

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN TERCERA

GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA

SAN MARTIN 41 2ª planta - C.P./PK: 20007
Tel.: 943-000713 Faxa: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.02.1-15/001939

NIG CGPJ / IZO BJKN :20018.43.2-2015/0001939

**RECURSO / ERREKURTSOA: Rollo apelación autos / Autoen apelazioko erroilua
3199/2016-**

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Diligencias previas / Aurretiazko eginbideak 768/2015

UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Azpeitia / Azpeitiko Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 1 zk.ko ZULUP
Atestado nº/ Atestatu-zk.:

163A1500067 - 575D1501153 - 575D1501110 - 575D1501048 - 575D1500902

Apelante/Apelatzailea: FEDERACION GUIPUZCOANA DE DEPORTES AEREOS
Procurador/a / Prokuradorea: ANGEL MARIA ECHANIZ AIZPURU
Apelado/a / Apelatua: EL FISCAL -

Apelado/a / Apelatua: JAVIER GARRASTAZU ARANGUREN
Abogado/a / Abokatua: ERYKA GAZTAÑAGA BERMEJO
Procurador/a / Prokuradorea: CONCEPCION OLAIZOLA BERECIARTUA

AUTO N° 210/2018

Ilmos/as. Sres/as.:

PRESIDENTE: D/Dª. JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL

MAGISTRADO/A: D/Dª. IÑIGO SUAREZ DE ODRIUZOLA

MAGISTRADO/A: D/Dª. MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a 4 de julio de 2018.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha de 20 de junio de 2016, se dictó auto por la UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Azpeitia, en cuya parte dispositiva se acuerda:

"Se acuerda el **SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL** de la causa.

Una vez sea firme esta resolución, archívense las actuaciones.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, así como al Ayuntamiento de Zarautz (Gipuzkoa), que no está personado pero es interesado.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Donostia-San Sebastián (Gipuzkoa), para su unión al procedimiento ordinario 414/2.015."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución por la representación procesal de la Federación Gipuzkoana de los Deportes Aéreos, se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación.

Recibidos los autos en esta instancia, se formó el presente rollo, con designación de ponente, y no habiéndose practicado prueba en esta instancia (señalándose día para deliberación y votación día pasaron los autos al Magistrado Ponente para dictar resolución.

VISTO.- Siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sr. Magistrada Dña. Maria del Carmen Bildarraz Alzuri.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Federación Gipuzkoana de los Deportes Aéreos, se alza en recurso de reforma y subsidiario de apelación frente al Auto de instancia que decreta el sobreseimiento provisional de las actuaciones al amparo del art. 641.1º LECrim, en solicitud de su revocación y que se continúe con la tramitación de las diligencias por un presunto delito contra la ordenación del territorio previsto en el art. 319.2 C.P. así como el de prevaricación cualificada previsto en el art. 320 C.P. y contra especies protegidas en el art. 332.1 C.P.

El recurso se fundamenta en las siguientes alegaciones:

1º.- El Instructor, para decretar el archivo provisional de las diligencias, mezcla cronológicamente hechos relevantes sobre los indicios que llevan a sostener la presente causa, en lo relativo a la persecución de la comisión de un delito contra la ordenación del territorio y asume la mera constatación de que se ha tramitado formalmente un expediente administrativo para entender irrelevante su persecución penal, estimando que nos encontramos ante una mera discrepancia de orden administrativo urbanístico no

susceptible de tacha penal, sin perjuicio de la intervención del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La relación de hechos del Auto, conduce a que se deba admitir que esta acusación sostiene su posición procesal, negando la posibilidad de reconstruir un Caserío, obviando la legislación, incluso comparada, sobre dicho tipo de actuaciones.

En contra de dicha posición, en toda la documentación obrante en autos consta que es a través de la sustanciación de un expediente que se pretende tramitar como rehabilitación de una edificación tradicional, esto es del Caserío Amezti, perfectamente posible en nuestro ordenamiento, se han incluido unas obras para una edificación nueva, se ha demolido el antiguo Caserío sin ningún tipo de justificación y se ha trasladado la ubicación de la nueva edificación en Suelo No Urbanizable de Especial Protección sin cobertura legal para ello.

Esto es notorio.

El Juzgado entiende que un expediente de rehabilitación de un Caserío iniciado en el año 2010, con licencia obtenida en dicho año, nunca ejecutado en sus términos, acaba siendo la cobertura legítima para una nueva edificación que sustituye la anterior, a 250 m del solar donde se ubicaba el Caserío derruido en un suelo no urbanizable de especial protección. Expediente en el que el Secretario municipal nunca emitió informe alguno, error que se advierte en el auto que se recurre, que afirma lo contrario.

En el Anexo I. del Decreto 317/2002, de 30 de diciembre, sobre actuaciones protegidas de rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado, se dan las definiciones de lo que se consideraría una reconstrucción y una nueva edificación.

A pesar del esfuerzo del Instructor en sostener, sin perjuicio de la jurisdicción contencioso-administrativo, que dicho acto no reviste interés penal sin necesidad de practicar ulteriores diligencias, lo cierto es que el art. 319 en su párrafo 1º castiga a los promotores constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. En su párrafo 2º, castiga a las mismas personas cuando la conducta sea llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

Es innegable que la edificación que surge en la finca registral referida en los autos es una **edificación nueva** y que no es posible su autorización (art. 77 NNS de Aia y Directriz de Ordenación Territorio PV 8º).

La actuación constructiva llevada a cabo no trata de una rehabilitación , se ampara en una tramitación con dicha nomenclatura en un evidente fraude legal, y por no era autorizable en suelo no urbanizable especial I.

Basta acudir al propio expediente administrativo para advertir que la actuación de los responsables municipales y de los promotores de la obra de nueva planta, se ha ido solapando en el tiempo y con distintos reproches legales hasta abandonar la inicial intención de rehabilitar un Caserío inexistente, hoy demolido, y culminar con una construcción que no tiene semejanza volumétrica alguna con el Caserío antiguo, ni se ubica en el mismo lugar, ni responde al iter normativo requerido como tal acto reglado, para que pueda consolidarse en el territorio, con las exigencias que el legislador tiene establecidas para ello y; además ejecutándose una **nueva construcción residencial en Suelo No Urbanizable de Especial protección**. Y todo ello con apoyo en un simple informe declarativo del cumplimiento del art. 30 de la Ley Vasca del Suelo sin más.

La licencia tramitada en el año 2010 trataba de la rehabilitación del antiguo Caserío, pero aquella nunca se llevó a efecto.

Lo que lleva a tener que plantearse cuestiones esenciales que aún no se han abordado (se plantea ciertos interrogantes que damos por reproducidas).

No obstante lo anterior, la demanda que en la vía jurisdicción contencioso-administrativa se practicó, con ocasión de tener conocimiento de la licencia otorgada en el año 2010 por primera vez, no impugnaba sobre este hecho la comisión de delito alguno; si no su invalidez jurídica por entender que estaba afectado de radical nulidad; y por servir de base a los argumentos que dieron forma al **decreto de Alcaldía de Aia nº 85/2015** que fundamento el trámite posterior; que sí fue sometido a exposición pública del modo más grosero posible en cuanto al fraude legal que exponía al público semejante acto; el de autorizar una nueva edificación que no tenía ningún referente en las condiciones legales exigidas para ello; dado que escamoteaba el concepto de rehabilitación en el marco de una nueva construcción, fuera incluso de la ubicación original del Antiguo Caserío; sobre un proyecto que ya desde el inicio, se puso ante el Ayuntamiento con esta finalidad.

¿Por qué se otorga una nueva licencia en el año 2013 si ya estaba licenciado desde el 2010 según el propio decreto de Alcaldía?

En relación con el citado procedimiento, se han dictado por la institución del Ararteko las conclusiones reflejadas en la Resolución 2016IR-946-15 en expediente de referencias 946/2015/QC; relacionadas al **expediente administrativo** aportado por la Administración demandada en los **folios 81 a 84** (Se aporta como copia doc. nº 1).

Dicha Resolución concluye, de acuerdo con los propios alegatos iniciales de la recurrente, en la falta de cobertura legal de la edificación denunciada.

Así consta que el reproche de la recurrente se dirige a la falta de justificación del cumplimiento de las determinaciones legales en los que respecta a la nueva edificación; pero es que siguiendo esta misma exigencia de cumplimiento, ni siquiera el argumento que esgrime el Instructor para decretar el archivo provisional, sustenta dicha decisión, pues la posibilidad legal de autorizar este tipo de rehabilitaciones no está exenta del cumplimiento de ciertos requisitos cuyo cumplimiento no ha sido debidamente acreditado en el expediente administrativo.

Y esto es, igualmente notorio.

Es decir solo cabe autorizar las obras de reconstrucción de caseríos existentes siempre que quede acreditado los requisitos que expresamente menciona el art. 9 del Decreto 105/2008 de 3 de junio de medidas urgentes de desarrollo de LSU, así como aquellos adicionales que incluya el planteamiento municipal, y sólo es posible el traslado de un Caserío existente a otra ubicación en caso de demolición por causa de expropiación, causa que, es notorio, no se contempla en este expediente.

Se insiste, haciendo propias las conclusiones del Ararteko en este caso, el régimen de reconstrucción de Caserío previsto en **el art. 30.1 de la LSU no permite el cambio de ubicación.**

La posibilidad legal para semejante cambio está reservada para Caseríos que han sido demolidos por causa de expropiación forzosa; y en este caso la demolición sigue un curso diverso y tendente a constatar el **fraude de ley que ampara toda la actuación**, además de la presunta perpetración de un delio contra la ordenación de territorio del art. 319.2 del C.P., en cuanto que **se ha autorizado una obra en un suelo no urbanizable de Especial Protección sin cobertura legal para ello.**

Resulta necesario aclarar que, como acertadamente indica el Ararteko en la anterior resolución, trayendo la Stcia 191/2014 de 2 de abril, del TSJ del País Vasco, **las pautas de interpretación y aplicación del art. 30 de la Ley Vasca del Suelo debe hacerse con carácter restrictivo**; afirma que choca frontalmente con el contenido del Decreto de Alcaldía 85/2015 del Ayuntamiento de Aia, según el cual al interpretación que de las leyes se hace para autorizar semejante actuación, resulta absolutamente arbitraria e inquietante; dado que, literalmente, expresa que **“la atípica composición familiar de la familia Garrastazu Aranguren es excepcional, y ante una situación excepcional se puede y se debe hacer una interpretación excepcional de la norma”**, ajustando así todo el argumentario que pretende sustentar semejante exabrupto jurídico como es la licencia otorgada a dicha familia para la construcción efectivamente realizada.

Este hecho convierte el **actuar administrativo en un ejemplo de arbitrariedad**, cuyo referente jurisprudencial ya lo recuerda el Auto que se recurre; la STS de 9 de junio de 1998 de 31 de mayo.

Además de todo ello, es notorio que la edificación de nueva planta no se corresponde con la composición volumétrica exigida por la ley, habiendo dado lugar a una construcción extraña a lo que fuere el Caserío Amezti y fuera, se insiste, de su ubicación original; contraviniendo las propias normas urbanísticas de Aia, que prohíbe taxativamente nuevas construcciones residenciales en ese tipo de suelo.

Y recuérdese que la **licencia otorgada es para una edificación residencial en Suelo No Urbanizable de Especial Protección**.

Afirmación coincidente con los informes que igualmente obran a la instrucción y aportados por la parte apelante, emitidos por el departamento de ordenación del territorio de la Diputación Foral de Gipuzkoa (que se traen al recurso como doc. nº 2) y que no se ha tenido en cuenta a la hora de resolver el archivo que se combate y que expresan, tras corroborar de que se trata de una nueva edificación residencial, que el art. 77.1 de las NNSS de Aia prohíbe taxativamente nuevos edificios residenciales en zonas de especial protección.

La conjunción que el instructor hace sobre el delito de prevaricación del art. 404 CP u el cualificado de prevaricación urbanística del art. 320 CP, permiten cuando menos continuar con la instrucción de la causa aportado las necesarias evidencias de que los informes emitidos, los omitidos y los acuerdos adoptados han tenido o no en cuenta las limitaciones de la normativa urbanística de aplicación; pues si bien resulta de los argumentos del Auto recurrido, que las NNSS de Aia permiten la sustitución de edificaciones, no es menos cierto que esta extraordinaria posibilidad no tiene reflejo en la normativa sectorial del modo en que se esgrime, y que por el principio de jerarquía normativa no es posible su aplicación porque se encuentra reconocida en normas de rango superior; amén de que dicha sustitución no ampara la situación acontecida en el Caserío Amezti.

2º.- El Instructor subsume el hecho de la instalación del vallado perimetral como un vallado de obra, sin apreciar que éste, el que se contiene en el estudio de seguridad y salud que acompaña el proyecto de obras aprobado en el año 2013, trata de un vallado que cierra el perímetro de la obra con un radio de poco más de 6 metros, lo que consta al expediente administrativo.

Así mismo, obvia en el Auto de 25 de mayo de 2016, el informe pericial de evaluación del impacto del vallado de Talaimendi (Zarautz) en la avifauna local, suscrito, por Juan Arizaga, experto ornitólogo de la Sociedad de Ciencias de Aranzadi que, a la vista de la

mortalidad que potencialmente puede causar el vallado que se instaló para la especie protegida de Halcón peregrino, recomienda su eliminación.

La denuncia practicada en su día sobre este particular, por la presunta comisión de un delito contra las especies, aclarado en los Autos en la comparecencia del denunciante Oscar Ruiz el 25 de noviembre de 2015, ante la genérica redacción practicada en el acta de denuncia ante la Ertzaintza, anticipó la aportación de esta prueba pericial que finalmente fue incorporada a las presentes diligencias y admitida por medio de Auto, tras recurso de reforma interpuesto al que se adhirió parcialmente el Ministerio Fiscal.

Nada dice el Auto que decreta el archivo provisional sobre este asunto; ni se da respuesta a las diligencias que se solicitaron practicar sobre particular, pese a acreditar documentalmente que el vallado de marras nunca obtuvo licencia y cuando éste fue sometido a trámite, no obtuvo autorización municipal, sino que se autorizó un nuevo vallado, sobre el que igualmente se advirtió que se seguía contraviniendo las consideraciones contenidas en el informe pericial del Instituto Aranzadi, pese a que el Ayuntamiento que lo autorizó ya tenía cumplido conocimiento de la evaluación de impacto que se aportó, lo que consta en las presentes actuaciones sin duda.

Frente a dicha omisión y en relación al principio de intervención mínima, que se entiende pudiera dar cobertura dicho silencio en el Auto de archivo, las cuestiones planteadas no han sido resueltas ni lo están siendo en otro ámbitos jurídicos.

Por lo que contraponemos la tutela y la filosofía protectora de la naturaleza y del medio ambiente tanto a un nivel constitucional (art. 45.3 CE) como en la propia jurisprudencia, STS de 23-11-2001.

La tutela penal cumple las tres exigencias del principio de intervención mínima: el medio ambiente constituye un bien jurídico digno de protección penal, necesitada de protección penal por la peligrosidad y gravedad de los ataques de que es objeto y susceptible de protección penal, a través de la **técnica de los delitos de peligro.**

De igual forma, la protección penal se otorga al medio ambiente como bien jurídico autónomo, tanto respecto de los bienes jurídicos tradicionales como de la normativa o actuación administrativa.

Es un bien jurídico relevante por sí mismo; no se trata meramente de asegurar la eficacia de la intervención administrativa ni de sancionar la desobediencia del sujeto respecto de la normativa de protección ambiental, sino de proteger directa y primariamente el equilibrio de los sistemas naturales y las especies que lo pueblan, sobre las que recae un régimen de protección que trasciende de la mera declaración e intervención administrativa.

El elemento esencial del tipo del art. 332.1 último inciso, es decir alterar gravemente el hábitat de una especie protegida habiendo contravenido las leyes o disposiciones de carácter general, determina cuando menos la necesidad de estimar la necesidad de investigar la perpetración de un delito de riesgos, en el que existe, como es en este caso, una aportación pericial que apunta a la potencial existencia de un perjuicio grave, admitiendo el riesgo de mortandad de una especie protegida en el ámbito que ocupa a estos autos.

Sobre el concepto de perjuicio grave se pronuncia abundantemente el Tribunal Supremo, aplicable al tipo del art. 332.1 CP, bajo dos premisas:

1.- *No es precisa la causación de un daño grave a la naturaleza o medio ambiente, para que sea aplicable el artículo 325 ss del CP, sino que **basta la existencia de un peligro grave en sentido abstracto.***

2.- *Y ese peligro debe ser acreditado por la prueba practicada, Al hilo del segundo requisito, la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25-10-2.002 viene a expresar que **“los delitos de peligro abstracto no existen para su consumación la producción de un verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción”**.*

Y cierto es, que de acuerdo con la evaluación de impacto del vallado, admitida en las presentes actuaciones, y no contradicha por pericial que se le haya opuesto, la instalación del vallado existente ya se ha calificado pericialmente con dicho carácter peligroso, incluso advirtiendo el riesgo de mortalidad que supone para los ejemplares de Halcón Peregrino que habitan en ámbito donde se ha instalado.

