las parcelas agrícolas. La necesidad de actualización de su régimen de planificación ahora derogado

(más de un decenio desde los Decreto 48/2004, de 10 de febrero y Decreto 97/2005, de 11 de abril), así como las novedades normativas introducidas en el ordenamiento jurídico y el avance en la gestión integrada del Parque Nacional y Parque Natural de Doñana, habiéndose consolidado la gestión única de ambos Parques por parte de la Administración autonómica, con pleno funcionamiento del Equipo de Gestión y del Consejo de Participación, hacían necesaria la actualización de dicho régimen planificador.

Otro tanto puede decirse del Decreto 139/2016, de 27 de septiembre, que aprueba el Plan Rector de Uso y Gestión de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai (LPV 2016\339), cuyo marco jurídico viene constituido la Ley 5/1989, de 6 de julio, de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai. Siguiendo el esquema de ordenación espacial previsto para las Reservas de la Biosfera, el decreto se configura en la proyección de zonas Núcleo, zonas de Protección de Núcleo, y zonas de Transición de acuerdo con lo previsto en el Marco Estatutario de la Unesco y en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad.

De igual modo, el Decreto 172/2016, de 8 de noviembre por el que se declara las Zonas Especiales de Conservación de la Red Ecológica Europea Natura 2000 Karst en Yesos de Sorbas (ES6110002), Sierra Alhamilla (ES0000045), Desierto de Tabernas (ES0000047), Sierra Pelada y Rivera del Aserrador (ES0000052), Peñas de Aroche (ES6150007), Alto Guadalquivir (ES6160002) y Laguna Grande (ES6160004) y se aprueban el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Paraje Natural Karst en Yesos de Sorbas, el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de los Parajes Naturales Sierra Alhamilla y Desierto de Tabernas, el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de los Parajes Naturales Sierra Pelada y Rivera del Aserrador y Peñas de Aroche y el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de los Parajes Naturales Alto Guadalquivir y Laguna Grande (LAN 2016\402).

Finalmente, a modo de testimonio, sin necesidad de profundizar en ello, debe dejarse constancia de numerosas normas que aprueban el inicio de la revisión y modificación de sus instrumentos de planificación, incluyendo, en algunos casos, la alteración de los límites: en la Comunidad Valenciana; Turia; en el ámbito de Andalucía, respecto los Planes de Desarrollo Sostenible correspondientes a los Parques Naturales Sierra de Baza, Grazalema, Sierras de Tejeda, Almijara y Alhama, Sierra de Hornachuelos, Sierra de Huétor; en el ámbito del País Vasco, los Parques Naturales de Urkiola, Gorbeia, Armañón e Izki; en Cantabria, Monte Hijedo y Bigüenzo.

C) DECLARACIÓN

En materia de declaración, dada la especial incidencia que han tenido, como hemos visto, los parajes naturales en la Comunidad Valenciana, deben destacarse los Decretos 16 y 19/2016, 19 febrero que, respectivamente, declaran parajes naturales municipal el enclave denominado Serra del Puig, en el término municipal de Vinaròs, así como el enclave denominado Matamón, en el término municipal de Catadau.

Asimismo, debe destacarse el Decreto 13/2016, de 2 de marzo, que declara el Monte Arabí en el término municipal de Yecla (Murcia) como espacio natural protegido, en la categoría de monumento natural (LRM 2016/53).

Especialmente relevancia debe otorgarse al Decreto 51/2016, de 26 de abril, por el que se Declara el Área Privada de Interés Ecológico «Valdepajares del Tajo» (LEXT 2016\100). Debe recordarse, e incidiremos en el último apartado de este Capítulo, que la gobernanza de áreas protegidas está impulsando una mayor participación social en la gestión de los espacios naturales protegidos mediante fórmulas complementarias a la gestión pública. En este sentido, la Ley 9/2006, de 23 de diciembre, por la que se modifica la Ley 8/1998, de 26 de junio, de Conservación de la Naturaleza y Espacios Naturales de Extremadura, añadió a la Ley que modificaba un nuevo artículo 27 quinquies en el que se regula una nueva figura de protección de espacios denominada Área Privada de Interés Ecológico, con la finalidad de complementar la acción pública en materia de protección de la biodiversidad y contribuir a la protección de áreas naturales que ofrezcan un interés singular desde el punto de vista ecológico o paisajístico. Se permite, así, a los propietarios la posibilidad de incorporar voluntariamente sus terrenos a la Red de Áreas Protegidas de Extremadura.

No debe relativizarse la importancia del Decreto 81/2016, de 27 de julio, que declara la reserva marina de interés pesquero de Cabo Tiñoso (Murcia), estableciendo una zonificación de la misma, y regulando el ejercicio de la pesca profesional, la pesca recreativa, el fondeo de embarcaciones, la extracción de flora y fauna marina, así como las actividades subacuáticas ---LRM 2016\213-. Aun no siendo una figura de espacio natural protegido per se, se señala que dada la existencia en el área de Cabo Tiñoso de zonas LICs (Lugares de Importancia Comunitaria), zonas ZEPA (Zona de especial protección de aves), Área de protección de Fauna Silvestre y el espacio natural de Islas e Islotes del Litoral Mediterráneo, se busca con la misma favorecer sinergias positivas para la conservación del patrimonio y el uso sostenible de la biodiversidad, si bien disponiéndose que se solicite informe preceptivo a los órganos competentes

en materia de espacios protegidos de dicha Administración respecto a la realización de actividades y actuaciones señaladas, en las que sea preciso su emisión.