Por lo tanto no puede silenciarse esta situación por el Juzgado y archivar provisionalmente estas diligencias, sin haber instruido y claramente mínimamente este asunto.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso e interesa la confirmación de la resolución recurrida.

La representación procesal de D. Javier Garrastazu Aranguren y otro, asimismo se opone al recurso, solicitando la desestimación íntegra del recurso, condenando a la recurrente al pago de las costas procesales.

Por Auto de 20-6-2016 se desestima el previo recurso de reforma. Se razona:

.- La mera lectura del recurso interpuesto por la acusación no hace sino refrendar que nos encontramos ante una controversia que no trasciende la esfera administrativa o urbanística, sin encaje penal alguno, dado que, en definitiva, por la acusación se discrepa sobre la naturaleza de la rehabilitación llevada a cabo o en ejecución, pretendiendo de este Juzgado que sustituya la función del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, donde se tramita un recurso a instancias de la recurrente con el mismo objeto, y resuelva, en definitiva, sobre una cuestión meramente urbanística, sobre la que, en su día, dictará Sentencia el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Donostia-San Sebastián.

En este sentido, por más que insista la parte recurrente, no concurre en el presente procedimiento indicio alguno de la comisión de un delito de prevaricación administrativa o contra la ordenación del territorio, ni muchos menos un delito medioambiental, por la reconstrucción o rehabilitación previa demolición del CASERÍO AMEZTI, cuando se ha tramitado el correspondiente expediente administrativo conforme a la normativa aplicable y la rehabilitación, prima facie (sin perjuicio del resultado del recurso contencioso-administrativo) está amparada por el artículo 30 de la Ley 2/2.006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco y artículo 75 y 76 de las NNSS de planeamiento de Aia (Gipuzkoa).

Comienza la parte recurrente señalando que el concepto de rehabilitación o reedificación resulta de lo dispuesto en el Decreto 317/2.002, de 30 de diciembre, sobre actuaciones protegidas de rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado, excediendo la licencia de lo regulado en dicha norma.

Pues bien, además de que ésta es una cuestión que carece de trascendencia penal alguna, siendo, sin duda, una interesante discusión urbanística, a efectos dialécticos debe señalarse que la parte recurrente acude a una normativa de discutible aplicación al supuesto de autos -además de que podría colisionar con las NNSS de Aia, que no han sido anuladas-, habida cuenta de que los conceptos que se manejan en dicha normativa lo son a los efectos de dicha norma, que es anterior a la Ley 2/2.006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco y que, como se expone en la Exposición de Motivos, "en términos generales, y siguiendo las pautas de actuación contenidas en el Plan Director de Vivienda 2003-2005, se propugna un decidido impulso de la rehabilitación de edificios y viviendas ocupadas; el fomento de la rehabilitación de viviendas vacías para su puesta en arrendamiento; la renovación urbana en su conjunto, con la novedosa adición de un fuerte empuje a la reurbanización y a la dotación de equipamientos y espacios públicos bajo el parámetro de la mejora del hábitat que rodea nuestra vida cotidiana, y, todo ello, sin olvidar al ámbito rural en cuyo seno las intervenciones buscarán con ahínco las condiciones adecuadas para frenar los procesos de despoblamiento."

A mayor abundamiento, el artículo 1 del citado Decreto señala que "es objeto del presente Decreto regular el régimen jurídico de las actuaciones de rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado radicado en la Comunidad Autónoma del País Vasco, tanto en el medio urbano como en el rural, al objeto de promocionar y fomentar el sector de la vivienda principalmente en áreas de interés urbanístico", previendo el dictado Decreto ayudas económicas para llevar a cabo la reconstrucción o rehabilitación, lo cual dista mucho del objeto del presente procedimiento.

Se señala, igualmente, que la edificación se trataría de una construcción de nueva planta, y no de una reconstrucción. Prescindiendo nuevamente de que lo razonablemente interpretable no es constitutivo de un delito de prevaricación administrativa ni contra la ordenación del territorio, como se señalaba en el auto recurrido, el artículo 76.2 de las NNSS de Aia establece de manera clara y precisa que "en el caso de la existencia de un edificio residencial, que por razones justificadas no reúna las condiciones apropiadas para su reforma o rehabilitación, existe la posibilidad de su sustitución por un edificio residencial de nueva construcción que se ubicará en el mismo lugar que el anterior, o en un radio de 50 m alrededor de éste, pudiendo el Ayuntamiento determinar el lugar más idóneo, incluso cabría ampliar esta distancia en casos de topografía muy desfavorable o similares".

A lo que debe añadirse que el artículo 30 de la Ley 2/2.006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, no regula la forma en que debe llevarse a cabo la reconstrucción o rehabilitación, es decir, no determina, por ejemplo, que deba realizarse sobre la edificación existente previamente, ni tampoco que no pueda procederse al derribo de lo edificado para su reconstrucción, por lo que la forma en que se permite o no se permite reconstruir o rehabilitar se regula por el planeamiento del municipio correspondiente, en este caso, por el artículo 76.2 de las NNSS de Aia, que se trata de normativa que no conste haya sido anulada por Sentencia judicial firme, por lo que resulta, sin duda, de aplicación.

Por tanto, es una cuestión sujeta a interpretación, pero es no admisible defender la tipicidad penal de una licencia urbanística tramitada conforme establece el artículo 30.4 de la Ley 2/2.006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco y que, sin perjuicio de lo que se resuelva en el recurso contencioso-administrativo, no es contraria al artículo 30 de la precitada norma ni a los artículos 75 y 76 de las NNSS de planeamiento de Aia (Gipuzkoa).

.-Con relación al vallado y al peligro que supondría para el Halcón Peregrino, consta informe emitido por la Diputación Foral de Gipuzkoa emitido a solicitud de URA-AGENCIA VASCA DEL AGUA, en el que se señala la inexistencia de un riesgo para dicha especie derivada de la instalación provisional de una estructura de esta naturaleza, por lo que no es incardinable en el tipo penal del artículo 330 del CP.

.- En resumen, las presentes diligencias previas constituyen un supuesto claro de abuso del orden jurisdiccional penal, al que, frecuentemente, se reconducen de manera indebida controversias que corresponden a otros órdenes jurisdiccionales, en este caso, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por el simple hecho de que las partes mantienen un evidente enfrentamiento derivado de que los actuales propietarios del caserío, por las obras de rehabilitación, impiden que los socios de la FEDERACIÓN recurrente circulen libremente por sus terrenos y practiquen el deporte al que son aficionados, con denuncias cruzadas.

En evacuación del traslado conferido “ex art. 766.3º LECrim”, la representación procesal de la Federación Gipuzkoana de los Deportes Aéreos, realiza las siguientes alegaciones:

1º- En caso alguno se discrepa sobre la naturaleza de la rehabilitación llevada a cabo; por la principal razón de que no se ha llevado rehabilitación alguna del Caserío Amezti; éste se ha demolido sin más. Y lo que se demuele no es posible rehabilitar, tal y como expresa la Sentencia nº 563/2014 del TSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso, 13 de noviembre de 2014.

A tenor de ello no se pretende, ni se persigue, sustituir la función de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; antes bien, y en puridad jurídica se persigue el “non bis in ídem” ante la infracción administrativa que pudiera estar afectada de reproche penal; habida cuenta de que los indicios existentes, desde el primer recurso gubernamental interpuesto, advirtieron ya, con el alcance del contenido del expediente que nos fue entregado, la llamativa presunción de que pudiera estarse ante la comisión de un delito contra la ordenación del territorio; interesa, por tanto, testimoniar este hecho que obra a los Autos incorporado al Expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Aia, en el que consta la manifestación de estos extremos, al final del primer recurso administrativo.

Todo el expediente administrativo resulta ser una cobertura jurídica para enmascarar una actuación edificativa prohibida y no autorizable en el suelo donde ejecuta; por tratarse de una nueva edificación, y no una rehabilitación o reconstrucción (como intentan enmascarar) que pudiera trascender del control jurisdiccional contencioso-administrativo, dado que el carácter reglado que se predica del régimen de otorgamiento de licencia y autorizaciones urbanísticas, en este caso, ofrece una grosera adaptación procedimental que pretende amparar la construcción de nueva Nueva Edificación destinada presuntamente a vivienda unifamiliar, en un Suelo no Urbanizable de Especial Protección, calificado como corredor ecológico, y donde las propias NNSS de Aia prohíben taxativamente que se pueda construir (art. 77 NNSS), como ya tenemos reiterado nosotros y organismos como la Diputación Foral y el propio Ararteko.

De acuerdo con la definición del tipo penal previsto en el art. 319 CP, para considerar la comisión de un delito contra la ordenación del territorio, se incluyen los actos “no autorizables”, de forma que **en el supuesto de que los actos contasen con autorización no ajustada a la ordenación urbanística cumpliría el tipo penal.** Y todo apunta a que así es.

Existe pues una evidente necesidad de analizar-instruir-los actos administrativos llevados a cabo para otorgar la autorización administrativa, máxime si todo el reproche evidentemente contenido en la esfera del derecho administrativo, **parte de la existencia, acreditada en autos, de diversas denuncias ante la Diputación Foral de Gipuzkoa**

que aportan ya un primer indicio de que la Obra Nueva en la parcela del Caserío Amezti no era posible autorizar.

Lo cual representa, a tenor de las actuaciones denunciadas, suficiente para instruir las presentes diligencias e investigar la autoría de los hechos que han llevado a la construcción de una edificación de Nueva planta en un Suelo No urbanizable de Especial Protección, bajo el amparo de la tramitación de un expediente administrativo sobre la rehabilitación de un Caserío y a más de 200 metros de su ubicación originaria, con una demolición fraudulenta que impide parcialmente constatar la composición de la volumetría exigida legalmente respetar, entre otras exigencias legales eludidas acometer en el mismo.

Pero es que, además, omite el Juzgado que el proyecto presentado para licencia en el año 2013 no tiene nada que ver con una rehabilitación ni siquiera construcción; dicho proyecto retuerce y manipula groseramente la legalidad, cuando no la elude, para promover una edificación nueva. Lo que suscita la interposición del reproche penal que persigue toda la actuación de esta parte desde el inicio de todo este asunto, sin perjuicio de la función jurisdiccional contencioso-administrativa, frente a la que, igualmente, dedujo recurso contencioso-administrativo, como consta.

Y a mayor abundamiento, el tercer elemento del tipo penal del art. 319 C.P., es la especial localización de los actos constructivos o afectación de bienes específicos, es decir, en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tenga legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

Este elemento objetivo del tipo penal requiere la existencia de un reconocimiento legal o administrativo de la especial protección de los bienes afectados.

En relación con ello el juzgado omite esta peculiar circunstancia haciendo recaer en la genérica posibilidad de reconstruir (que no rehabilitar) Caserío prevista en el art. 30 de la Ley del Suelo, sin entrar a valorar el iter administrativo seguido en el Ayuntamiento de Aia, planteando una mera discrepancia de carácter administrativo, obviando igualmente pronunciarse sobre tres informes esenciales que obran en los Autos; el informe de Ararteko es concluyente en cuanto a la imposibilidad de autorizar obras como la denunciada; y los informes del Director General de Ordenación Territorial (Peio Gascon Arambillet) de mayo de 2015 (adjuntamos **DOC 1 obra a los folios 138 y sig.**), que determina, a resultas de la denuncia de varios ciudadanos ajenos a la Federación, la necesaria aplicación de las normas prevalentes por aplicación del principio de jerarquía normativa refiriéndose a la construcción a más de 250 metros del emplazamiento original del Caserío que viene a condicionar la aplicación de las NNSS con la extraordinaria (por inaudita) interpretación que se hace de ellas en el Decreto 85/2015 del Ayuntamiento de Aia; y por fin el informe de 7 de mayo de 2015 del Jefe de la Sección Técnica del

Departamento d Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Diputación Foral de Gipuzkoa (lo aportados como **DOC 2**) **cuyas conclusiones no dejan margen a considerar que la licencia concedida se encuadre en un acto autorizable;** antes bien, sin lugar dudas, deja de manifiesto que la construcción denunciada incurre en la prohibición del art. 77 de las NNS de Aia; esto es no se podrán construir nuevos edificios residenciales en zonas de especial protección.

2º.- El Auto, que resuelve desestimar el recurso de reforma, afirma que no concurre indicio alguno de la comisión de un delito de prevaricación administrativa o contra la ordenación del territorio y contra el medio ambiente partiendo de la apreciación, que se entiende errónea, de considerar la tramitación de un expediente administrativo amparado por el art. 30 de la Ley Vasca del Suelo y art. 75 y 76 de las NNSS de Aia; omitiendo la valoración que sobre dicha tramitación aportan los informes anteriores y que concluyen de modo determinante que las obras amparadas en la licencia tramitada no pueden ampararse en el art. 30 de la Ley y que vulneran frontalmente el art. 77 de las NNSS de Aia.

No sólo de la conjunción de las normas derivadas de la aplicación del art. 30 de la ley del suelo vasca o de las NNSS de Aia es posible deducir que no es autorizable lo que se ha construido en el paraje Talaimendi; es que **las propias directrices de Ordenación Territorial, prohíben edificaciones residenciales en ese tipo de suelo;** sobre lo que igualmente elude pronunciarse el juzgado.

Y en cuanto a la afirmación categórica de que “corresponde al planeamiento municipal la regulación del régimen de reconstrucción o rehabilitación”, es evidente que choca con la preexistencia de normas superiores en el ordenamiento que las NNSS no pueden vulnerar; como es el caso de las definiciones del Decreto 317/2002, de 30 de diciembre. Incluso choca con el contenido mismo del expediente administrativo que se defiende como válido; pues las propias NNSS de Aia exigen un proyecto de demolición para reconstrucciones que huelga en todo el trámite llevado a cabo en el municipio de Aia, entre otras clamorosas irregularidades.

Dicho de otro modo, la actividad interpretativa legal del Ayto. de Aia, basada en la peculiar composición familiar de la Familia Garrastazu, que resulta “excepcional”, lleva a poder afirmar por dicha administración, sin tapujo alguno, el absoluto ajuste a la legalidad de toda la actuación habida en torno a la licencia, que igualmente se enmarca en el campo de la excepcionalidad; asumiendo el Juzgado este hecho siquiera sin cuestionar tal excepcionalidad que, desde luego, no tiene amparo legal alguno; **constituyendo en sí mismo un evidente indicio de prevaricación urbanística en torno a la actividad administrativa habida en la autorización de la nueva edificación, que es la que, en concurso con la actuación de los promotores, da lugar a que se ejecuten obras que nada tiene que ver con las exigencias legales a la que reconstrucción, objetivamente, debía haberse sujetado.**

Con cita de la STS 1127/2009 de 27-11-2009 Sala 2º, debe atenderse, igualmente, al bien jurídico tutelado, la administración pública.

La citada excepcionalidad, además, no encuentra tampoco amparo en la exposición de motivos de la Ley Vasca del Suelo, como cita el Instructor, pues ni estamos en el marco del Plan Director de Vivienda 2003-2005, ni se trata de una rehabilitación de vivienda ocupada, ni se propugna el fomento de la rehabilitación de viviendas vacías, ni la actuación se enmarca en la mejora de hábitat rural. Antes bien, esta extraordinaria actuación se enfrenta groseramente a las previsiones del legislador.

Y en lo referente al Decreto citado (Decreto 317/2002 de 30 de diciembre) las definiciones que este Decreto contiene, son de aplicación evidentemente, dado que no existe en las NNSS, ni en la ley, definición alguna sobre lo que debe ser una rehabilitación o una reconstrucción; por lo que está dentro del marco de la aplicación de principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico-completitud-, acudir a dicho decreto, **jerárquicamente superior a la normativa municipal**, para deducir cuestiones como las discutidas en estos autos y aún en los que están suspendidos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y jerárquicamente superior es también el mandato expreso que el art. 30 de la Ley 2/2006 del Suelo, cuando ordena que en caso de poder llevarse a cabo la reconstrucción debe mantenerse la composición volumétrica; y a falta de lo que debe ser reconstrucción según las NNSS de Aia- que no lo define-debe acudirse al Decreto 317/2002, de 30 de diciembre, que perfila el concepto sin entrar en contradicción con la ley posterior manteniendo su vigencia y efecto de completitud; pues resulta evidente que la ley obliga a mantener una identidad volumétrica, de formas, más allá del mero hecho de reconstruir un edificio; reconstrucción que debe soportarse en un vestigio inicial y una situación espacial- su propio solar- para poder considerarse reconstrucción legal prohibiendo supuestos como el que ocupa a estos autos, esto es el evidente **aumento volumétrico y la diferente localización**. Ambos aspectos fueron informados favorablemente, sin análisis jurídico alguno por los servicios técnicos municipal, frente a un proyecto que incumplía frontal y groseramente la legalidad.

3º.- En relación con el vallado, el Juzgado asume que la instalación del mismo no comporte el tipo del art. 330.

Nunca la parte ahora recurrente ha mencionado dicho artículo en la imputación de la presunta comisión de un delito ambiental; antes bien, consta en los autos nuestra aportación, con ocasión de la personación como acusación, en la que se hacía expresa mención al inciso final del **art. 332.1 CP**, esto es, enmarcado en los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos, **con apoyo en el informe pericial de**

evaluación del vallado redactado por la Sociedad de Ciencias Aranzadi; pericial que en todo momento se omite o se elude su existencia y contenido en estos Autos.

Sobre ello hay que añadir a lo ya expresado, que el Juzgado atiende sólo parcialmente al informe que la Diputación Foral de Gipuzkoa emite en méritos del expediente tramitado ante URA-Agencia Vasca del Agua; dado que en la fecha del presente, y sin perjuicio de que se denunciara la sustitución del vallado inicialmente instalado de ferralla, por otro de malla más fina, atender a dicho informe impondría la necesidad de cuestionarse el riesgo que para especies protegidas en el ámbito existen, como es el caso del Halcón Peregrino, e incautarse de ella.

Pues bien, atendiendo a dicho informe, al emitido a solicitud de URA-Agencia Vasca del Agua, consta que es precisamente el tipo de malla recientemente instalada la que representa un mayor riesgo de mortalidad para el Halcón Peregrino; y siempre de acuerdo con la experiencia al alcance de los técnicos forales; experiencia que cuando menos debería de contrastarse con la extensamente documentada del Instituto de Ciencias Aranzadi; que, se insiste, no ha sido objeto de diligencia, examen o instrucción algún no contradicho; perdurando el **estado de riesgo** denunciado por la instalación del vallado a día de hoy.

Ni siquiera en la resolución del recurso de reforma se menciona este informe de Aranzadi; y de ello tampoco se hace eco la fiscalía, pese a obras a los autos.

4º.- Se discrepa abiertamente del criterio del Juzgado en cuanto a la ligazón que establece entre denuncias cruzadas y abuso de la jurisdicción penal, por el hecho de que los actuales propietarios impidan o no el paso o la circulación por su terreno a pilotos de la federación.

Y termina solicitando que se estime el recurso de apelación, revocando el Auto de archivo provisional de 25 de mayo, reanudándose la instrucción hasta la completa averiguación de los hechos y sus autores.

La representación procesal de D. Javier Garrastazu Aranguren y otro, evacúa asimismo el traslado conferido, oponiéndose al recurso, solicitando la desestimación íntegra del recurso, condenando a la recurrente al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- Delimitado el objeto de recurso y, por ende, el de la presente resolución, considera esta Sala adecuado comenzar analizando las notas caracterizadoras de los concretos delitos por los que se siguen las presentes actuaciones, aún a riesgo de incidir parcialmente en lo consignado en la resolución recurrida.

El artículo 404 del CP , en su redacción vigente a la fecha de los hechos, establece lo siguiente: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”:

Señala la más reciente STS 82/2017, de 13 de febrero que "Con la regulación y aplicación del delito de prevaricación no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal, sino sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Ello implica, sin duda su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado la resolución sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto (SSTS Sala 3ª de 20 de noviembre de 2009 y 9 de marzo de 2010)."

El art. 319 CP en su apartado primero viene a sancionar, en la redacción vigente a la fecha de los hechos objeto de la causa, “a los promotores, constructores ó técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”.

Y en el apartado segundo se sanciona a los promotores, constructores o técnicos directores que lleva a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizables.

Lo que pueda ser "autorizable" presupone o deviene de haberse antes edificado sin haber obtenido licencia previa, o habiendo desbordado los límites de la concedida y en este caso habría que ver de si se trata de un exceso grosero, o en exceso venial. También ha sido interpretada doctrinalmente como definitiva de una obra no solamente sin licencia sino con licencia nula, en cuanto contraria al plan o a la norma vigente en el momento de su ejecución y, por lo tanto, no susceptible de legalización.

Una edificación no autorizable es aquella que carece o que no puede obtener licencia conforme al planeamiento concreto en el momento del hecho, siendo que la licencia es una autorización municipal de carácter reglado que, sin perjuicio de tercero, permite la ejecución de obras o la utilización del suelo que los instrumentos urbanísticos han previsto en cada momento. Reúne las características de ser una autorización objetiva, real, neutral, reglada y motivada, y constituye uno de los supuestos más genuinos de aplicación de la técnica autorizatoria, entendida como remoción o alzamiento de una prohibición

legal de ejercicio de un derecho subjetivo perfecto, impuesta por la necesidad de contrastar previamente si dicho ejercicio se atiene a los límites que configuran el propio derecho según la Ordenación Urbanística. (SAP Madrid de 31 de mayo de 2005).

Por su parte, la descripción típica del delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en el art. 320 CP en la redacción vigente a fecha de los hechos objeto de la presente causa, viene a sancionar:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la prisión de un año y seis meses a cuatro años y la multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.

Como explica la STS 663/2005, de 23 de mayo “La distinción entre el ilícito penal y el administrativo radica en la gravedad de la infracción cuya calificación atienda, en primer lugar, a criterios materiales que reservan la sanción penal para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido en una situación de peligro grave; en segundo lugar, por razón del desvalor ético-social que la conducta merezca en el contexto cultural. El ámbito típico punitivo ha de restringirse, de acuerdo con los principios de intervención mínima, subsidiaridad y última ratio, a los supuestos en que resulte afectado el objeto material del delito, pues el elemento configurador de la tipicidad penal y de su antijuridicidad material lo constituye la lesión del bien jurídico penal.

Como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina, este delito introducido en el CP. 1995, no es sino una especialidad del delito más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al igual que éste protege el correcto ejercicio del poder público que en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aun a pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las Leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio .

Ahora bien, como enseña la jurisprudencia SSTS. 17.3.95, 2.7.97, 10.2.2003), lo característico de la prevaricación es que la resolución ha de ser arbitraria, expresión que sustituye a la anterior de injusta, que había sido entendida como algo más que meramente ilegal, o de posible corrección en el propio proceso administrativo o por vía de recurso,

para incluir en el concepto penal exclusivamente aquella injusticia clara y manifiesta, verdadero y patente torcimiento del Derecho por su total contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así no puede existir una duda razonable sobre la injusticia de la resolución, ni tratase de una cuestión sujeto a interpretación doctrinal o perjudicial, pues en tales casos desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en la vía correspondiente y nunca en la penal.

En todo caso, en el delito de prevaricación urbanística que nos ocupa la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable".

Esta doctrina jurisprudencial se reitera en la STS núm. 497/2012, de fecha 4 de junio de 2012 , citada a su vez en la STS 752/2016 de 11 de octubre, en la que, entre otros pronunciamientos jurídicos se contienen los siguientes:

"1. El artículo 320.2 del Código Penal, en su redacción aplicable a los hechos aquí enjuiciados, sancionaba a la autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, hubiere resuelto o votado a favor de la concesión de proyectos de edificación o de licencias contrariamente a las normas urbanísticas vigentes, a sabiendas de su injusticia.

Como se encargan de recordarnos las SSTS núm. 663/2005, de 23 de mayo , y 363/2006, de 28 de marzo , por poner algunos ejemplos, tal delito no es sino una especialidad del más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues, al igual que éste, protege el correcto ejercicio del poder público, que en un estado de derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni siquiera bajo el pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos. Por el contrario, debe ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciña al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.

Siendo lo característico de toda prevaricación que la resolución dictada sea «arbitraria» -término que sustituye al anterior de «injusta», que había sido entendido como algo más que meramente ilegal o de posible corrección en el propio proceso administrativo o por vía de recurso-, el actual concepto penal afecta exclusivamente a la injusticia clara y manifiesta, con verdadero y patente torcimiento del derecho por su total contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, como sigue señalando la STS núm. 663/2005 , no habrá delito si existen dudas razonables sobre la injusticia de la resolución o si se trata de una cuestión sujeta a interpretación doctrinal o jurisprudencial, pues "en tales casos desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en la vía correspondiente, y nunca en la penal. En todo caso, en el delito de prevaricación urbanística que nos ocupa la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la resolución, ya en

cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable".

Interpretando qué debe entenderse por esta infracción de la legalidad urbanística que se adentra en el ámbito penal, aclara la ya citada STS núm. 363/2005, remitiéndose para ello a la STS núm. 766/99, de 18 de mayo, que el control de la legalidad de los actos emanados de órganos de la administración pública corresponde a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que no debe confundirse con el enjuiciamiento por los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal de las personas que, ocupando y desempeñando funciones propias de órganos de la administración, incurran en conductas que revistan los caracteres de delito. Estos jueces y tribunales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecido en el art. 106.1 CE, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los jueces y tribunales el art. 117.3 CE, destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de aquel sometimiento de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que proclama el art. 9.1 CE. No se trata, por lo tanto, de ejercer un control sobre la administración pública, sino sencillamente de declarar cuándo procede ejercer el «ius puniendi» del estado contra la persona -autoridad o funcionario- que se ha desviado de la legalidad con su comportamiento, realizando un hecho penalmente típico.

En el caso del art. 320 CP, nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), lo que implica algunas diferencias. Así, mientras que la modalidad genérica del art. 404 CP exige que la autoridad o funcionario, además de una actuación a sabiendas de su injusticia, produzca una resolución arbitraria, en la urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia. En ambos casos, el contenido de la acción es similar, pues la arbitrariedad es una forma de injusticia. De ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial la jurisprudencia de esta Sala sobre la genérica (SSTS núm. 331/2003, 1658/2003 ó 1015/2002), bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado. La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que al derecho penal le corresponde un papel inferior o meramente auxiliar respecto del derecho administrativo: ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico, conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves.

La acción típica consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, lo que, según reiterada jurisprudencia, puede manifestarse en su dictado sin tener la competencia legalmente exigida, en la falta de respeto a las normas esenciales de procedimiento, en la contravención en su fondo de lo dispuesto en la legislación vigente, en una desviación de poder, etc. (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). También puede apreciarse en casos

de total ausencia de fundamento, de omisión de trámites esenciales del procedimiento, de patente extralimitación de la legalidad o de abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio hacia los intereses generales (SSTS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre, ó núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad o contradicción con el derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los tribunales del orden contencioso-administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que perdería su carácter de última «ratio», por lo que este último solamente se ocupará de sancionar las más graves vulneraciones de la legalidad, es decir, conductas que superan la mera contradicción con la ley para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. Ello lleva a distinguir entre las meras ilegalidades administrativas (aunque en ocasiones sean tan graves que provoquen su nulidad de pleno derecho) y las ilegalidades que, superando el ámbito administrativo, comportan la comisión de un delito.

Aun en supuestos de grave infracción del derecho aplicable, no pueden identificarse, sin más, los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación . En este sentido, conviene tener presente que el art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común contempla como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. Ello revela que, para el legislador, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). No basta, pues, con la contradicción con el derecho: para que una acción pueda ser calificada como delictiva será preciso ese «plus», concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución «injusta» y/o «arbitraria», términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

En este sentido, una muy consolidada jurisprudencia, incluso anterior al Código Penal vigente , viene poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Otras sentencias de esta Sala, sin abandonar las tesis objetivas, ponen el acento en el ejercicio arbitrario del poder colocado en manos de la autoridad o funcionario público (art. 9.3 CE), como cuando la autoridad o funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino mero producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo, y núm. 2340/2001, de 10 de diciembre); también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla-, en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), en la insostenibilidad de la resolución mediante los cánones interpretativos admitidos (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre, y núm. 76/2002, de 25 de enero), en la falta de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS

núm. 878/2002, de 17 de mayo). Cuando esto sucede, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa en derecho, orientado al funcionamiento de la administración pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Además, es necesario que el autor actúe «a sabiendas» de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP -y, por su expresa conexión, del art. 320 CP - cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere ese resultado, anteponiendo el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

En conclusión, serán requisitos de este delito: 1) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4) que ocasione un resultado materialmente injusto; y 5) que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Aunque ya se han hecho anteriores referencias a ello, conviene, por último, insistir en que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen como función alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). El procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de orden de la administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. El procedimiento tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y otra de mayor trascendencia dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (arts. 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992).

Sin embargo, no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. Así, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. El art. 63.2 de la Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales

indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las ya citadas SSTs núm. 2340/2001, de 10 de diciembre, o núm. 76/2002, de 25 de enero, no se refieren a la omisión de cualquier trámite, sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando el hecho de omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su irregular forma de proceder elimina los mecanismos establecidos precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales (STS núm. 331/2003, de 5 de marzo)”.

En cuanto a los delitos recogidos en los arts. 332 a 336 del C.P., ubicados en el Capítulo IV del Título XVI del Libro II del Código Penal, diremos que tienen como bien jurídico protegido común el medio ambiente pero referido específicamente a los factores bióticos del mismo, la flora y fauna.

Si bien en el escrito de recurso de apelación se invoca el art. 332.1 C.P., lo cierto es que este tipo penal es referido a la flora o sus propágulos, no a la fauna silvestre, por lo y atendiendo a los hechos objeto de denuncia al respecto de la instalación de un vallado de ferralla de obra y consiguiente riesgo para el halcón peregrino, centraremos el análisis en el tipo penal del art. 334 C.P. , siendo claro que los hechos denunciados no admiten encaje en el artículo 333 (introducción o liberación de flora o fauna no autóctona con perjuicio del equilibrio biológico), tampoco en el artículo 335 (caza o pesca de especies distintas a las amenazadas pero prohibidas o furtivas), ni en el 336 (caza o pesca mediante veneno, explosivos u otros instrumentos o artes no selectivos).

El art. 334.1 C.P. en la redacción otorgada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23-12-2010, y vigente a la fecha de los hechos objeto de denuncia, castigaba al “que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración. O destruya o altere gravemente su hábitat, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre”. El apartado segundo dispone que la pena se impondrá en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.

Las conductas delictivas que se incriminan, en lo que hace al caso, serían realizar actividades que impidan ó dificulten la reproducción o migración de las especies amenazadas; o destruir o alterar gravemente su hábitat.

En cuanto a la primera modalidad delictiva, podemos decir que estamos ante un delito de temporada, ya que sólo podría cometerse en las épocas de reproducción o migración de estas especies.

En cuanto a la segunda modalidad, se refiere a alteraciones del habitat que no hayan dificultado específicamente la reproducción o migración de la especie en cuestión, debiendo ser la alteración en todo caso “grave”.

El término “hábitat de una especie” viene definido en el art. 1 de la Directiva 92/43/CEE que reproduce el art. 3.21 de la Ley 42/2007, como el “medio definido por factores abióticos y bióticos específicos donde vive la especie en una de las fases de su ciclo biológico”.

Y en cualquiera de las conductas del tipo es necesario la contravención de las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de la especie de fauna silvestre, lo que configura este delito como norma penal en blanco.

Se trata de un delito de peligro abstracto, ya que no se exige en el precepto que se produzca algún tipo de perjuicio, ni riesgo para el medio ambiente, siendo suficiente para su consumación con que se realicen las conductas en él tipificadas.

En cuanto al objeto material del delito, si en ambos casos ha de serlo de especies amenazadas susceptibles de caza o pesca, difiere según se trate del tipo básico del apartado primero o del tipo cualificado del apartado segundo.

En el tipo básico el objeto material lo constituyen las especies ó subespecies de fauna silvestre amenazadas. En el tipo cualificado lo constituyen las especies de fauna silvestre amenazadas catalogadas específicamente “en peligro de extinción”.

Conceptos normativas que obligan a recurrir a la Ley 42/2007 de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, como a los Catálogos Nacionales y comunitarios de especies amenazadas.

El art. 55 de la Ley 42/2007 indica que habrán de incluirse en el Catálogo de Especies Amenazadas, las susceptibles de ser reconducidas a algunas de las dos categorías siguientes:

.-“en peligro de extinción”, aquellas cuya supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación se siguen dando, y

.-“vulnerables”, aquellas que corren el riesgo de pasar a la categoría anterior en un futuro inmediato, si los factores adversos que actúan sobre ellas no son corregidos.

Según el mismo art. 55, la catalogación, descatalogación o cambio de categoría de una especie en el Catálogo Español de Especies Amenazadas se realizará por el Ministerio de Medio Ambiente, aunque las Comunidades Autónomas podrán establecer también en sus respectivos ámbitos territoriales catálogos propios de especies amenazadas, e incluso

incrementar el grado de protección de las especial del Catálogo Español de Especies Amenazadas en incluyéndolas en una categoría superior de amenaza.

El Catálogo Español de Especies Amenazadas está regulado por el RD 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.

Según el art. 5 del Real Decreto la clasificación, en función de la mayor protección, se establece en dos grupos, las especies en peligro de extinción y las especies vulnerables. Por su parte el art. 2 establece en el apartado sexto que se ha de entender por especie amenazada, "Especie amenazada: se refiere a las especies cuya supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación siguen actuando o las especies cuyas poblaciones corren el riesgo de encontrarse en una situación de supervivencia poco probable en un futuro inmediato si los factores adversos que actúan sobre ellas no son corregidos. Por cumplir dichas condiciones las especies, subespecies o poblaciones podrían ser incorporadas al Catálogo distinguiéndolas de aquellas otras que se recogen "en régimen de protección especial: especie merecedora de una atención y protección particular en función de su valor científico, ecológico y cultural, singularidad, rareza, o grado de amenaza, argumentado y justificado científicamente; así como aquella que figure como protegida en los anexos de las directivas y los convenios internacionales ratificados por España, y que por cumplir estas condiciones sean incorporadas al Listado.