En última instancia, deben destacarse, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria, tanto el Decreto 75/2016, de 1 de diciembre que declara el Área Natural de Especial Interés «Pozo Tremeo» (Término Municipal de Polanco) -LCTB 2016\318- como el Decreto 76/2016, de 1 de diciembre. Declara el Área Natural de Especial Interés «Cuevas del Pendo-Peñajorao» (término municipal de Camargo) -LCTB 2016\326- Debe recordarse que las Áreas Naturales de Especial Interés se configuran como espacios naturales que poseen un carácter singular dentro del ámbito regional o municipal en atención a sus valores botánicos, faunísticos, ecológicos, paisajísticos y geológicos y cuya conservación es necesario asegurar. En términos similares a lo señalado para las Áreas Privadas de Interés Ecológico de Extremadura, se busca reforzar la participación de las entidades locales y de la iniciativa privada en la conservación de la biodiversidad de Cantabria, complementando la acción de la Administración Pública autonómica.

D) ORGANIZACIÓN

En esta materia, debe comenzarse citando la novedad más destacada, de carácter básico, que deviene tras la aprobación de la ORDEN AAA/38/2016, DE 18 de enero, que establece la composición, funciones y funcionamiento del Comité de Colaboración y Coordinación de Parques Nacionales, de las Comisiones de Coordinación y del Comité Científico de Parques Nacionales, todos ellos adscritos a efectos administrativos al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, a través del Organismo Autónomo Parques Nacionales. De conformidad con el artículo 2 de la Norma citada, el Comité de Colaboración y Coordinación de Parques Nacionales se configura como el órgano colegiado de carácter técnico, coordinador y colaborador, siendo su objeto profundizar en los mecanismos de colaboración y coordinación, estudiar posibles efectos comunes, conciliar la puesta en marcha de programas y actuaciones en los Parques Nacionales, estudiar y proponer actuaciones de Red, intercambiar información y experiencias, y facilitar la difusión del conocimiento de los Parques Nacionales. Por otro, las Comisiones de Coordinación son órganos colegiados constituidos en cada uno de los Parques Nacionales supraautonómicos, siendo su objeto integrar la actividad de gestión de cada una de las comunidades autónomas del modo que resulte más adecuado, asegurar la responsabilidad compartida de las administraciones implicadas y la coherencia del conjunto del Parque Nacional supraautonómico. En todo caso, debe recordarse que la supraterritorialidad no resulta atributiva

de título competencial en la materia (SSTC 102/1995, de 26 de junio y 191/2004, de 10 de noviembre). Finalmente, el Comité Científico de Parques Nacionales se constituye en el órgano que asesora científicamente sobre cualquier cuestión que le sea planteada desde la Dirección del Organismo Autónomo Parques Nacionales, a iniciativa de ésta o a petición de las administraciones gestoras de los parques nacionales.

Fijándonos en la esfera autonómica, el primer hito cronológico podemos encontrarlo en el Decreto 75/2016, de 7 de junio, que modifica el Decreto 106/2007, de 22 de mayo, por el que regula la organización y funcionamiento del Parque Nacional de Monfragüe y el Decreto 209/2009, de 4 de septiembre, por el que regula la organización y funcionamiento de la Reserva de la Biosfera de Monfragüe, básicamente a efectos de regular la composición orgánica del Patronato y del Consejo de Participación (LEXT 2016\156).

De igual modo, puede citarse, en el ámbito autonómico de La Rioja, el Decreto 28/2016, de 24 de junio, que modifica el Decreto 31/2006, de 19 de mayo, que regula la Junta Directiva de la Reserva de la Biosfera de los Valles del Leza, Jubera, Cidacos y Alhama, modificando la Junta Directiva de la Reserva de la Biosfera de los Valles del Leza, Jubera, Cidacos y Alhama, a fin de incluir el municipio de Clavijo, tal y como se acordó en su reunión de 15 de diciembre de 2015 (LLR2016/110).

Finalmente, el Ejecutivo insular canario aprobó el Decreto 137/2016, de 24 de octubre, que aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad (LCAN 2016\28) . Como peculiaridad debe destacarse la regulación en el art. 59 del Consejo de Espacios Naturales Protegidos de Canarias es el órgano permanente de coordinación entre la Administración autonómica y los Cabildos Insulares en materia de gestión de los Espacios Naturales Protegidos.