Conforme al art. 5 del Real Decreto, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 53 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, en el Listado se incluirán las especies, subespecies y poblaciones merecedoras de una atención y protección particular en función de su valor científico, ecológico, cultural, singularidad, rareza o grado de amenaza, así como aquellas que figuran como protegidas en los anexos de las directivas y los convenios internacionales ratificados por España. La inclusión de especies, subespecies y poblaciones en el Listado conllevará la aplicación de lo contemplado en los artículos 54, 56 y 76 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre. Dentro del Listado se crea el Catálogo que incluye, cuando exista información técnica o científica que así lo aconseje, las especies que están amenazadas incluyéndolas en algunas de las siguientes categorías: a) En peligro de extinción: especie, subespecie o población de una especie cuya supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación siguen actuando. b) Vulnerable: especie, subespecie o población de una especie que corre el riesgo de pasar a la categoría anterior en un futuro inmediato si los factores adversos que actúan sobre ella no son corregidos".

Por tanto en realidad se contempla, desde el punto de vista administrativo, un listados, que recoge todas las especies que merecen protección, y luego un catalogo con aquellas especies que están amenazadas y en este segundo se hace la distinción de si es en peligro

de extinción o si es una especie vulnerable. Tal diferencia se ha de trasladar al art. 334 y por tanto si se trata de una especie en peligro de extinción estaremos ante un delito del art. 334.2. Si se trata de una especie vulnerable, por tanto con riesgo de pasar a forma parte de aquellas que están en peligro de extinción, su caza constituirá el delito de apartado primero. Si es una especie que no esté incluida en ninguno de tales grupos, y que por tanto su inclusión se realiza por vía del apartado primero del art. 5 del Real Decreto, su protección escapa del derecho penal, sin perjuicio de la que pueda corresponder en vía administrativa.

El artículo 48 del Decreto Legislativo 1/2014, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Conservación de la Naturaleza del País Vasco, que entro en vigor el 20-5-2014 y que refunde la Ley 16/1994, de 30 de junio, de Conservación de la Naturaleza del País Vasco y las reformas en ella operadas por la Ley 2/1997, de 14 de marzo, de modificación de la Ley de Conservación de la Naturaleza del País Vasco; la Ley 2/2011, de 17 de marzo, de Caza; la Ley 1/2010, de 11 de marzo, de modificación de la Ley 16/1994, de 30 de junio, de Conservación de la Naturaleza del País Vasco; y la Ley 2/2013, de 10 de octubre, de modificación de la Ley 16/1994, de 30 de junio, de Conservación de la Naturaleza del País Vasco, establece las distintas categorías por las que está integrado el Catálogo Vasco de Especies Amenazadas de la Fauna y la Flora, calificándose, como "en peligro de extinción" las especies "cuya supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación siguen actuando", "vulnerables" aquellas "que corran el riesgo de pasar a la categoría anterior en un futuro inmediato si los factores adversos que actúan sobre sus hábitats no son corregidos", "raras" en la que se incluyen las especies o subespecies cuyas poblaciones son de pequeño tamaño, localizándose en áreas geográficas pequeñas o dispersas en una superficie más amplia, y que actualmente no se encuentren en peligro de extinción ni sean vulnerables, y "de interés especial", en la que se podrán incluir las que, sin estar contempladas en ninguna de las categorías precedentes, sean merecedoras de una atención particular en función de su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad.

En este punto, se hace necesaria la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1999 en la que el Alto Tribunal realiza la delimitación de las especies respecto de las que el derecho penal ha de intervenir y cuáles no, a pesar de todas ellas se encuentren recogidas en la normativa administrativa. Señala "El precepto penal sanciona al que cace especies amenazadas... contraviniendo las Leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre... que son la ya citada L 4/1989 y el RD 439/1990 que la desarrolla y establece el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, en cuyo Anexo II figura catalogado el «pico picapinos» como perteneciente a una especie de «interés especial», que es una de las cuatro categorías en que el art. 29 de la ley clasifica a las especies, subespecies o poblaciones a que alcanza el ámbito de la misma. Además de la categoría de «interés especial», la Ley establece estas otras: a) en peligro de extinción, reservada para aquellas especies cuya supervivencia es poco probable si los

factores causales de su actual situación siguen actuando; b) sensibles a la alteración de su hábitat , especies cuyo hábitat característico está particularmente amenazado, en grave regresión, fraccionado o muy limitado; c) vulnerables, referida a aquellas que corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores en un futuro inmediato si los factores adversos que actúan sobre ellas no son corregidos; y d) la ya citada de interés especial, en la que se podrán incluir las que, sin estar contempladas en ninguna de las precedentes, sean merecedoras de una atención particular en función de su valor científico, ecológico, cultural, o por su singularidad.

Fácilmente se advierte que las tres primeras categorías reseñadas afectan a especies sobre las que se cierne un peligro o amenaza, bien de extinción (art. 29 a), bien de su hábitat (art. 29 b), o bien porque por su vulnerabilidad corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores (art. 29 c). En cambio, las clasificadas de «interés especial», por definición, no pertenecen a ninguna de aquellas que se encuentran amenazadas, y si se encuentran catalogadas no es por razón de riesgo, sino como explícitamente aclara la norma, «por su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad». Este análisis es el que ha llevado a la doctrina científica que se ha ocupado del estudio del art. 334 CP a sostener que sólo cabe incluir en el tipo penal como objeto del delito a las especies que figuren en el catálogo de las amenazadas y que, además, se encuentren material y efectivamente amenazadas. Este ha sido también el criterio asumido por el Tribunal a quo que es compartido por esta Sala 2ª

Para finalizar por lo que respecta al elemento subjetivo del tipo, hasta la reforma del Código Penal de 2015 se trataba de un tipo penal eminentemente doloso , dado que dicho precepto no contemplaba la comisión por imprudencia, y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Código Penal "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley". Y el dolo debe abarcar el conocimiento, siquiera eventual de que se infringen las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de la especie de fauna silvestre y de que se trata de una especie amenazada, en el tipo básico , o en peligro de extinción, en el tipo cualificado.

Señalaremos en todo caso que las diferencias en la tipificación no se constriñen a la inclusión de un tipo imprudente , o al aumento del límite mínimo de la pena del tipo básico (pasa de cuatro a seis meses de prisión, conviviendo con la multa alternativa.) sino que son diferentes las acciones que se describen más amplias ahora que antes y también el objeto material del delito más amplio.

En efecto, antes de la reforma el objeto eran especies "amenazadas" y tras la reforma el objeto es especies " protegidas", expresión mucho más amplia para el tipo básico, manteniendo el agravado sí se trata de especies o sub especies " catalogadas en peligro de extinción". Y las normas infringidas han de ser ahora simplemente leyes u otras disposiciones de carácter general, no siendo preciso que sean protectoras de las especies de fauna silvestre.

TERCERO.- Procede ahora el examen de las actuaciones en lo que hace relación más directa al objeto de la presente resolución.

1º.- El 23 de abril de 2010 se formula en representación de Dª Angela Aranguren Arregui y herederos de D. Salvador Garrastazu ante el Excmo. Ayuntamiento de Aia solicitud de

licencia para rehabilitación del Caserío Amezti con base al Proyecto Básico que se acompaña, y del que cabe destacar a los efectos que nos ocupa:

“2-ESTADO ACTUAL

Actualmente el Caserío se encuentra desocupado y en malas condiciones de habitabilidad, habiéndose caído parte de la cubierta y su estructura portante en el lado Norte. Se mantiene en pie la cumbrera y el faldón Sur de la cubierta, así como los muros que delimitan la edificación.

El caserío consta de un volumen principal de dos plantas, con una superficie construída de 148.45 m² en planta baja y 142.60 m² en planta alta. Consta de un anejo al Sur en la planta baja de la misma calidad constructiva de 18.10 m² y un anejo al Norte que consta de planta sótano de 58.90 m² y una planta alta de 34.96m². El volumen total que ocupa el caserío es de 1.245 m³.

Todos los muros del caserío son de mampostería de piedra arenisca tanto en el volumen principal del caserío como en los anejos laterales. La estructura interior es de madera en pilares, vigas y solivos, así como en cubierta, que se cubre con teja cerámica, con una pendiente de 30 % a dos aguas.

El acceso principal al caserío es de la fachada Este. Los anejos tienen sus entradas independientes.

La edificación actual carece de ninguna instalación.

3.-TEMA Y PROGRAMA

Se pretende rehabilitar el caserío manteniendo su uso residencial y sus características fundamentales. Se respetará la volumetría del inmueble original.

Se mantienen y consolidan los muros perimetrales originales de piedra de mampostería del caserío, se vaciará por dentro realizando una estructura interior de hormigón armado.

Se mantiene la cota de cumbrera y el perfil de cubierta original, con dos faldones de 30 % de pendiente.

A continuación se describen las distintas plantas.

Junto al proyecto se aportan dos fotografías de la fachada principal este y fachadas oeste y sur.

2º.- En fecha 31-8-2010 se emite informe por el técnico del Excmo. Ayuntamiento de Aia, Sr. Mikel Iradi Berasategi, en el que se recoge que el proyecto de rehabilitación del caserío Amezti se ampara en el art. 75 “Reforma y rehabilitación de los edificios residenciales existentes” de las ordenanzas dentro de las NNSS de Aia, y en virtud de los

dispuesto en el apartado 3 de dicho precepto sobre los anejos, concluye que considera que la licencia de condicionarse con el cumplimiento de lo siguiente:

.Derribo y retirada de los anejos existentes dentro de la propiedad junto al camino de acceso al caserío, compuestos por una edificación de planta baja con cubierta a dos aguas con pérgola e instalaciones complementarias.

.Ajustar la instalación de saneamiento a lo establecido en el art. 67 de las referidas Ordenanzas.

3º.- Por Acuerdo adoptado por unanimidad por la Comisión de Gobierno de 1-9-2010 se concede la licencia solicitada condicionada al cumplimiento de las precitadas condiciones.

4º.- En fecha 13-3-2012 se emite informe por el técnico del Excmo. Ayuntamiento de Aia, Sr. Gaizka Perosterena Arregi, en relación a la solicitud de licencia para la reconstrucción del caserío Amezti en sustitución del actual, en los siguientes términos:

“El caserío Amezti así como la nueva ubicación que se propone para su reconstrucción, se encuentran en Suelo No Urbanizable calificado como “D.21 Zona Rural Especial Protección Ordinaria”, con los siguientes condicionantes superpuestos, “D.82 Áreas Erosionales” y “D.84 Corredor Ecológico”, en el documento de Revisión de Normas Subsidiarias de Planeamiento aprobada por el Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Gipuzkoa, en sesión celebrada el 26 de mayo de 2.009 (B.O.G. 25/6/2009).

Considero que el caserío Amezti cumple las condiciones establecidas en el artículo 30 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, para su reconstrucción, así como las establecidas en el artículo 76 del “Documento B- Normas Urbanísticas Generales Ordenanzas”-

La propuesta plantea la reconstrucción del caserío Amezti a más de 50 metros de su ubicación actual, por lo que en un principio y de acuerdo a lo establecido en el mencionado artículo 76 se debería de justificar. En este sentido, entiendo que las razones geotécnicas mencionadas en el Anexo 1 “Informe geotécnico previo” son suficientes como aplicar a este caso la excepción contemplada.

El proyecto carece de información gráfica de las acometidas de los diferentes servicios, así como la solución que se propone para la evacuación de aguas fecales, de acuerdo a lo establecido en los artículos 54 y 67 del “Documento B- Normas Urbanísticas Generales Ordenanzas.

Se deberá presentar un proyecto de derribo del actual caserío (o bien documento anexo al proyecto de ejecución), contemplando las medidas de regeneración del espacio que actualmente ocupa la edificación atendiendo al “riesgo eventual de deslizamiento de la ladera” que se menciona en el “Informe geotécnico previo”.

En mi opinión ninguno de los anejos existentes en la actualidad en la parcela (txabolas y pabellón) tiene igual calidad constructiva y estética a la del volumen principal –artículo 75.3 del “Documento B- Normas Urbanísticas Generales.Ordenanzas-, por lo que entiendo deberían ser demolidos. En el caso de la demolición del pabellón, teniendo en cuenta su dimensión y sistema constructivo debería contemplarse como un elemento más a demoler en el proyecto de derribo del caserío.

Conclusión:

Se informa favorablemente la concesión de la licencia condicionada al cumplimiento de lo establecido en el informe , que resumiendo viene a ser lo siguiente:

- Se deberá entregar un plano de acometidas y solución de evacuación de aguas.
- Se deberá entregar proyecto de derribo del antiguo caserío y del pabellón (o se anexará al proyecto de ejecución).
- Se deberán demoler el resto de anexos inadecuados de la parcela.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 30.4.a) de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, el proyecto deberá ser sometido a exposición pública por un plazo de 20 días”.

En el informe geotécnico emitido por Ikerlur de 28-11-2011 se recoge que se ha girado visita de carácter geotécnico a la parcela donde se ubica el caserío con objeto de realizar un análisis previo de las condiciones de estabilidad que presenta el solar con vistas a una posible rehabilitación del edificio y se señala:

“La casa se sitúa sobre una plataforma subhorizontal dispuesta a media ladera en la vertiente Sur de la cima Beastegi.

El subsuelo en la zona de caracteriza por presentarse el macizo rocoso sano aflorando o bajo un ligero recubrimiento de suelos coluviales. Está formado por una alternancia de calizas arenosas, areniscas y lutitas, así como areniscas estratificadas en bancos potentes.

Estructuralmente el macizo rocoso presenta buzamientos de la estratificación superiores a 45° en dirección SW, es decir, en dirección hacia la vaguada existente al pie de la ladera.

En el reportaje fotográfico que se adjunta al final de este informe se ha señalado la dirección mencionada de los estratos a ambos lados del caserío.

La orientación de los estratos indica un riesgo eventual de deslizamiento de la ladera a favor de los planos de estratificación siguiendo la dirección señalada.

Esta situación se produciría en el caso de que estos planos sean descalzados, bien por fenómenos naturales o bien por excavaciones que los corten.

Las labores a efectuar en la parcela para la rehabilitación, estarán condicionadas por las actuaciones que puedan llevarse a cabo en el entorno, así como las propias derivadas de las obras a realizar.

Todas estas circunstancias conllevarán, previsiblemente, la construcción de elementos de contención del tipo muros anclados ajenos a las propias obras de rehabilitación, cuyo coste puede resultar desproporcionado en función de grado de afección de las obras previstas a la estructura del macizo rocoso”.

5º.- Con fecha 6-9-2012 se solicita licencia para la reconstrucción del caserío Amezti, al que se adjunta proyecto básico e informe de evaluación de ruido ambiental e informe geotécnico

6º.- Por Acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno de 26-9-2012 se concede la licencia solicitada condicionada al cumplimiento de las precitadas condiciones.

7º.- En fecha 27-9-2012 de acuerdo a lo establecido en el artículo 30.4.a) de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, se publica el anuncio de solicitud de licencia de reconstrucción del caserío y se somete a información pública el proyecto para que quienes se consideren afectados/as de algún modo por la reconstrucción pretendida puedan hacer las observaciones pertinentes, indicándose que el expediente se puede consultar, durante veinte días hábiles, en horas de oficina, en la Secretaria del Ayuntamiento de Aia.

Y en fecha 29-10-2012 el Secretario-Interventor del Ayuntamiento extiende diligencia haciendo constar que en el período de información pública que ha finalizado el 24 de noviembre no ha recibido alegación alguna.

8º.- En fecha 22-1-2013 se emite informe por el técnico del Excmo. Ayuntamiento de Aia Sr. Gaizka Perosterena Arregi sobre la documentación presentada en orden al cumplimiento del condicionado para concesión de licencia del informe emitido el 13-3-2012, y tras señalar que la documentación presentada se compone del plano de acometidas con la solución de evacuación de las aguas fecales y que se propone anexar al proyecto de ejecución los proyectos de derribo del antiguo caserío, los anexos inadecuados (casetas y construcciones en torno a la huerta actual) y parte del pabellón agropecuario existente, al justificar la necesidad del resto para una explotación ganadera se concluye que se informa favorablemente la concesión de la licencia al considerar que se cumple el condicionado planteado en el informe de 13-3-2012.

9º.- La Comisión de Gobierno de 22-1-2013 adopta por unanimidad el siguiente acuerdo:

1.-Conceder la licencia de obras para la ejecución del edificio contenido en el proyecto básico de nuevo caserío Amezti de septiembre de 2011, condicionada a la presentación del proyecto de ejecución con el contenido arriba señalado.

2.-Previamente a la concesión de la licencia de 1ª ocupación se acreditará la ejecución de los derribos del antiguo caserío y parte del pabellón agropecuario.

3.-Dado que se mantiene parcialmente el pabellón agropecuario en base a la actividad ovina y caballar con el fin de reducir el impacto paisajístico se realizará una revegetación arbórea que será consensuada con el aparejador municipal.

4.-Establecer en 572.483,34 euros la base imponible del I.C.I.O. del nuevo edificio.

10º.-Con fecha 21-5-2013 se presenta copia del proyecto de ejecución.

11º.- Con fecha 10-9-2015 el Alcalde Aia aprueba el Decreto 85/2015.