E) SUBVENCIONES

La temática que ahora se aborda, adjetiva de quien ostenta la gestión en el espacio natural protegido correspondiente, se vio perfilado por la STC 194/2004, de 10 de noviembre, de modo que la competencia en materia de subvenciones resulta accesoria de la competencia sustantiva a la que va anudada Por ello, en 2016 han sido innumerables las normas dictadas en la materia.

Siguiendo con el orden lógico, en el ámbito de la normativa básica, debe citarse el Real Decreto 278/2016, de 24 de junio, por el que se establece las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización de programas de voluntariado en el marco del plan de

sensibilización y voluntariado en la Red de Parques Nacionales y centros y fincas adscritos al Organismo Autónomo Parques Nacionales. En dicho Plan se regulan las subvenciones que promuevan y contribuyan a la concienciación ambiental de la sociedad, mediante la participación ciudadana en programas de gestión y conservación en la Red (RCL 2016\839).

Deslizándonos al ámbito autonómico, debe principiarse por sendas Órdenes de 9 de febrero y 8 de marzo de 2016, que aprueban tanto las bases reguladoras de las subvenciones en materia de inversiones en activos físicos como en materia de servicios básicos y renovación de poblaciones en áreas de influencia socioeconómica en espacios naturales protegidos, en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón, 2014-2020.

Igualmente, la Resolución de 1 de junio 2016 aprueba las bases reguladoras que regirán la concesión de subvenciones a las Entidades Locales del Principado de Asturias, estableciéndose la Línea 5 de Subvenciones para la restauración de y/o recuperación de hábitats y elementos de la Red de Espacios Naturales Protegidos (LPAS 2016\197).

Del mismo modo, la Orden MED/37/2016, de 20 de junio establece las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en la Red de Espacios Naturales Protegidos de Cantabria dirigidas principalmente a la mejora del conocimiento por la sociedad de dichos espacios, al establecimiento de sistemas de uso público compatibles con la conservación y a fomentar el desarrollo sostenible de las zonas incluidas en los espacios y, en su caso, de sus áreas de influencia socioeconómica, con la excepción del Parque Nacional de los Picos de Europa (LCTB 2016\182).

Aplicando los criterios de la doctrina constitucional aludida, la Orden 2417/2016, de 8 de noviembre establece las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en las áreas de influencia socioeconómica del Parque Nacional Sierra de Guadarrama (LCM 2016\322). La financiación de las actuaciones correrá a cargo conjuntamente de los presupuestos generales del Estado y de los presupuestos de la Comunidad de Madrid, siendo la principal finalidad la de promocionar el desarrollo sostenible de las poblaciones que cuenten en su territorio con los citados espacios naturales protegidos.

En última instancia, en el ámbito autonómico gallego, cabe citar la Orden de 31 de diciembre 2016 establece las bases reguladoras generales y la convocatoria para el año 2017 para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de ayudas a proyectos colectivos, financiados

por el FEMP, para la conservación y restauración de la biodiversidad y de los ecosistemas marinos en el marco de actividades marisqueras sostenibles, tramitadas como expediente anticipado de gasto (LG 2017\17).

Aparte de las normas citadas, son innumerables las convocatorias de subvenciones que establecen una baremación en la que se incluye como puntuación la ubicación en un espacio natural protegido o la realización de actuaciones que redunden en beneficio de un espacio natural protegido, todas ellas dictadas en materia de políticas sectoriales concurrentes, en las cuales no podemos detenernos por exceder del propósito del presente análisis.

F) USO PÚBLICO

Desde la perspectiva de la normativa básica, el Real Decreto 599/2016, de 5 de diciembre regula la licencia de uso de la marca «Reservas de la Biosfera Españolas» (RCL 2016\1459) con objeto de destacar y diferenciar determinados productos artesanales y naturales de los territorios reconocidos como Reservas de la Biosfera, así como los productos elaborados y servicios de los municipios que pertenecen a las Reservas y que contribuyan a cumplir con las funciones básicas de conservación, desarrollo y apoyo logístico de las mismas, siempre de acuerdo con el plan de gestión de la correspondiente Reserva, respetando así las singularidades de cada una de ellas. Se omite y se echa en falta el régimen que pueda derivarse de la coincidencia con marcas que las Administraciones autonómicas hayan regulado respecto las figuras de protección (como ejemplo, la Orden de 15 de diciembre de 2004, por la que se regula el Régimen Jurídico y el Procedimiento de Concesión de Licencia de Uso de la marca Parque Natural de Andalucía), si bien no debería de plantear mayores problemas de coexistencia.

Desde la óptica autonómica, recuperando el devenir cronológico, debe citarse la Resolución PRE 70/2016, por la que se hace público un acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Patronato de la Montaña de Montserrat sobre la práctica de actividades deportivas, actividades colectivas y normas de comportamiento y uso dentro del espacio natural protegido de Montserrat (LCAT 1987\659). Ante el aumento imparable de actividades deportivas en espacios naturales protegidos, las Administraciones Públicas vienen entendiendo la necesidad de regular la materia, de modo que en el caso de Cataluña la normativa citada no solo distingue y clasifica las actividades deportivas en atención a su restricción, sino que obliga a la prestación de fianza para el desarrollo de las mismas, las somete a autorización expresa (debiendo entenderse desestimada por silencio tras el art. 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas en tanto "puede afectar al medio ambiente") y establece unas normas de comportamiento.

Del mismo modo, la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas de Aragón modifica los artículos 31 y 40 de la Ley de Espacios Naturales Protegidos de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2015, de 29 de julio, del Gobierno de Aragón, en el sentido de establecer el sentido del silencio negativo respecto la desestimación presunta a las solicitudes de usos y actividades en zonas sometidas a la regulación de los planes rectores de uso y gestión aprobados.

Retomando la normativa autonómica de Cataluña, el Decreto 267/2016, de 5 de julio regula las actividades de educación en el tiempo libre en las que participan menores de 18 años, señalando que cuando se celebren en el interior de espacios naturales protegidos deben recabar previamente autorización y sujetarse al instrumento de planificación correspondiente (LCAT 2016\359).

Finalmente, la Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco (LPV 2016\274), establece la definición de áreas naturales de acampada, señalando el artículo 68 que la implantación de las áreas naturales de acampada en espacios naturales protegidos o en los lugares de la Red Natura 2000 estará condicionada a lo establecido en sus respectivos planes de ordenación o gestión.

3. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN 2016

A) EL CASO DEL HOTEL EN LA PLAYA DE EL ALGARROBICO: PUNTO DE INFLEXIÓN

La historia judicial de este caso, singular y simbólico, se remonta a 2005, cuando se residenció en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº2 de Almería el recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta a la revisión de oficio de la licencia de obras del hotel ubicado en la playa de El Algarrobico.

Desde entonces, una pléyade de procedimientos judiciales (más de la veintena), de manera directa o indirecta, inciden sobre los distintos aspectos judiciales del mismo, de modo que más de diez años después la situación judicial sigue entrecruzada, si bien, con el año 2016 como punto de inflexión de la resolución del asunto.

En resumidas cuentas, el entrecruzamiento judicial se puede sistematizar en los siguientes bloques:

- 1.- Licencia de obras.
- 2.- Retracto.
- 3.- Zonificación.
- 4.- Deslinde del Dominio Público Marítimo Terrestre.
- 5.- Responsabilidad Patrimonial.

Pues bien, despejado en 2012 el cuarto bloque, los bloques segundo y tercero se despejaron en tres Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2016, lo que conlleva un arrastre del primer bloque y, por tanto, que el último bloque sea el que quede pendiente por resolver.

Respecto el bloque dedicado al retracto, deben traerse a colación las Sentencias del Tribunal Supremo 345 y 346/2016, de 10 de febrero, que desestimaron sendos recursos de casación de las mercantiles AZATA DEL SOL SL y AZATA PATRIMONIO SL contra las Sentencias 3494/2013, de 10 de diciembre (rca 2016/2006) y 3510/2013, de 10 de diciembre (rca 2017/2006) respectivamente. De ellas podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Las modificaciones registrales posteriores al ejercicio del derecho de retracto se pueden subsanar a través de las oportunas correcciones tabulares.

-La existencia de una antinomia entre el texto del plan y su grafía debe resolverse acudiéndose al texto del plan.

-La notificación fehaciente de la compraventa a los efectos del derecho de retracto debe de comunicarse al departamento responsable de la gestión de la protección ambiental del espacio natural protegido, sin que queda alegar el principio de personalidad jurídica única ni la vulneración de la doctrina de los actos propios cuando se envía a otro departamento, como por ejemplo el responsable de la gestión y recaudación tributaria. Todo ello sin perjuicio de la evidente "descoordinación interna". Ítem más, el art. 24 de la Ley 2/1989, de 18 de julio, de Inventario de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre de Andalucía, que constituye un trasunto de la norma básica, actualmente constituida por el art. 21 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, exige la notificación de "las condiciones esenciales de la transmisión pretendida y, en su caso, copia fehaciente de la escritura pública en que haya sido

instrumentada la citada transmisión", señalando la Sentencia que *“de la inscripción registral de la escritura no se deducían que se estuviera en presencia de un espacio natural como protegido”*.

- Desde el punto de vista de coherencia con la zonificación, dichas construcciones, aunque pudieran resultar amparadas por autorizaciones, permisos, informes o licencias de las diversas Administraciones actuantes, sin embargo, la característica con la que realmente cuentan, desde la perspectiva medioambiental en la que el retracto se sitúa, es la de "innecesarios e inútiles". Esto es, su propia existencia resulta contradictoria con la finalidad protectora del retracto, o, dicho de otra forma, resultan inviables en el marco de protección jurídica establecido por la normativa medioambiental y de protección del dominio público marítimo terrestre. Por ello, no pueden solicitarse el resarcimiento, en el precio del retracto, de los gastos urbanísticos en los que se haya incurrido.