12º.-En fecha 15-9-2015 y con relación al objeto del escrito presentado en fecha 28-5-2015 por el Sr. Daniel Tena García, en calidad de Presidente de la Federación Guipuzcoana de deportes aéreos, y que dio lugar al Decreto 59/2015 acordando iniciar procedimiento de protección de la legalidad urbanística y suspensión inmediata de las obras, el técnico del Excmo. Ayuntamiento de Aia Sr. Gaizka Perosterena Arregi emite informe sobre si las obras ejecutadas al amparo del proyecto de reconstrucción del caserío Amezti se corresponden con lo autorizado, con el siguiente contenido:

“Tanto el abajo firmante como el aparejador municipal han realizado varias visitas a las obras de reconstrucción del caserío Amezti, la última de ellas se ha girado el 14 de setiembre de 2015. En las distintas visitas realizadas se ha ido comprobando que las obras respetan las principales determinaciones contempladas en el proyecto licenciado (alturas, ocupación en planta, perfil, etc).

Únicamente diferían con respecto del mismo, la ubicación de la escalera de comunicación vertical, la ejecución de un patio inglés para la iluminación de parte de la planta semisótano en la fachada oeste del edificio y la ejecución de un alero de protección de las carpinterías de semisótano en las fachadas sur y oeste.

Analizada la documentación aportada y tras comprobar su adecuación a la obra ejecutada, opino que ninguno de los cambios ejecutados contraviene las condiciones establecidas para la reconstrucción de caseríos en la Ley 2/2006, ni las contempladas en las “Normas urbanísticas generales.Ordenanzas” del Texto refundido de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Aia (BOG nº 117 del 25 de junio de 2009), para la sustitución de edificios residenciales en suelo no urbanizable”.

Y concluye que las obras ejecutadas siguiendo lo establecido en el proyecto licenciado para la reconstrucción del caserío Amezti se ajustan a lo autorizado y las ejecutadas al margen del proyecto licenciado son legalizables.

13º.- Con fecha 15-9-2015 el Alcalde Aia aprueba el Decreto 86/2015 disponiendo declarar la legalización de las obras precitadas y levantar la suspensión decretada el 10 de julio.

14º.- La Federación Guipuzcoana de Deportes Aéreos con fecha 28-10-2015 interpone recurso contencioso-administrativo frente al Decreto 85/2015 de 10 de septiembre que desestima el recurso de la Federación de fecha 26-5-2015 que se interpuso ante el Ayuntamiento de Aia ejercitando acción pública urbanística contra el Acuerdo de 22-1-2013, y tras el traslado del expediente administrativo, formula demanda solicitando se dicte Sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1º.- Declarar la nulidad de los acuerdos de la comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Aia de 1 de septiembre de 2010 y 23 de Enero de 2013 por las razones expuestas en esta demanda.

2º.-Declarar la anulación del decreto de alcaldía número 86/2015 de 10 de septiembre de 2015.

3º.-Declare ilegales y no autorizables todas las obras de edificación y vallado perimetral realizadas en la parcela 2 del polígono 1 de Aia, por los codemandados, amparadas en las anteriores resoluciones y ordene su inmediata demolición con restitución de los terrenos a su estado anterior.

4º.-Declare la comisión de una infracción urbanística muy grave por los codemandados, los técnicos y miembros de la corporación municipal de Aia y los directores de obra. Imponiéndose la oportuna sanción conforme a los razonamientos y las reglas legales expresadas en nuestro fundamento quinto.

VALLADO

El Excmo. Ayuntamiento de Aia y en relación a la instalación del vallado, por escrito de 4-6-2015 da cuenta a D. Daniel Tena García, en calidad de Presidente de la Federación Guipuzcoana de Deportes Aéreos, que se da traslado al Ayuntamiento de Zarautz en relación de que la totalidad de la “valla de obra.” instalada en el lado oeste de la parcela se ubica en el término municipal de Zarautz y no en el término municipal de Aia tal y como manifiesta en el escrito presentado ante este Ayuntamiento así como en el escrito presentado ante el Servicio de Costas, cuya copia se adjunta a efectos de comprobar la ubicación del vallado sobre el plano que recoge la línea divisoria entre municipios.

El Excmo. Ayuntamiento de Zarautz con fecha 10-6-2015 en respuesta a la solicitud de información por la Federación Guipuzcoana de Deportes Aéreos referente al cierre de la finca de parcela, informa que los cierres de la finca están sometidos a licencia previa según el Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz, que el Ayuntamiento no tiene constancia de ninguna solicitud de licencia para esta parcela y que por ello ha requerido a la propiedad que regularice esta situación y solicite licencia de cierre, aportando para ello la documentación necesaria.

Presentadas escrito de alegaciones y documentación el 20-7-2015, el Excmo. Ayuntamiento de Zarautz con fecha 27-7-2015 comunica que se dan por suficientes las explicaciones recibidas, que según manifiestan lo realizado se trata de un cierre de obra y por tanto se considera que es una instalación provisional que será retirada al termino de las obras de construcción del edificio, que se confirma que parte del cierre está dentro del término municipal de Zarautz y que si posteriormente quisieran realizar el cierre de finca de esa parcela, deberán solicitar licencia al ayuntamiento de Aia como el de Zarautz, y que en este último caso deberán tener en cuenta las condiciones recogidas en los arts. 9.3.07 y 9.5.06 del Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz.

Con fecha 8-9-2015 el Excmo. Ayuntamiento de Zarautz en respuesta nuevamente a la solicitud de información por la Federación Guipuzcoana de Deportes Aéreos sobre el vallado y sobre el carácter público de los accesos al mar en la zona, informa:

.-Los propietarios de la finca en cuestión, han notificado al ayuntamiento que la valla ejecutada corresponde exclusivamente a un cierre de obra. Por tanto el ayuntamiento considera que es una instalación de carácter provisional y que deberá ser retirada al finalizar las obras. Así se lo ha hecho saber a la propiedad.

.-En cuanto al carácter público de los accesos al mar en el informe realizado por la técnico municipal de Medio Ambiente el pasado 26 de Agosto se analizaron los documentos de los que dispone el Ayuntamiento (entre ellos el inventario municipal de caminos rurales). La conclusión es que los caminos que discurren por esa finca no tienen la consideración de públicos.

En fecha 4-10-2015 el Servicio de Flora y Fauna Silvestre del Departamento de Promoción Económica, Medio Rural y Equilibrio Territorial de la Diputación Foral de Guipuzcoa, en respuesta a la solicitud de información por la Policía Judicial de la Ertzaintza en relación a los hechos denunciados el 13-8-2015 por el Sr. Oscar Ruiz de Loizaga en representación de la Federación Guipuzcoana de Deportes Aéreos:

“Somos concedores de la disputa existente entre la familia Garrastazu Aranguren y los practicantes de deportes aéreos a raíz de la construcción por parte de los primeros de un

edificio y un cierre de la finca, ya que ambos han acudido a nosotros en relación a dicha cuestión. Nuestro análisis de la situación es la que sigue:

La finca de la familia Garrastazu en la que se incluye tanto la casa como el cierre no está sujeta a ningún plan de ordenación derivado de la normativa de espacios naturales protegidos, ya se trate de la normativa del Biotipo Protegido de Iñurritza como la de la ZEC ES2120009 Iñurritza, incluida en la Red Natura 2000. Por tanto, el Servicio de Flora y Fauna Silvestre de la Diputación Foral de Gipuzkoa, en calidad de órgano gestor de dichos espacios naturales protegidos, no observa infracción alguna, al menos en actividades objeto de su competencia, en los trabajos realizados.

No figura entre las competencias de esta Dirección la inspección de la actividad urbanística fuera del ámbito de estos espacios protegidos por lo que no existe expediente alguno tramitado en relación a las obras de construcción del nuevo edificio ni sobre el nuevo cierre practicado.

Por otra parte, y para la adecuada protección de los valores naturales contemplados en el Decreto de Declaración del Biotipo Protegido de Iñurritza, en concreto para garantizar durante la estación reproductora la tranquilidad de las especies de aves protegidos en los acantilados de Talaimendi-Amezti se decidió limitar las actividades aéreas al período comprendido entre el 1 de junio y el 1 de febrero (tal y como recoge el Planta de Ordenación en su documento de aprobación inicial). No obstante, ha de decirse al respecto que esta Diputación Foral no ha habilitado espacio alguno para ello. Sería más correcto afirmar que durante las fechas citadas dicha actividad se tolera al considerarla compatible con la conservación de los valores naturales de estos acantilados-

En torno a los cambios registrados como consecuencia de la construcción del cercado mencionado cabe reseñar que los practicantes de deportes aéreos han acondicionado un nuevo sendero peatonal para poder acceder a los lugares de despegue habituales y que éste sí discurre en el interior de la ZEC ES2120009 Iñurritza. No obstante, debido a la naturaleza de dicho sendero y sus dimensiones, ésta no afecta de forma significativa a los valores naturales de la ZEC”.

El 13-10-2015 el Servicio Provincial de Costas de Gipuzkoa, en relación a las denuncias presentadas por el Sr. David Tena, en calidad de Presidente de la Federación Guipuzcoana de Deportes Aéreos, los días 19-5-2015 y 31-8-2015, al respecto del levantado de una valla con mallazo metálico de obra de algo más de 1,60 metros de altura por si pudieran ser constitutivos de infracción de la normativa de costas, informa:

“Examinada la documentación facilitada, la existente en este Servicio, y la legislación aplicable en materia de Costas, se observa lo siguiente:

. El tramo de costa donde se ubica el vallado cuenta con deslinde del dominio público-marítimo-terrestre (en adelante DPMT) aprobado por Orden Ministerial de 12.06.2002 (Expte.Ref.: DL-54-Gipuzkoa).

. Tras dos visitas de los vigilantes de este Servicio a la zona de referencia, se emiten dos informes, que se adjuntan, de fechas 22.05.2015 y 12.06.2015, en los que se comprueba que el vallado ejecutado está fuera del DPMT y de la zona de servidumbre de tránsito de dicho dominio, invadiendo en unos 6 metros la zona de servidumbre de protección.

...(se transcriben los arts. 28 y 90.2.f) de la Ley de Costas y dada su remisión a los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral sobre previsión por dichos instrumentos de suficientes accesos al mar, salvo en espacios calificados como de especial protección y que no se permiten obras o instalaciones que interrumpan el acceso al mar sin proposición por los interesados de solución alternativa, se señala haber solicitado Ayuntamiento de Zarautz se pronuncie)

. Con fecha 15.09.2015 el Ayuntamiento de Zarautz presenta informe de fecha 08-09-2015, en el que manifiesta que la valla ejecutada es una instalación provisional y que deberá ser retirada al finalizar las obras. Respecto al carácter público de los accesos al mar, concluye que los caminos que discurren por esa finca no tienen la consideración de públicos. Se adjunta dicho informe.

. Tras la segunda denuncia de fecha 31.08.2015, la Vigilancia de este Servicio visita de nuevo la zona e informa con fecha 11.09-2015, comprobándose que se han retirado los 6 m de vallado perpendiculares al mar que inicialmente invadían la zona de servidumbre de protección. No obstante, se ha movido un tramo de vallado paralelo al mar hacia el mar, invadiendo la zona de servidumbre de protección. Debido a lo anterior, se traslada dicho informe a URA/Agencia Vasca del Agua con fecha 15.09.2015, por ser el organismo competente en las actuaciones en la zona de servidumbre de protección.

. Por último, con fecha 17.09.2015 la Abogacía del Estado en Gipuzkoa presenta informe de fecha 14.09.2015, en el que entre otras cuestiones, concluye que la servidumbre de acceso al mar ha de venir determinada en los instrumentos de planeamiento urbanístico. Así mismo, señala que al estar el vallado fuera del deslinde del DPMT así como fuera de la servidumbre de tránsito, y no tratarse de un acceso público y gratuito al mar, la Administración del Estado no tiene competencia para actuar ni para sancionar dicha conducta. Se adjunta dicho informe.

En consecuencia con lo anterior, este Servicio considera que no tiene competencia para actuar ni para sancionar el vallado ejecutado en el monte Talaimendi”.

En el informe emitido el 23-11-2015 por el Servicio de Flora y Fauna Silvestre del Departamento de Promoción Económica, Medio Rural y Equilibrio Territorial de la

Diputación Foral de Guipuzcoa, a solicitud de URA/Agencia Vasca del Agua en el expediente promovido el 2-11-2015 por la Sra. Angela Aranguren y herederos de D. Salvador Garrastazu solicitando mantener el vallado de obra temporal, se concluye que el mantenimiento del cierre actual no interfiere con la normativa del biotipo protegido de Iñurritza, ni con la ZEC Iñurritza (ES2120009), ni siquiera de forma apreciable con el hábitat del halcón peregrino.

Se transcribe su contenido:

“En el entorno del cerramiento objeto de informe coexisten dos áreas incluídas en la Red de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y que se solapan parcialmente, a saber, el Biotipo Protegido de Iñurritza y la Zona de Especial Conservación (ZEC) integrada en la Red Europea Natura 2000 Iñurritza (ES2120009).

Los límites cartográficos del Biotipo Protegido de Iñurritza no coinciden en ningún punto con el vallado actualmente existente, por lo que una normativa no le afecta.

Los límites de la ZEC Iñurritza (ES2120009) a la escala de la cartografía oficial se acercan e incluso podrían contactar con ésta en el límite meridional del gráfico que se anexa.

En tal caso sería de aplicación lo dispuesto en la Regulación General del R.2 del Decreto 215/2012, de 16 de octubre, por el que se designan Zonas Especiales de Conservación catorce ríos y estuarios de la región biogeográfica atlántica y se aprueban sus medidas de conservación.

Dicha Regulación General remite al artículo 45.5 de la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y establece la necesidad de someter a la adecuada evaluación ambiental aquellos planes o proyectos ajenos a la gestión del espacio que puedan afectar apreciablemente a éstos.

En ese sentido y teniendo en cuenta que los hábitats y especies de protección recogidos en el citado documento de medidas de conservación de la ZEC, a saber, los hábitat COD UE 1230 (Acantilados con vegetación de las costas atlánticas y bálticas) y COD UE 4040 (Brezales secos costeros de Erica vanguardinensis) así como el helecho *Trichomanes speciosum* y el lepidóptero *Euphydryas aurina*, ha de concluirse que de ningún modo la existencia en las cercanías de un cierre le afecta.

Por otra parte, el hecho de que esos acantilados constituyen el área de nidificación y campeo del halcón peregrino (*Falco peregrinus*), especie incluída en el Catálogo vasco de Especies Amenazadas de la Fauna y Flora Silvestre y Marina en la categoría de Rara ha sido esgrimido por algún colectivo como motivo para desaconsejar la construcción del citado cierre. En ese sentido, y desde la experiencia de esta Diputación Foral en la recogida y recuperación de fauna silvestre afectada por estructuras de diferente índole

hemos de firmar que si bien existe constancia en Gipuzkoa cierto porcentaje de afecciones por este tipo de estructuras, éstas se han dado más bien para el caso de alambradas y redes de menos diámetro de alambre que el objeto de informe. En ese sentido, y a pesar de su indudable impacto estético el uso de varilla corrugada para la construcción del cierre supone una ventaja, dada su mayor visibilidad de cada a su incidencia sobre la avifauna.

Por otra parte, no es precisamente el halcón peregrino, por sus hábitos de vuelo en altanería, especie de la que cabría esperar colisiones sobre estructuras en superficie.

En cualquier caso, es criterio de este Servicio la paulatina sustitución de los cierres ganadores, en general y los situados en o en torno a los espacios naturales protegidos en especial, por setos vivos contruidos a base de especies de árboles y arbustos propios del lugar...Sería conveniente, de cara a futuro, la sustitución del cierre actual por otro de las características citadas”.

En fecha 14-12-2015 URA/Agencia Vasca del Agua en el expediente promovido el 2-11-2015 por la Sra. Angela Aranguren y herederos de D. Salvador Garrastazu solicitando mantener el vallado de obra temporal, emite informe técnico relativo:

“Análisis por parte de URA

En relación con el cierre temporal y el presente expediente de legalización, con fecha 19 de noviembre de 2015 esta Oficina de las Cuencas cantábricas orientales de la Agencia Vasca del Agua informó desfavorablemente la consulta realizada por el Ayuntamiento de Zarautz sobre la instalación de un cierre definitivo en los terrenos del caserío Amezti, en lo relativo al tramo del cierre que afecta a la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre. Se considera que es viable el retranqueo del cierre fuera de la zona de servidumbre de protección, para poder transitar sin riesgo por la coronación del acantilado y garantizando del mismo modo la seguridad de la finca.

Si bien es cierto que, de acuerdo con la normativa de Costas, se pueden ejecutar vallados perimetrales de cierre de parcelas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, de conformidad con lo determinado en el planeamiento urbanístico municipal y siendo como máximo totalmente opacos hasta una altura máxima de un metro, esta Agencia Vasca del Agua comparte lo informado por el Servicio de Costas sobre el peligro que se genera con el vallado existente, debido a su emplazamiento en el límite hacia el mar, en la coronación del acantilado y su tipología.

Al igual que el cierre definitivo, se considera que el cierre temporal debe retranquear fuera de la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre, para poder transitar sin riesgo por la coronación del acantilado y dejar accesible el vértice topográfico colocado por este Servicio para el replanteo del DPMT, que en estos momento se encuentra inutilizado al estar dentro del vallado.