-A los efectos indemnizatorios, señala la Sala Tercera que no son predicables las reglas de la adquisición ex art. 361 CC, ya que "llevada a cabo la construcción, por el mismo propietario de los terrenos, en los términos expresados, luego la Administración "retroactivamente" pretende adquirir las fincas, esto es, situarse en el lugar del propietario, abonando sólo el valor de los terrenos en la compraventa. Obviamente, el propietario de los terrenos, como consecuencia del retracto ejercitado, y de su desplazamiento en relación con los mismos, no se transforma en un tercero con derecho a la indemnización por lo construido cuando era propietario, pues, sencillamente, cuando construyó no contaba con tal condición de tercero”.

-Se excluye cualquier referencia a la actuación de buena fe, o no, de la recurrente, y a su pretensión en la instancia de indemnización de daños y perjuicios, derivando dicho pronunciamiento a los pleitos de responsabilidad patrimonial que actualmente se sustancian ante las Salas de lo Contencioso de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, en relación con las tres Administraciones implicadas: Administración General del Estado (con competencia en materia de costas y dominio público marítimo terrestre), Junta de Andalucía (con competencia en materia de urbanismo y medio ambiente) y Ayuntamiento de Carboneras (con competencia en materia de urbanismo).

Respecto del bloque dedicado a zonificación, la Sentencia del Tribunal Supremo 272/2016, de 10 de febrero revoca y deja sin efecto la Sentencia de 21 de marzo de 2014, de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada (sección Tercera), dictada en el rca 1295/2008 casándola con los

pronunciamientos contenidos con la Sentencia (firme, sin que mediase recurso de casación) de 1951/2012, de 11 de junio, de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada (sección Primera), sostenido contra el Decreto 37/08, de 5 de febrero, por el cual se aprueba el Plan de Ordenación de los recursos naturales y el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, en lo que afecta al sector ST-1 denominado "El Algarrobico" que se incluye en la zona C3, y ST-2, ambos sectores de las NNSS de Carboneras, Sector que ese acaba calificando como zona C1.

- Para la Sala Tercera la tramitación procesal ha sido efectivamente defectuosa y se parte de una previa vulneración del principio de cosa juzgada ex art. 9.3 CE señalando en unos términos inusualmente duros que la Sentencia de instancia "se ha apartado conscientemente de lo resuelto de forma definitiva y firme por una sentencia anterior de la misma Sala de 11 de junio de 2012, siendo de destacar cómo, en la referida sentencia, *“la disposición objeto del recurso era la misma que ahora ha sido objeto de enjuiciamiento, siendo idéntica la pretensión ejercitada, en cuanto dirigida a concretar la correcta zonificación que había de corresponder al ST1 "El Algarrobico", por mucho que los recurrentes discrepases en cuanto a tal determinación. Pero no es que coincidan tan sólo el objeto y la pretensión, sino que, además, el proceso seguido por ambas sentencias para alcanzar sus respectivas conclusiones ha sido similar, dado que ambas parten del análisis de la zonificación asignada a los terrenos en 1994, si bien se alcanzan decisiones contradictorias, lo que delata que, la segunda sentencia no sólo se aparta de lo resuelto con carácter firme en la primera, sino que contradice expresamente sus pronunciamientos"*.

- Por otro lado, FJ 26 afirma la superioridad del planeamiento medioambiental sobre el urbanístico (reflejo de la preponderancia de los valores medioambientales sobre los de mera ordenación del territorio, como ha reconocido la jurisprudencia, así Sentencia del Tribunal Constitucional 102/95, de 26 de junio y Auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, sino el que el planeamiento urbanístico ha de adaptarse a lo establecido en el planeamiento medioambiental. Ello incluso en el supuesto de hipotéticas incoherencias en la Memoria del Plan (Fundamento de Derecho 32)

- Un PORN puede reducir o suprimir aprovechamientos previamente conferidos en los planes urbanísticos, de modo que, la cuestión de las posibles compensaciones a los propietarios, resulta ser una cuestión que habrá de dilucidarse por sus cauces propios, pero no puede suponer que los terrenos queden privados de protección hasta que la compensación, si resulta procedente, se consume.

- Reitera la aplicación del principio de no regresión, que será el futuro de no pocas decisiones administrativas y jurisdiccionales este Tribunal Supremo ha acogido y confirmado la doctrina de la necesidad de una especial justificación de aquellas actuaciones que impliquen una desprotección ambiental del suelo. Así la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (RJ 2013, 2346), recuerda en su FD 7.º "que el principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos implica, exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos". A mayor abundamiento, resultaría exigible un especial rigor y motivación para justificar la desprotección de unos terrenos que, como las propias sentencias recogen, están declarados" como zona de especial protección para aves -ZEPA- (en octubre de 1989), como lugar de interés comunitario -LIC- (en enero de 1998), integrante de la Red Natura 2000 (en 2007), de la Reserva de la Biosfera (en 1997) y del Humedal RAMSAR (en 1991), así como zona especial de protección del mediterráneo -ZEPIME-".