El tramo del cierre que afecta a la zona de servidumbre de protección es de pocos metros y lo que se tendría que retranquear fuera de la servidumbre, a criterio de esta Oficina, también es de escasa entidad. La modificación del cierre garantizaría el poder transitar sin riesgo por la coronación del acantilado a lo largo de la costa, y se considera que se podrá controlar de igual manera el acceso no deseado de personas no autorizadas a la finca y que no se escape el ganado existente.

CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto a juicio del técnico que suscribe procede denegar el mantenimiento del VALLADO DE OBRA TEMPORAL HASTA LA FINALIZACIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCION DEL NUEVO CASERIO AMEZTI, EN EL T.M. DE ZARAUTZ (GIPUZKOA), referente a su afección en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre, y se deberá cumplir con lo requerido con fecha 15 de septiembre de 2015, en cuanto a retranquear fuera de la zona de servidumbre de protección del vallado existente”.

Por Resolución de 15-1-2016 del Director General de la Agencia Vasca del Agua, se deniega la legalización del vallado de obra temporal hasta la finalización de la obras de construcción del nuevo caserío Amezti, en lo relativo a las actuaciones en la zona de servidumbre de protección del dominio publico marítimo-terrestre.

Con fecha de entrada 9-3-2016 la Sra. Ángela Aranguren y herederos de D. Salvador Garrastazu formulan recurso de alzada contra la anterior resolución.

Con fecha 10-5-2016 la Agencia Vasca del Agua dirige escrito a la parte recurrente para que dentro de quince días manifiesta lo que a su derecho convenga sobre el recurso presentado, sobre la base del informe técnico de 12-4-2016 emitido por el Área de autorizaciones y concesiones de las Cuencas Cantábricas Orientales en el que manifiestan que, tras las últimas visitas de inspección (en el informe se consigna que en fecha 12-2-2016 el Servicio Provincial de Costas de Gipuzcoa pone en conocimiento de la Agencia Vasca del Agua el retranqueo del vallado y visitas de inspección posteriores por la Agencia Vasca del Agua siendo la última de 6-4-2016), se ha podido constatar que el vallado temporal se emplaza en la actualidad fuera de la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre, y en consecuencia el vallado temporal no requiere de la autorización de la Agencia Vasca del Agua, al quedar fuera de su ámbito competencial, por lo que la Resolución recurrida, no produciría ningún efecto, al haber desaparecido el objeto a autorizar y legalizar.

Por Decreto nº 1739 de fecha 17-12-2015 del Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Zarautz, consignando en los antecedentes los informes de la Agencia Vasca del Agua y de la Diputación Foral anteriormente referidos y que el expediente fue informado por el Servicio de Urbanismo y Medio Ambiente y debatido en la comisión informativa de

Urbanismo, se resuelve sobre la solicitud de licencia para realizar el cierre de la finca en sustitución del provisional, y se acuerda conceder licencia a la familia Garrastazu Aranguren para el cierre de la finca del caserío en la parte correspondiente al término municipal de Zarautz, salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros, con las condiciones que en el mismo se recogen, el retranqueo del cierre fuera de la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre, debiendo quedar fuera de la zona de cerramiento el punto o mojón geodésico existente en la zona, que en la zona de entrada deberá cumplir con lo dispuesto en los arts. 9.3.07 y 9-5-06 del Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz (seto vivo, estacas de madera, alambre para ganado...) y siguiendo las recomendaciones de la Diputación Foral, se procurara que paulatinamente los setos vivos sean a base de especies de árboles y arbustos propios del lugar (melojo, alcornoque, madroño, endrino...).

Por Decreto nº 122/2015 de fecha 22-12-2015 del Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Aia resuelve la solicitud de licencia para la reconstrucción del cierre de parcela del caserío Amezti mediante las mismas tipologías de los cierres originales, estacas de madera con malla de alambre, en la mayor parte del perímetro y murete de mampostería de piedra en parte de la zona Norte, y acuerda previo informe del técnico municipal, conceder autorización municipal con la condición de que se utilicen las mismas tipologías de los originales y que en altura no sean superiores a 1 metro.

CUARTO.- Partiendo de lo anterior que constituye la esencia de lo que es objeto de análisis en orden a la posible relevancia penal de los hechos denunciados, y proyectando lo más arriba expuesto sobre las notas caracterizadoras de los tipos penales en liza, podemos anticipar que el recurso no va a prosperar, por lo que se argumenta.

Al responder al recurso de apelación en relación a los delitos contra la ordenación del territorio, es necesario tener presente que la actuación constructiva llevada a cabo y que la parte recurrente califica de nueva edificación sin cobertura legal, se autorizó por la licencia concedida por unanimidad de Comisión de Gobierno de 22-1-2013, no así por la licencia asimismo concedida por unanimidad por la Comisión de Gobierno de 1-9-2010 que como la propia recurrente pone de manifiesto tenía un objeto y contenido diverso y no se llevó a efecto, por lo que centraremos nuestro análisis en la primera de las citadas licencias.

Para ello, tendremos en cuenta el siguiente cuadro normativo.

De la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo:

Artículo 28.- Usos y actividades.

“1.- El suelo no urbanizable, en su totalidad, es:

a) No idóneo para servir de soporte a actos, usos o actividades de contenido o fin urbanístico de clase alguna, por ser inadecuados de acuerdo con el modelo de ocupación de suelo adoptado. Específicamente queda prohibida la construcción de nuevas edificaciones destinadas a vivienda.

La regla del párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de autorización, previa acreditación de su necesidad, del uso de vivienda ligada funcional y permanentemente a una explotación económica hortícola o ganadera para residencia del titular y gestor de la explotación, así como de su unidad familiar.

b) Inapropiado para ser objeto de transformación mediante la urbanización, por la necesidad de preservar sus valores propios y ambientales.

La regla del párrafo anterior se entiende sin perjuicio de lo establecido en el apartado 5”.

Artículo 30 .- Reconstrucción de caseríos y su autorización.

“1.- Sólo será autorizable la reconstrucción de los caseríos que mantengan una estructura edificada que permita identificarlos como tales. En ningún caso podrán ser objeto de reconstrucción los restos de muros de edificaciones que no alcancen la cumbre de las primitivas y, en general, cuantos restos no permitan conocer la planta general del inmueble original ni permitan reconocer su volumetría original.

2.- No obstante, podrá autorizarse la reconstrucción de los caseríos y edificaciones residenciales en suelo no urbanizable que hubieran resultado inservibles por caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditada, o cuando hubieran sido demolidos por causa de expropiación forzosa debida a la implantación de sistemas generales. La reconstrucción habrá de instarse por el solicitante a la administración municipal dentro del año siguiente a la causa que provocó que quedara inservible o, en su caso, desde la efectiva ocupación expropiatoria. En este último supuesto expropiatorio, la reconstrucción podrá realizarse en suelo no urbanizable que no sea de especial protección.

3.- La obra de reconstrucción en todo caso deberá respetar, como máxima, la composición volumétrica del inmueble original.

4.- El otorgamiento de licencia para las obras de reconstrucción de caseríos requerirá:

a) Sometimiento del proyecto a información pública por plazo mínimo de veinte días.

b) En los supuestos de reconstrucción por causa de caso fortuito, fuerza mayor u ocupación expropiatoria, se recabarán los informes pertinentes de los organismos o instituciones que hubieran intervenido o tuvieran conocimiento de los hechos y circunstancias que hacen posible autorizar la reconstrucción.

5.- En ningún caso se podrá considerar como rehabilitación de caseríos la reforma o rehabilitación para uso residencial de edificaciones situadas en suelo no urbanizable que no hubieran sido legalmente destinadas a usos residenciales con anterioridad. Dichas obras se considerarán como nueva edificación destinada a vivienda, y quedarán sometidas al régimen jurídico que para las mismas se establece en esta ley” .

Del Decreto del Gobierno Vasco 105/2008, de 3 de junio , de medidas urgentes en desarrollo de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, según el cual:

Artículo 9 – Caseríos. Definición y régimen autorización de reconstrucción.

1. – A los efectos de lo dispuesto en el régimen del suelo no urbanizable en los artículos 29.1 y 30 la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo, se entenderá por caserío los edificios que cumplan acumulativamente todas las siguientes condiciones:
 - a. Constituirse como tipo edificatorio aislado, con uso predominante de vivienda.
 - b. Disponer de por lo menos una vivienda ya existente, todo ello según lo dispuesto en el Registro de la Propiedad en cada uno de ellos.
 - c. Disponer de licencia de primera ocupación o de documento que deje constancia de modo fehaciente de su efectiva ocupación residencial con anterioridad al 1 de enero de 1950.
 - d. Reunir aquellas características adicionales que establezca el Ayuntamiento en su planeamiento urbanístico o en la correspondiente ordenanza municipal.
- e. – Sólo será autorizable la reconstrucción de los caseríos que mantengan una estructura edificada que permita identificarlos como tales. En ningún caso podrán ser objeto de reconstrucción los restos de muros de edificaciones que no alcancen a definir la posición original de la cumbrera de las primitivas y, en general, cuantos restos no permitan conocer la planta general del inmueble original ni permitan reconocer su volumetría original.

Como tiene dicho el TSJV Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 2-4-2014 , que si bien referido a un supuesto de ampliación del edificio residencial en suelo no urbanizable en relación a un Plan General de Ordenación Urbana previo a la Ley 2/2006, se estima constituye razonamiento general el siguiente:

“Del régimen jurídico de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo, en relación con el suelo no urbanizable, como el de autos, en relación con el uso residencial, se debe sacar como conclusión la ratificación de la prohibición, por un lado, de nuevas edificaciones destinadas a vivienda, salvo la excepción de las vinculadas funcional y permanentemente a explotación económica, hortícola o ganadera para residencia del titular y gestor de la explotación, así como de su unidad familiar, al margen de la posibilidad de la reconstrucción de caseríos, en los términos recogidos en el artículo 30 , precepto que en su punto 3 va a exigir que en todo caso se respete, como máximo, la composición volumétrica del inmueble original, además de prohibir expresamente, según el punto 5, la reforma o rehabilitación para uso residencial de edificaciones situadas en suelo no

urbanizable que no hubieran sido legalmente destinadas a usos residenciales con anterioridad, supuesto en el que la Ley expresamente considera que se estaría ante nueva edificación destinada a vivienda y por ello la somete al régimen jurídico que para las viviendas establece la Ley.

...

Esa conclusión la ratifica la Sala como la debida estando a la Ley de Suelo y Urbanismo de 2006, con independencia de que no se esté estrictamente ante una vivienda nueva, en los términos referidos en su artículo 28.1 a), y aunque no se esté estrictamente ante una reconstrucción de caserío en los términos del artículo 30, dado que el entendimiento que se ha de sacar de los preceptos de la Ley que estamos aplicando, es la expresa prohibición de cualquier uso residencial, siendo las excepciones las viviendas ligadas funcional y permanentemente a una explotación económica hortícola y ganadera y la posibilidad de reconstrucción de caseríos en los términos que hemos referido, marco normativo que lleva implícita la prohibición de ampliar edificios residenciales preexistentes a la normativa nueva de aplicación y contrarios a ella, en cuanto que no se está ante ninguno de los supuestos que a su amparo se podía haber materializado.

Esto es, solo se va a permitir lo expresamente permitido, que lo es con carácter excepcional, no siendo posible materializar lo que no está expresamente prohibido si no está expresamente permitido”.

De las NNS de Planeamiento de Aia, debiendo tenerse en cuenta que fueron definitivamente aprobadas por Acuerdo de la Diputación Foral de Gipuzkoa de fecha 26 de mayo de 2009 (BOG nº 117, de 25 de junio de 2009), esto es, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2006 del Suelo y Urbanismo (20-9-2006). La aprobación definitiva se produce el 6 de noviembre 2007 condicionada y el 26 de mayo de 2009 se aprueba el “Texto Refundido de la Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Aia” de fecha febrero de 2009.

Artículo 64. Edificios consolidados y fuera de ordenación en el Suelo No Urbanizable.

Todas aquellas construcciones incluidas dentro del Suelo No Urbanizable quedan consolidadas, en su estado actual, siempre que cumplan con los criterios recogidos en las presentes Ordenanzas (en cuanto a su uso, ocupación en planta, superficie, volumen, altura y demás parámetros urbanísticos), sin posibilidad de que las mismas puedan ser reformadas y/o ampliadas, exceptuando los casos en los que por su vinculación con los usos propiciados y admisibles en cada zona puedan ser permitidas, o aquellas que en atención a sus características específicas las presentes Ordenanzas consientan ampliaciones concretas.

Cualquier actuación sobre dichos edificios deberá ajustarse a las determinaciones contenidas en el presente proyecto.

Se consolidan los usos residenciales existentes, salvo los contemplados en el supuesto del último párrafo del presente artículo, incluyendo aquellas con parcelas iguales o inferiores a 15.000 m², si bien éstas no podrán ser objeto de segregaciones, así como las bordas que cumplan con los requisitos establecidos en el art. 86 de las presentes Ordenanzas.

Las edificaciones con uso residencial, construidas, reformadas o rehabilitadas con licencias para un uso diferente al residencial, se declaran fuera de ordenación

Normas de aplicación en el Suelo No Urbanizable

Artículo 71. Régimen General.

Dentro de este apartado se recogen las condiciones particulares de aprovechamiento, edificación, ocupación de parcela, etc. de los usos propiciados y admisibles –y más concretamente las de las edificaciones y construcciones que soportan dichos usos– que se permiten implantar en el Suelo No Urbanizable, en todas sus categorías.

Se propone, con carácter general el mantenimiento de los usos actuales, agrícola, forestal y ganadero, quedando expresamente prohibidos todos aquellos usos, edificios u obras que, de alguna manera puedan alterar o degradar dichos usos.

Artículo 72. Construcciones que pueden autorizarse.

Tomando como referencia normativa el régimen de edificación y de uso de las zonas de calificación global y pormenorizada, las construcciones que pueden autorizarse en el Suelo No Urbanizable son:

a) Edificios o instalaciones destinados a la explotación agraria -agrícola, ganadera o forestal-, incluyendo en este apartado:

- Construcción de nuevos edificios residenciales.
- Instalaciones y edificios complementarios destinados a la explotación agrícola.
- Granjas y explotaciones ganaderas intensivas.
- Unidades agrícolas especializadas (Invernaderos).
- Unidades agrarias no profesionalizadas (huertas).

b) Industrias agrarias no vinculadas a la explotación del territorio (viveros y serrerías).

c) Usos residenciales autónomos, exclusivamente en edificaciones existentes y en las condiciones de las presentes Ordenanzas.

d) Construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas.

e) Edificaciones o instalaciones de interés público promovidas por la Administración que deban emplazarse en el medio rural.

f) Otras edificaciones como albergues, agroturismos, etc.

Con carácter general y en lo que respecta a la edificación residencial, solo se permitirá la construcción de viviendas vinculadas a las explotaciones de nuevo cuño o a aquellas existentes que cumplan con los requisitos citados con posterioridad. No se admitirá en el Suelo No Urbanizable la construcción de edificios aislados de nueva planta destinados a vivienda familiar que no estén adscritos a una explotación agrícola, ganadera o forestal, que no acrediten fehacientemente un período mínimo de 3 años de funcionamiento de la explotación.

Se potenciará la rehabilitación o reforma de los edificios residenciales existentes en la actualidad.

En estas Normas se plantea la posibilidad de acondicionar hasta un máximo de 3 viviendas por edificio residencial existente en las condiciones expuestas en el art. 74 de las presentes Ordenanzas.

En el caso de nuevas explotaciones (entendiendo por tales aquellas que se pongan en marcha con posterioridad a la aprobación de las presentes NNSS), únicamente podrán realizarse las viviendas asociadas a dichas explotaciones (una vivienda por cada titular de cómo mínimo una UTA de la explotación hasta un máximo de dos y en un único edificio bifamiliar), cuando se cumplan los requisitos establecidos para estos casos (mínimo de 3 años de funcionamiento de la explotación).

Por lo demás, se consolida la edificación residencial existente no vinculada al uso rural propiamente dicho, y no sujeta a expediente disciplinario, en las condiciones establecidas en el art. 64 de las presentes Ordenanzas. En el caso de declaración de ruina de la misma se permitirá la reedificación o sustitución de acuerdo con lo establecido en los arts. 74, 75 y 76.

Artículo 75. Reforma y rehabilitación de los edificios residenciales existentes.

En el supuesto de existencia de una edificación residencial, la reforma y rehabilitación será la opción utilizada preferentemente. En el caso de declaración de ruina del mismo se permitirá la reedificación o sustitución de acuerdo con lo establecido en el punto 4 del presente artículo.

...

4. Número máximo de viviendas.

Según los parámetros recogidos en el art. 74 de las presentes Ordenanzas.

En cuanto a las condiciones necesarias para entender que ha existido un edificio residencial son:

— Edificios que estén enteros y firmes (conservan un mínimo de 3/4 partes de la cubierta) o bien edificios que asentados sobre una parcela superior a 60.000 m², cumplan con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo.

— Existencia de escrituras anteriores al año 2004.