Como consecuencia de estas Sentencias, con posterioridad la Sentencia 1510/2016 de 23 mayo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada (JUR 2016\119937) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Carboneras contra el Decreto 37/2008, dictado por la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Naturales del Parque Natural Cabo de Gata- Níjar y el Plan Rector de Usos y Gestión del mismo.

Es por ello, que, aunque no esté definitivamente resuelto, pues aun quedan pendientes varios pleitos vivos en los distintos Tribunales respecto el bloque de responsabilidad patrimonial, así como el Tribunal Supremo debe resolver la vía para hacer efectivo el retracto (Auto del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2016, admitiendo a trámite el recurso de casación de la Junta de Andalucía contra el Auto de 28 de mayo de 2015 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada –sección Tercera-, que remite a la vía civil la ejecución del mismo), lo cierto es que la Sentencia de zonificación supone un punto de inflexión definitivo para la resolución del caso, sobre todo desde la perspectiva ambiental de la zona, la cual deberá inexorablemente recuperar la imagen que tenía hace más de una década.

B) MINERÍA Y ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS: UN CONFLICTO SIEMPRE LATENTE

Uno de los axiomas jurisprudenciales para tratar de conciliar ambas materias es la imposibilidad de establecimiento de limitaciones generales vía leyes que afecten a extensas zonas o vía directrices de ordenación territorial (respecto de éstas últimas limitaciones y su prohibición, cfr. SSTs 3 de noviembre de 2010 -rec. 5294/2007- y 14 de febrero de 2012 -rec. 1049/2008-, siendo ponente en ambas D. Jesús Ernesto Peces Morate). Otra interpretación supondría conculcar el art. 122 LM que dispone que “cualquier prohibición contenida en los instrumentos de ordenación sobre actividades incluidas en la Ley de Minas deberá ser motivada y no podrá ser de carácter genérico”.

Sin embargo, debe traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2016 –recurso de casación 2081/2015-, que matiza la imposibilidad de asumir la existencia de una prohibición genérica cuando en la normativa examinada se disponga la excepcionalidad de la extracción “cuando éstos sean declarados expresamente de interés social y utilidad pública conforme a la legislación vigente”, máxime atendiendo a la naturaleza del Plan en el que se inserta (art. 96 del Pla especial de Protecció del Medi Natural i del Paisatge del Parc del Montseny), con una naturaleza eminentemente preventiva, de modo que lo que incorpora “no es una prohibición, sino un sistema rigurosos en cuanto a la motivación, para poder autorizar nuevas explotaciones mineras, dejando en manos de la autoridad correspondiente la evaluación y valoración de la compatibilidad de las mismas con el carácter protegido de los terrenos en los que pretenda desarrollarse”.

En todo caso, las prohibiciones de realización de actividades mineras en instrumentos de ordenación ambiental no son susceptibles de ser resarcidas a través del instituto de responsabilidad patrimonial, sin que pueda pretenderse, con carácter general, la subsunción de prohibiciones en privaciones singulares indemnizables ex art. 33.3 CE. En este sentido, tanto la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2016 (recurso de casación 53/2015), como la Sentencia 157/2015, de 4 de marzo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (recurso 455/2012) parten de la configuración legal de las facultades del dominio (la función social de la propiedad ex art. 33.2 CE), de modo que “no supone en sí misma privación de propiedad alguna, ni de bienes y derechos patrimoniales, sino tan sólo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades han de establecerse como medidas necesarias para la conservación de los espacios naturales a proteger”.

Finalmente, debe reseñarse que la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2016 (RJ 2016/781) se acoge a la normativa aplicable a la conservación de espacios naturales y espacios protegidos, concluyendo que la protección otorgada a las aves que anidan en la zona es incompatible con la actividad extractiva.

C) LAS ZONAS DE AMORTIGUACIÓN: EL PARC NATURAL DE LA SERRA DE COLLSEROLA

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencias de 9 febrero 2016 -RJ 2016\690, sector Torre Negra-, de 28 junio de 2016 -JUR 2016\156994, sector Cerdanyola del Vallés- y de 19 julio de 2016 -RJ 2016\3802, sector noroeste de Pedralbes-, estimando el recurso de casación, anula parcialmente Decreto 146/2010, de 19 de octubre de la Generalitat de Cataluña, "de declaració el Parc Natural de la Serra de Collserola i de les reserves naturals parcials de la Font Groga i de la Rierada-Can Balasc", al no reunir, según las pruebas practicadas y los hechos y circunstancias recogidos en la Memoria del Decreto impugnado, las características para estar incluido en la definición de " espacio natural protegido " ni en la de "parque". Señalan las Sentencias que no se rechaza la existencia de valores naturales en la zona, sino, más limitadamente, no siendo de la entidad que se precisa para gozar de la cobertura pretendida por la Administración bajo la categoría que pretende asignársele. Esto es, acudiendo a la definición que se recoge en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, no tienen la característica de ser elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo, ni está dedicado a la protección y mantenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados.

En todo caso, ello debe plantearse como cuestión controvertida puesto que en la zonificación de toda área protegida pueden coexistir zonas clasificadas como zona D, con escasa o nulo interés ambiental, pero que cumple una función determinada a los efectos de la protección ambiental interesada, cuestión que debió centrar el debate procesal.

D) LA AMPLIA POTESTAD DISCRECIONAL DEL PLANIFICADOR Y LA VINCULACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA A LA PLANIFICACIÓN AMBIENTAL: EL PARQUE NATURAL DE OYAMBRE

La Sentencia del Tribunal Supremo 1400/2016, de 14 de junio (RJ 2016/3708) resuelve recurso de casación contra Sentencia del Tribunal

superior de Justicia de Cantabria de 19 de enero de 2014 que desestimó recurso contra el Decreto 89/2010, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural de Oyambre recordando la Jurisprudencia consolidada por la que se reconoce y reafirma la potestad con que cuenta la Administración en la configuración de los contenidos de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales, en tanto en cuanto su decisión venga asentada “*en unos hechos acreditados y adornada de la correspondiente justificación*”, recordando el “indeclinable margen apreciativo” con que cuenta la Comunidad autónoma en relación con los espacios cuyos recursos naturales merecen ser contemplados en los Planes de Ordenación de Recursos Naturales. Asimismo reitera doctrina jurisprudencial por la que vinculación por parte del PORN, respecto de los terrenos incluidos en su ámbito, en relación con su clasificación urbanística, y, por otra parte, sobre la obligación del planeamiento urbanístico de adaptación al PORN, debiendo prevalecer las determinaciones de este, sobre aquel, en tanto no se produzca la adaptación.

E) LA CONFIRMACIÓN DE LA ANULACIÓN DEL DECRETO 15/2011, DE 1 DE FEBRERO: LA REVOCACIÓN DEL RÉGIMEN ANDALUZ EN MATERIA DE PARQUES NATURALES

El meritado Decreto, que consignaba el régimen jurídico de planificación de los Parques Naturales en Andalucía, ha sido anulado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 febrero de 2016 (RJ 2016\686) y de 23 febrero 2016 (RJ 2016/2070) confirmando la Sentencia de 17 de febrero de 2014 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en relación con la falta de audiencia de los Ayuntamientos de aquellos municipios incluidos en los ámbitos geográficos de los Parques Naturales de Andalucía, habiendo sólo incluido a las Diputaciones Provinciales en la elaboración del Decreto impugnado, sin que dicho trámite pueda ser sustituido por un genérico trámite de audiencia, de conformidad con la doctrina establecida previamente por el Tribunal Supremo en la STS de 24 de noviembre de 2009.

F) CONCURSO DE NORMAS Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: PARQUE NACIONAL DE CABAÑEROS

La Sentencia de la Audiencia Nacional 283/2016, de 17 de mayo (JUR 2016\151752) establece la conformidad a Derecho de sanción que resulta más elevada en la Ley 33/1995, de 20 de noviembre, de declaración de Parque Nacional de Cabañeros, respecto la norma básica que constituye

la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en tanto:

1.- La Sentencia de la Audiencia Nacional ya en relación con el mismo Parque Nacional, que si la conducta tiene acomodo en dos preceptos de igual tenor literal pero contemplados en dos leyes distintas y para las que se contemplan sanciones diferentes, procede aplicar lo que por razones de especialidad resulta más procedente, esto es la Ley 33/1995.

2.- La protección concedida por la Ley estatal puede ser ampliada y mejorada por la Ley autonómica; lo que resulta constitucionalmente improcedente es que resulte restringida o disminuida. Tras la transferencia de gestión de los Parques Nacionales a las Comunidades Autónomas como proclamó la STC 194/2004, de 10 de noviembre, la ratio decidendi sigue la misma lógica respecto de aquéllas leyes estatales que declararon los Parques Nacionales, de modo que los entes autonómicos deben de aplicarla con preferencia a la norma básica genérica (Ley 42/2007, de 13 de diciembre) cuando las acciones que resulten típicas sean castigadas con mayores sanciones en aquellas normas especiales.

G) DIFERENCIAS ENTRE EFICACIA Y ANULACIÓN POR LA ANULACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN AMBIENTAL: "PARQUE NATURAL ARCHIPIÉLAGO CHINIJO"

Debe asimismo traerse a colación la referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 302/2016, de 27 de junio (RJCA 2016\843), en la que se señala que la declaración del espacio "Parque Natural Archipiélago Chinijo" recogida en la Ley canaria 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias, ha perdido su vigencia al no tener elaborado el Plan de ordenación de los recursos naturales a que obliga la normativa básica estatal. Ello no quiere decir, como reitera, que tal declaración sea inconstitucional, sino que no se encuentra vigente por faltar un requisito esencial y por ende no produce los efectos que tal declaración conlleva.