— Tener camino hasta el edificio (basta con la existencia de una pista forestal)

Artículo 76. Sustitución de edificios residenciales existentes.

1. El criterio para saber si procede la sustitución, esto es si ha habido edificio residencial, es el aplicado en el art. 75.4 de las presentes Ordenanzas.

2. En el caso de la existencia de un edificio residencial, que por razones justificadas no reúna las condiciones apropiadas para su reforma o rehabilitación, existe la posibilidad de su sustitución por un edificio residencial de nueva construcción que se ubicará en el mismo lugar que el anterior, o en un radio de 50 m alrededor de éste, pudiendo el Ayuntamiento determinar el lugar más idóneo, incluso cabría ampliar esta distancia en casos de topografía muy desfavorable o similares.

3. superficie en planta, el número de viviendas así como el volumen del nuevo edificio se corresponderán con los existentes con anterioridad, siempre y cuando se construyan en el mismo sitio y sobre las trazas del edificio original (con los mismos límites de ocupación en planta).

En el caso de que se opte por modificar la ubicación y/o los límites de la ocupación en planta no se correspondan con los del edificio original, la ocupación en planta, la superficie construida, la altura y el perfil de la nueva construcción deberán respetar los parámetros máximos establecidos para las nuevas edificaciones residenciales en Suelo No Urbanizable, aún cuando cualquiera de estos parámetros del edificio original fuese superior. En el caso contrario (parámetros originales inferiores en lo referente a volumen, superficie construida, altura y perfil) se permitirán como máximo los del edificio original.

Si se opta por sustituir el caserío después de haber ejercido el derecho de ampliación del 25% por reforma, no se consideraran a efectos del cómputo de los parámetros de sustitución las superficies y volúmenes correspondientes a la ampliación.

4. En el caso en que el edificio a sustituir no permita definir alguna de estas variables (construcciones en ruinas) serán de aplicación las condiciones geométricas impuestas a los edificios residenciales de nueva planta.

5. El número máximo de viviendas (para el caso de sustitución sobre los mismos parámetros de ocupación en planta, superficie construida, altura y perfil), se determinará por los criterios establecidos en el art. 74 de las presentes Ordenanzas. En el caso de sustitución del edificio original dentro de los parámetros de las nuevas edificaciones residenciales en Suelo No Urbanizable, cabe la posibilidad de mantener el número de viviendas del edificio original, pero siempre con un máximo de dos.

6. El resto de condicionantes tales como, condiciones de habitabilidad, condiciones estéticas y de urbanización serán las mismas que las recogidas en el apartado 3.3.1 sobre disposiciones con carácter general en el Suelo No Urbanizable.

Artículo 77. Construcción de nuevos edificios residenciales.

1. Únicamente podrán construirse nuevos edificios residenciales en el caso de estar adscritos a una «explotación agraria» o a una «granja o explotación ganadera intensiva», nueva o existente que cumpla con el condicionado exigido a las nuevas y no tenga edificio residencial adscrito a la misma. Para este último caso (existencia de un edificio residencial adscrito a la explotación) se contempla la siguiente excepción:

...

No se podrán construir nuevos edificios residenciales en las zonas de especial protección”.

Decreto 317/2.002, de 30 de diciembre, sobre actuaciones protegidas de rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado

ANEXO I

Intervenciones de rehabilitación

I. Introducción

II. Intervenciones Urbanizadoras

Obras de conservación, restauración, reforma o ampliación de los elementos de urbanización y del mobiliario urbano existentes.

III. Intervenciones Constructivas

1. Intervenciones constructivas de nueva planta.

2. Intervenciones de Demolición

3. Intervenciones Constructivas sin ampliación:

a) Ejecución estricta de lo construido:

– Restauración Científica

– Restauración Conservadora

– Conservación y ornato

– Consolidación

b) Modificación profunda de lo construido:

– Reedificación

– Reforma

4. Intervenciones Constructivas con ampliación.

5. Intervenciones Mixtas:

a) Sustitución

b) Reedificación

I. Introducción.

1.– Se entiende por intervención de rehabilitación el conjunto sistematizado de obras a realizar sobre una construcción o urbanización existente con objeto de transformarla en otra diferente en todo o en parte de la precedente, más adecuada a sus valores arquitectónicos, y dotada de unas mejores condiciones de habitabilidad y uso. Las intervenciones de rehabilitación sobre construcciones podrán extenderse a las obras de adecuación de la urbanización y acabados de los terrenos no edificados, tales como patios, huertas, jardines, claustros, pórticos, que constituyan la unidad edificatoria.

Asimismo tendrán la consideración de obras de rehabilitación, aquellas que se lleven a cabo con el objeto de suprimir las barreras arquitectónicas existentes.

2. No obstante lo indicado en el párrafo anterior, se podrán igualmente considerar como intervenciones de rehabilitación las obras de primer establecimiento o de nueva planta realizadas tras la demolición de urbanizaciones o construcciones existentes siempre que se definan expresamente como tales por los Planes Especiales de Rehabilitación, por producir efectos evidentes de restauración y mejora del tejido urbano en las Áreas de Rehabilitación Integrada.

3. También se podrán considerar intervenciones de rehabilitación las obras de demolición total o parcial de construcciones o urbanizaciones existentes si están dirigidas a la obtención de plazas, parques públicos y zonas verdes, apertura o ampliación de vías de tráfico rodado o peatonal, o a la obtención de terrenos para albergar equipamientos comunitarios primarios, entendiéndose como tales los establecimientos de carácter recreativo, asociativo, asistencial, sanitario, comercial, deportivo, administrativo y otros de análoga finalidad, siempre que hayan sido destinados a tal fin por las determinaciones del Plan Especial de Rehabilitación.

4. Las intervenciones de rehabilitación podrán ser intervenciones constructivas o urbanizadoras, según tengan por objeto construcciones o urbanizaciones respectivamente.

5. Una actuación de rehabilitación sobre una unidad edificatoria podrá constar de una o de varias intervenciones de rehabilitación compatibles entre sí.

II.– Intervenciones Urbanizadoras.

...

III.– Intervenciones Constructivas de Rehabilitación.

1. Las intervenciones constructivas de rehabilitación del patrimonio edificado se clasifican en cuatro grandes grupos:

- a) Intervenciones que dan origen a construcciones de nueva planta.
- b) Intervenciones que dan origen a la demolición de construcciones existentes.
- c) Intervenciones sobre construcciones existentes que dan origen a modificaciones que no suponen ampliación de su superficie construida ni de su altura o número de plantas.
- d) Intervenciones sobre construcciones existentes que dan origen a modificaciones que suponen ampliación de su superficie construida.

La clasificación anterior se entiende sin perjuicio de las intervenciones mixtas como la sustitución y la reedificación.

2. A los efectos del presente Decreto se entenderán por construcciones tanto los edificios como las instalaciones según las definiciones que se indican a continuación. El conjunto de los edificios y las instalaciones constituyen lo que se denomina patrimonio edificado.

3. Se entiende por edificio cualquier obra, que tenga la característica de constituir espacio habitable apto para ser utilizado con fines residenciales, o albergar actividades de producción de bienes o prestación de servicios.

4. Se entiende por instalación el conjunto de elementos situados conforme a una idea conjunta, que no constituyan un espacio habitable, cuyo fin es la realización de

actividades productivas de bienes y servicios. Podrán ser independientes de los edificios o albergarse en ellos.

III. 1. Intervenciones Constructivas de Nueva Planta.

Se consideran intervenciones que dan origen a construcciones de nueva planta las obras que constituyen construcciones no existentes con anterioridad y que no pueden incluirse en la categoría de reedificación, aún cuando la nueva edificación surja sobre una superficie anteriormente ocupada por otro edificio ya demolido.

III. 2. Intervenciones de Demolición.

1. Demolición es un tipo de intervención constructiva dirigida a la desaparición total o parcial de una construcción existente.

2. La intervención de demolición total podrá ir vinculada a una intervención de reedificación o de nueva planta.

3. La intervención de demolición parcial podrá ir vinculada a una intervención de reforma y en su caso también de ampliación, sin perjuicio de las obras de demolición de añadidos degradantes incluidas en otras intervenciones constructivas.

4. Igualmente la intervención de demolición total o parcial podrá estar dirigida a la obtención de plazas, parques públicos y zonas verdes, apertura o ampliación de vías de tráfico rodado y peatonal o a la obtención de terrenos para albergar equipamientos comunitarios primarios, de acuerdo con las determinaciones del Plan Especial de Rehabilitación.

5. Cuando una intervención de demolición vaya unida a una de nueva planta, el conjunto de ambas se denominará intervención de sustitución, salvo que se cumplan las condiciones para ser considerada como intervención de reedificación.

III. 3. Intervenciones Constructivas sin ampliación.

1. Dentro del tercer grupo de las intervenciones constructivas establecidas en este Anexo se distinguen dos grandes subgrupos, según que la intervención suponga una ejecución lo más estricta posible a lo construido o que se posibilite una modificación más profunda.

2. Los tipos de intervenciones del primer subgrupo son los siguientes:

a) Restauración científica.

b) Restauración conservadora.

c) Conservación y ornato.

d) Consolidación.

3. Los tipos de intervenciones del segundo subgrupo son los siguientes:

a) Reedificación.

b) Reforma.

4. Los Planes Especiales de Rehabilitación podrán permitir, en aquellas construcciones en las que autoricen intervenciones constructivas de este grupo, una ampliación principalmente para dotarlas de instalaciones tecnológicas e higiénico-sanitarias fundamentales.

5. Se consideran instalaciones tecnológicas e higiénico-sanitarias fundamentales las precisas para que la construcción rehabilitada reúna las condiciones mínimas de habitabilidad tales como instalaciones de energía eléctrica, distribución de agua, teléfono, calefacción, servicios higiénicos y cocinas ventiladas e iluminadas artificialmente, debiendo ser normalmente instalaciones empotradas, tanto las del interior de la construcción, como las de las acometidas exteriores que acceden a ella.

Restauración Científica

1. Restauración científica es un tipo de intervención constructiva sobre una edificación o instalación y, en su caso, sobre sus terrenos no edificados, que posee una relevante importancia en el tejido urbano por efecto de sus específicos valores arquitectónicos, dirigida a la conservación y a la puesta en valor de sus cualidades, de forma que se posibilite en su interior un uso o usos adecuados a los valores citados.

2. La restauración científica respetando los elementos tipológicos, formales y estructurales de la construcción podrá prever la realización de las siguientes obras:

a) La restauración del aspecto arquitectónico y el restablecimiento en su estado original de las partes alteradas a través de:

La restauración de las fachadas internas o externas.

La restauración de los espacios internos.

La reconstrucción filológica de la parte o partes del edificio derrumbado o demolido.

La conservación o el restablecimiento de la distribución y organización espacial original.

La conservación o el restablecimiento del estado original de los terrenos edificados que constituyen parte de la unidad edificatoria, tales como patios, claustros, plazas, huertas o jardines.

b) La consolidación con sustitución de las partes no recuperables sin modificar la posición o cota de los siguientes elementos estructurales:

Muros portantes externos e internos.

Forjados y bóvedas.

Escaleras.

Cubierta con el restablecimiento del material de cobertura original.

c) La eliminación de añadidos degradantes y cualquier género de obra de época reciente que no revistan interés o contrasten negativamente con las características arquitectónicas originales de la construcción, de su unidad edificatoria o de su entorno.

d) La introducción de instalaciones tecnológicas e higiénico-sanitarias fundamentales, siempre que se respete lo indicado anteriormente.

Restauración Conservadora

1. Restauración conservadora es un tipo de intervención constructiva sobre una edificación o instalación y, en su caso, sobre sus terrenos no edificados, que no posee valores arquitectónicos de singular relevancia, pero que constituye una parte interesante del patrimonio edificado en tanto en cuanto es un elemento significativo desde el punto de vista tipológico por su distribución interna, la disposición de los elementos de distribución vertical, la ocupación y disposición sobre la parcela o cualquier otra característica morfológica.

2. La restauración conservadora se dirige a conservar la construcción y asegurar su funcionalidad por medio de una serie de obras que en cualquier caso han de respetar sus elementos tipológicos, formales y estructurales, no permitiéndose en su interior un uso o usos no adecuados con aquéllos.

Comprenderá esta intervención, la consolidación, la restauración y la renovación de los elementos constitutivos de la construcción, la introducción de nuevos elementos necesarios para albergar los usos permitidos y la eliminación de los añadidos degradantes.

3. La restauración conservadora se divide en las categorías siguientes:

1) Restauración conservadora categoría A.

2) Restauración conservadora categoría B.

3) Restauración conservadora categoría C.

4. La restauración conservadora categoría A se aplicará a aquellas construcciones cuyo estado de conservación permite la puesta en valor de los valores tipológicos, formales y

estructurales de la construcción y permite su total recuperación. Podrá prever la realización de las siguientes obras:

a) La puesta en valor de su aspecto arquitectónico consistente en el restablecimiento de sus valores originales a través de:

La restauración de las fachadas externas o internas, permitiéndose en estas últimas modificaciones parciales siempre que no se altere la unidad de su composición y se respeten los elementos de especial valor estilístico.

La restauración de los espacios interiores siempre que sean elementos de notoria importancia arquitectónica o cultural.

b) Las indicadas en los puntos b), c) y d) del párrafo segundo del apartado anterior.

5. La restauración conservadora categoría B se aplicará a aquellas construcciones en mediocre o mal estado de conservación y que no poseyendo elementos arquitectónicos de especial valor, constituyen sin embargo una parte interesante del patrimonio edificado.

Podrá prever la realización de las siguientes obras:

a) La puesta en valor de su aspecto arquitectónico a través de:

La restauración de las fachadas externas o internas, permitiéndose en estas últimas la apertura de nuevos huecos siempre que no se altere la unidad de composición.

La restauración de los espacios interiores, permitiéndose la modificación de las cotas de sus forjados siempre que se mantengan fijas las cotas de las ventanas y de la línea de cornisa.

b) La consolidación y en su caso sustitución de los elementos estructurales en malas condiciones por otros nuevos con una posible modificación de cotas de los forjados en una gran parte de la construcción.

c) Las indicadas en los apartados c) y d) del párrafo segundo del apartado anterior.

6. La restauración conservadora categoría C actúa sobre construcciones parcialmente demolidas que no pueden ser consideradas como incluíbles en la Restauración Científica y de las que es posible encontrar documentación fiable de la organización de su tipo edificatorio primitivo, de manera que se consiga un restablecimiento del tipo edificatorio original.

Podrá a estos efectos prever la realización de las siguientes obras, referidas a la puesta en valor de su aspecto arquitectónico:

El restablecimiento en su estado original de los elementos verticales y horizontales comunes tales como vestíbulos, bloques de escaleras, pórticos, galerías, etc.

El restablecimiento en su estado original de la forma, dimensión y relación entre la construcción y las partes descubiertas de la unidad edificatoria tales como patios, claustros, etc.

El restablecimiento en su estado original de todos los demás elementos constitutivos del tipo edificatorio.

Conservación y Ornato

1. Conservación y ornato es un tipo de intervención constructiva dirigida a la reparación, renovación o sustitución de los elementos de acabado de las construcciones existentes así como mantener o dotar a aquéllas de las condiciones mínimas de habitabilidad en lo referente a servicios higiénicos mínimos, ventilación de baños, aseos, cocinas y resto de piezas habitables, dotar al edificio de instalaciones correctas conforme a la normativa vigente de abastecimiento de agua, electricidad, calefacción y saneamiento, mejorar las condiciones de iluminación y ventilación de las piezas habitables incluso con la reforma o apertura de nuevos huecos de fachada y cuantas otras pequeñas obras sean necesarias para dotar al edificio de las condiciones generales precisas para evitar su deterioro y de las condiciones mínimas de habitabilidad definidas en los Anexos II y III del presente Decreto.

2. Las obras comprendidas en una intervención de conservación y ornato no tendrán incidencia en la estabilidad de la edificación, tanto de su cimentación, como de su estructura portante o de la estructura de su cubierta, pudiendo incidir ligeramente en la distribución interior de su superficie útil, con el fin exclusivo de dotar al edificio de las instalaciones tecnológicas e higiénico-sanitarias fundamentales y de las condiciones mínimas de habitabilidad, anteriormente indicadas.

3. Las obras comprendidas en una intervención de conservación y ornato podrán consistir entre otras en:

a) Pequeñas obras de modificación del aspecto de las fachadas afectando la modificación a los huecos, o a la apertura de nuevos huecos cuando no alteren la distribución preexistente de la superficie útil ni la composición general de sus fachadas.

b) Obras de reparación de la cubierta, pudiendo incluso ser sustituidas las correas u otros elementos estructurales, en su caso, pero debiendo mantener su forma.

c) Obras de impermeabilización de cualquier elemento del edificio.

d) Obras de sustitución de carpinterías de fachada, de voladizos de balcones, de miradores, cornisas y puertas de acceso, debiendo en estos casos efectuarse la sustitución con material y diseño similar a los preexistentes, salvo que condicionantes de mejora de aquél aconsejen su modificación.

e) Obras que tienen por objeto reparar algún otro elemento de acabado que esté deteriorado, siempre que no tenga una función estructural o resistente.

f) Obras interiores que no afecten o modifiquen la distribución del edificio, como revoco y pintura, ejecución y reparación de solados, trabajos interiores de carpintería,

reparaciones de fontanería, calefacción y fumistería, cambios de cocinas y aparatos sanitarios e introducción de instalaciones tecnológicas e higiénico-sanitarias fundamentales.

g) Cualquier otra obra de la misma importancia o análoga a las anteriores.