Ni siquiera podría admitirse que la aprobación del Plan Insular de Lanzarote hubiese subsanado la ausencia del PORN, por cuanto su contenido *"no contempla ni de lejos el que es propio y necesario en los planes de ordenación de estos especiales espacios naturales. No existe una descripción y evaluación detalladas de los recursos naturales del Parque del Archipiélago Chinijo, su estado de conservación y previsible evolución futura, que es la premisa básica de la que ha de partir la planificación requerida. No quiere ello decir que el PIOT de Lanzarote sea ilegal. El que no cumpla los requerimientos mínimos que según la normativa estudiada*

requiere su consideración como PORN, tan solo acarrea como consecuencia, -- en lo que ahora interesa--, la mencionada ineficacia de la declaración del Parque natural. Pervive con el resto de las características propias de los planes insulares”.

Es por ello que la inexistencia del PORN invalida el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural objeto de recurso, dado que los Planes rectores de uso y gestión, constituyen instrumentos de ejecución y desarrollo de los PORN y siendo ineficaz la declaración misma del Parque, carece de soporte válido el PRUG del Parque.

H) SENTENCIAS DEL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL: EL ERROR EN EL TIPO Y LAS AGRAVANTES DE LOS ARTÍCULOS 338 Y 353.1.3ª DEL CÓDIGO PENAL

Por un lado, la Sentencia del Tribunal Supremo 516/2016 de 13 junio (RJ 2016\2531) señala que aunque la industria dispusiese de licencia de actividad no empece a la sujeción al instrumento de prevención ambiental correspondiente (en este caso, evaluación de impacto ambiental) añadiendo que a la conducta calificada como dolosa no cabe oponer la existencia de error por cuanto “el error no tiene el alcance que el recurrente pretende al tratarse de una industria sometida a unas especiales exigencias de control de riesgo por tratarse de una actuación arriesgada que desarrolla su función en un parque especialmente protegido que obliga a extremar las cautelas y exigencias para asegurar lo que la norma trata de prevenir. No cabe argüir desconocimiento de la norma cuando la actividad que se desarrolla, precisamente por la situación de riesgo que comporta, exige conocer el ámbito de lo permitido”. Este criterio aparece integrado en la Sentencia 154/2016, de 24 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valladolid (JUR 2016/155043) y en la Sentencia 69/2016, de 15 de marzo de Audiencia Provincial Jaén (ARP 2016/484).

Por otro, comenzando con la agravante del artículo 338 del Código Penal, la aludida Sentencia 69/2016, de 15 de marzo de Audiencia Provincial Jaén recuerda que el precepto establece que se impondrá la pena superior en grado cuando las conductas punibles de ese título "afecten a algún espacio natural protegido", de modo que la cuestión es determinar qué se entiende por afectación:

“Una interpretación amplia de dicho precepto sugeriría que por "afectación" debe entenderse toda actuación en el espacio natural protegido, cause o no perjuicio y altere o no el equilibrio medioambiental de la zona que se pretende proteger. En tal caso "afectación" equivaldría a "hacer en, realizarse en" o vocablos similares que no han sido utilizados en el precepto. Una interpretación más restrictiva y más acorde con el

bien jurídico que se pretende proteger con la norma y que se corresponde mejor con el fundamento de la agravación contenida en el artículo 338 CP sugiere que por afectación debe entenderse no sólo la mutación del espacio sino el deterioro del medio ambiente que se pretende proteger. En tal sentido el Diccionario de la Real Academia define la palabra "afectar" como "producir alteración o mudanza en alguna cosa" pero también como "menoscabar, perjudicar o influir desfavorablemente.

Consideramos que esta última es la acepción admisible por lo que procede analizar qué tipo de menoscabo justifica la agravación”.

Por ello exige que debe tratarse de un menoscabo que suponga una *afectación efectiva y material* del espacio protegido para lo que habrán de valorarse todas las circunstancias concurrentes tales como si la zona afectada constituye o no el núcleo esencial del espacio que contiene los valores que se pretenden proteger con la declaración administrativa de espacio natural protegido, el tipo e importancia de la actuación ilícita realizada, los usos anteriores que se venían realizando en el mismo terreno, la degradación de la zona por otras actuaciones anteriores y cualesquiera otras que puedan tener incidencia para determinar el menoscabo efectivo producido con la actuación ilícita.

Empero, de manera cuestionable, la Sentencia 430/2016 de 18 noviembre de la Audiencia Provincial de Las Palmas (JUR 2017\20250) no considera de aplicación la agravante del art. 353.1.3ª CP de afección a un espacio natural protegido ya que *"el lugar donde comenzó el incendio no tiene la consideración de espacio natural protegido, no figura en la causa la localización exacta del espacio natural protegido ni la distancia entre este y el lugar concreto, sí especificado, donde se inició el incendio. Tampoco consta, puesto que nada se preguntó al respecto, si el acusado tenía conocimiento de que la mencionada zona afectada tiene la consideración de espacio natural protegido"*. El artículo 353 CP no habla de comenzar, ni establece una posibilidad modulable máxime cuando estamos hablando de incendios provocados por ganaderos en sus fincas, a los que se presume el conocimiento de la existencia de la ubicación del Parque: el precepto habla literalmente de "afectar", cuestión sobre la que debió girar el debate procesal, con independencia del origen.