4. Las obras comprendidas en una intervención de conservación y ornato podrán también afectar a la eliminación de añadidos degradantes o a tratamientos indebidos del revestimiento exterior tanto de su material de revestimiento como de su pintura, color o textura, en su caso.

Consolidación

1. Consolidación es un tipo de intervención constructiva dirigida a las finalidades indicadas para la intervención de conservación y ornato y además a la mejora de la estabilidad de la construcción por medio de la renovación y sustitución de elementos estructurales.

2. Entre las obras comprendidas en una intervención de consolidación, además de las indicadas para la conservación y ornato, se admite la sustitución de los elementos estructurales en malas condiciones por otros nuevos aunque sean de distinto material, y aquellas otras operaciones en la composición de la estructura y cimentación que supongan un aumento de su estabilidad y seguridad.

3. Las obras de sustitución de elementos estructurales podrán modificar ligeramente la cota de los forjados, manteniendo fijas las cotas de cornisa y de ventanas.

4. Con posterioridad a la ejecución de las obras de consolidación estructural deberán rehacerse el resto de elementos del edificio en las mismas condiciones de forma y distribución en que anteriormente se encontraban, si es que las obras citadas exigen su derribo para nueva ejecución.

Reedificación

1. Reedificación es un tipo de intervención constructiva dirigida a la nueva creación de una construcción anteriormente existente que previamente se derriba y que no posee específicos valores arquitectónicos, que aconsejan la utilización del tipo de restauración científica o conservadora.

2. En las intervenciones de Reedificación el nuevo sólido envolvente de la construcción reedificada ha de coincidir espacialmente con el primitivo, debiendo situarse en el mismo terreno y espacio, ocupar la misma superficie en todas sus plantas, tanto de sótano como elevadas, poseer la misma superficie edificable y el mismo número de plantas.

3. En este tipo de intervención, no será preciso mantener en los materiales a emplear las mismas características de los de la primitiva construcción, ni la distribución exacta de su interior, ni el diseño exacto de sus fachadas, debiendo ser mantenida la organización básica del tipo edificatorio y los elementos básicos de la composición de los frentes de fachadas, así como la organización y forma de su cubierta.

Reforma

Reforma es un tipo de intervención constructiva dirigida a las finalidades indicadas para la intervención de consolidación y además a alguna o a la totalidad de las siguientes:

a) Modificación de la distribución y organización de los espacios interiores que supere las pequeñas acomodaciones derivadas de la inclusión de las instalaciones tecnológicas e higiénico-sanitarias fundamentales.

b) Modificación de la posición, cota, forma y dimensiones de los siguientes elementos estructurales:

Muros internos y bóvedas.

Pilares, forjados y bóvedas.

Escaleras.

Cubierta.

c) Modificación de las fachadas interiores y exteriores conservando los elementos de particular valor estilístico, debiendo siempre ser salvaguardada la unidad compositiva.

III. 4. Intervenciones Constructivas con ampliación.

1. Ampliación es un tipo de intervención constructiva dirigida a aumentar la superficie construida de la construcción existente, ya sea por levante de nuevas plantas, ampliación del perímetro de edificado, construcción de nuevos forjados o cualquier otra causa.

2. La intervención de ampliación podrá coexistir con la intervención de reforma y en su caso con la demolición parcial.

QUINTO.- Desde todo lo que antecede, de las alegaciones esgrimidas en el recurso se concluye que lo que la parte apelante plantea es que la actuación constructiva llevada a cabo no es de rehabilitación ó reconstrucción si no de construcción de un edificio de nueva planta, intervención ésta no autorizable en suelo no urbanizable de especial protección, ya que las propias NNS de Aia en su art. 77.1 prohíben nuevas construcciones residenciales en este tipo de suelo, y que además se ha trasladado la ubicación de la nueva edificación sin cobertura legal, ya que sólo es posible el traslado de un Caserío existente a otra ubicación en caso de demolición por causa de expropiación no es posible la modificación de la ubicación, y que no se ha respetado la identidad volumétrica.

Pues bien, si como se argumenta el art. 77.1 de las NNSS de Aia prohíbe nuevas construcciones residenciales que no estén adscritas a una explotación agraria ó ganadera,

igualmente lo es que tanto la edificación existente como el uso residencial del Caserío Amezti estaban consolidados con arreglo al art. 11 D-21 y D-84 y art. 64 NNSS.

Teniendo en cuenta lo anterior, y siguiendo como plantea la recurrente los conceptos del anexo del Decreto 317/2002, se revela claramente que no nos encontramos ante una intervención constructiva de nueva planta como construcción de una edificación nueva anteriormente no existente aunque la nueva edificación se lleve a cabo en una superficie antes ocupada por un edificio ya demolido, sino ante una intervención constructiva de sustitución, que implica la construcción de una nueva edificación en sustitución de otra preexistente previo derribo de ésta, siendo evidente que la actuación llevada no cumple las condiciones para ser considerada como intervención de reedificación.

Actuación constructiva de sustitución autorizada en el art. 76 de las NNSS de Aia.

Por tanto “ab initio” no puede afirmarse que sea absolutamente incontestable que nos encontremos ante una edificación no autorizable en cuanto a su propia existencia, esto es, por no ser posible edificación de uso residencial en suelo no urbanizable de especial protección ni ser posible en el mismo suelo la construcción de un nuevo edificio residencial en sustitución del existente.

Por lo que la cuestión se traslada a si la licencia concedida y, por tanto, la actuación constructiva llevada a cabo, son contrarias a derecho por contravenir el art. 76 de las NNSS de Aia el art. 30 de la Ley 2/2006 del Suelo y Urbanismo.

En este punto se dirá, que en la resolución recurrida se consigna el cumplimiento de los requisitos del art. 75.4 de NNSS de Aia y la observancia del requisito de la composición volumétrica y se añadirá que consta asimismo en autos y aportado al procedimiento contencioso-administrativo, certificación emitida por el Secretario del Ayuntamiento de Aia de cumplimiento por el caserío Amezti a fecha de concesión de licencia de reconstrucción, de las condiciones del art. 9 del Decreto del Gobierno Vasco 105/2008, de 3 de junio. Datos fácticos sobre los que si la parte apelante discrepa no combate con argumentos que permitan su desvirtuación.

Se reprocha en el recurso al respecto de la vulneración del art. 30 de la Ley 2/2006, que el Instructor no haya tenido en cuenta los informes emitidos por el Ararteko, el Director General de Ordenación Territorial y el Jefe de la Sección Técnica del Departamento de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, pero es que amén que de la no mención expresa de los mismos no significa no hayan sido valorados, no puede obviarse que nuestra perspectiva, la de Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal, se ha de centrar en determinar si, desde la óptica del Derecho Penal, puede apreciarse una contradicción con la normativa urbanística patente, que se evidencie un consciente desprecio a dicha normativa. Es decir si a los efectos del delito de prevaricación que nos ocupa, la interpretación y aplicación de esas normas realizada al conceder la licencia es

tan irrazonable y contraria a Derecho que no encuentra un apoyo mínimo en una interpretación realizada con arreglo a cánones ordinariamente admitidos, no bastando como tiene dicho el Tribunal Supremo la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho.

Y en este sentido, los referidos informes no revelan nada trascendente, ya que como ha quedado dicho es claro que no nos encontramos ante un supuesto del art. 77 de las NNSS de Aia, y si conforme al principio de jerarquía normativa que rige en el ámbito urbanístico, asimismo es claro que las NNSS han de respetar las determinaciones de la Ley 2/2006, quedando desplazadas en aquello que las contravengan, lo que por el contrario no resulta con la misma claridad es esto último como tampoco que el art. 30 de la Ley 2/2006 permita únicamente el cambio de ubicación en el supuesto de reconstrucción por expropiación.

Así, sobre lo primero, como ha quedado dicho más arriba, las NNSS de Aia son aprobadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2006, y de hecho el art. 75 de las NNSS se remite al art. 30 de la Ley 2/2006 en cuanto a las condiciones necesarias para entender que ha existido un edificio residencial en suelo no urbanizable por lo que prima facie deben entenderse adaptadas a sus determinaciones. En todo caso, de las propias alegaciones de las partes puede inferirse que no ha existido ni existe un procedimiento contencioso-administrativo sobre declaración de nulidad ni consta la revisión en cuanto a las Normas de aplicación en el Suelo No Urbanizable.

Y, sobre lo segundo, cuando en el informe de Ararteko se concluye que el art. 30 de la Ley 2/2006 no permite el cambio de ubicación a salvo en el supuesto de reconstrucción por expropiación, dicha conclusión se asienta en proyección a la interpretación que hace del art. 30 de la interpretación jurisprudencial más arriba reseñada. Se resume como sigue: entendiendo que se regulan tres supuestos diferentes de reconstrucción de caseríos preexistentes y que únicamente en caso de expropiación se prevé la reconstrucción en otra ubicación (que lo ha de ser en suelo no urbanizable que no se de especial protección), en el resto de supuestos no está permitido aunque no esté expresamente prohibido.

El Ayuntamiento de Aia por el contrario, tal y como es de ver en el Decreto 85/2015, interpreta que lo que previene el art. 30.2 de la Ley 2/2006 en relación a la reconstrucción de caseríos preexistentes en caso de expropiación, es el suelo donde podrá de tener lugar la reconstrucción, suelo no urbanizable que no se de especial protección.

Y de forma similar la Sra. Angela Aranguren e hijos, como es de ver en la contestación a la demanda en el procedimiento contencioso-administrativo, entendiendo que el art. 30 regula dos supuestos de reconstrucción de caseríos, en el apartado 1 los caseríos que cumplen los parámetros que en el mismo se establecen, y en el apartado 2 los caseríos que no cumplen dichos parámetros por caso fortuito o fuerza mayor a los que se equipara el supuesto de expropiación, y que en este último caso se reconoce a los propietarios un derecho de reconstruir que no se reconoce al resto de los supuestos, consistente en construir en una parcela que originariamente no soportaba una edificación y, por tanto, según la norma general no podría construirse en él un nuevo edificio residencial. Excepción a la regla general de prohibición de nuevas construcciones residenciales en

suelos no urbanizables por razón de la privación de la propiedad por la expropiación. Pero que la ley nada dice de la reconstrucción del caserío en la misma parcela pero en otro emplazamiento distinto. Y que ante la falta de regulación ha de estar a las NNSS de Aia.

Las citadas posibles interpretaciones, ninguna de las cuales cabe calificar de irrazonable, en ausencia de disposiciones más precisas, no correspondiendo a la presente jurisdicción valorar ni resolver cuál es la interpretación correcta, no permiten afirmar sin duda que el art. 30 de la Ley 2/2006 permita únicamente el cambio de ubicación en el supuesto de reconstrucción por expropiación.

Y desde luego, hacen patente lo dificultoso de poder apreciar en la licencia concedida la concurrencia de un obrar arbitrario y doloso que da lugar a una actuación administrativa burdamente ilegal, que es en lo que consiste la Prevaricación Urbanística.

Para finalizar diremos, consta la tramitación del correspondiente expediente administrativo, entendiéndose por tal el conjunto documentado, por cualquier medio que permita su constancia, de las actuaciones administrativas realizadas, y de su contenido no puede concluirse se haya incurrido en omisión de trámite esencial alguno del procedimiento.

Consideraciones todas las anteriormente expuestas que conducen a estimar que, tal y como ha establecido el Juzgado de Instrucción, no aparece debidamente acreditada la comisión de los delitos contra la ordenación del territorio que motivaron la incoación de las diligencias por una ausencia clara de indicios, y la inexistencia de diligencias esclarecedoras nuevas o distintas para practicar, siendo, pues, correcta su decisión de acordar el sobreseimiento provisional de las mismas.

SEXTO.- En cuanto a la existencia de indicios de infracción penal relativa a la protección de la flora, fauna y animales domésticos, la parte recurrente combate los razonamientos del Instructor alegando en apretada síntesis que el Instructor subsume el hecho de la instalación del vallado perimetral como un vallado de obra, sin apreciar que éste, el que se contiene en el estudio de seguridad y salud que acompaña el proyecto de obras aprobado en el año 2013, trata de un vallado que cierra el perímetro de la obra con un radio de poco más de 6 metros, lo que consta al expediente administrativo, y que el informe pericial de evaluación del impacto del vallado de Talaimendi (Zarautz) en la avifauna local, suscrito, por Juan Arizaga, experto ornitólogo de la Sociedad de Ciencias de Aranzadi que, a la vista de la mortalidad que potencialmente puede causar el vallado que se instaló para la especie protegida de Halcón peregrino, recomienda su eliminación, no dándose respuesta además a las diligencias que se solicitaron practicar sobre particular, pese a acreditar documentalmente que el vallado de marras nunca obtuvo licencia y cuando éste fue sometido a trámite, no obtuvo autorización municipal, sino que se autorizó un nuevo vallado, sobre el que igualmente se advirtió que se seguía contraviniendo las consideraciones contenidas en el informe pericial del Instituto

Aranzadi, pese a que el Ayuntamiento que lo autorizó ya tenía cumplido conocimiento de la evaluación de impacto que se aportó. Que se omite el contenido del informe de la Sociedad de Ciencias de Aranzadi y que se atiende solo parcialmente al informe de la Diputación Foral de Gipuzkoa en méritos del expediente tramitado ante URA-Agencia Vasca del Agua, dado que atender a dicho informe impondría la necesidad de cuestionarse el riesgo que para especies protegidas en el ámbito existen, como es el caso del halcón peregrino, ya que es precisamente el tipo de malla recientemente instalado la que representa un mayor riesgo de mortalidad para el halcón peregrino, y siempre de acuerdo con la experiencia al alcance de los técnicos forales que cuando menos debería contrastarse con la del instituto de ciencias Aranzadi.

La adecuada respuesta a este motivo de recurso exige comenzar señalando que el halcón peregrino no es especie considerada en peligro de extinción en la normativa internacional y comunitaria en vigor en España. Por lo que respecta a la legislación estatal (véase el Real Decreto 139/2011 y modificaciones del listado por Ordenes AAA/75/2012, de 12 de enero, AAA/1771/2015, de 31 de agosto y AAA/1351/2016, de 29 de julio) y autonómica, tampoco está incluida en las categorías de especie en peligro de extinción ó vulnerable, a la que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo han de ser reconducidas para considerar que una especie está en situación de amenaza real. En la legislación autonómica está catalogada como especie rara con la definición que más arriba ha quedado expuesta. Y nada resulta del informe de la Sociedad de Ciencias Aranzadi en el sentido que la supervivencia de la especie afectada, halcón peregrino, se encuentre seriamente comprometida. Por lo que, y haciendo propias las palabras del Tribunal Supremo, su protección escapa del derecho penal, sin perjuicio de la que pueda corresponder en vía administrativa.

Se añadirá que el art. 334 CP exige que la destrucción o alteración del hábitat ha de ser grave, y además explícitamente que dichas conductas se realicen con contravención de las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre.

Dicha normativa viene constituída por la Directiva 2009/147/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de aves silvestres, la 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, en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad y la Ley de Conservación de la Naturaleza del País Vasco 1/2014, de 15 de abril, que establecen un régimen de protección general que garantice la preservación de las especies de aves silvestres, así como el un régimen de protección especial para determinadas especies.

La parte recurrente nada especifica ni argumenta al respecto, pero el Departamento de Promoción Económica, Medio Rural y Equilibrio Territorial de la Diputación Foral de Guipuzcoa, Dirección General de Montes y Medio Natural, en el que se integra el Servicio de Fauna y Flora Silvestre, no ha apreciado se haya incurrido siquiera en

infracción administrativa en el ámbito de sus competencias por razón del vallado que fuera instado por la familia Garrastazu.

Así se infiere del informe emitido en fecha 4-10-2015, del que resulta que la finca propiedad de la familia Garrastazu, en cuya delimitación se incluye el cierre realizado, no está sujeta a ningún plan de ordenación derivado de la normativa del Biotipo Protegido de Iñurritza como la de la ZEC ES2120009 Iñurritza, incluida en la Red Natura 2000, y que desde el ámbito de sus competencias no aprecia infracción alguna en los trabajos realizados por la familia Farrastazu.

Lo cual se reitera en el informe emitido el 23-11-2015 emitido por el mismo órgano a solicitud de URA/Agencia Vasca del Agua en el expediente promovido el 2-11-2015 por la Sra. Angela Aranguren y herederos de D. Salvador Garrastazu solicitando mantener el vallado de obra temporal, en el que se concluye que el mantenimiento del cierre actual no interfiere con la normativa del biotipo protegido de Iñurritza, ni con la ZEC Iñurritza (ES21200009), ni siquiera de forma apreciable con el hábitat del halcón peregrino.

Y es oportuno recordar el régimen sancionador de la Ley de Conservación de la Naturaleza del País Vasco, particularmente en su art. 75 apartado 4 letras a) , g) y p), en los que se califican como infracciones graves:

- f. La alteración de las condiciones de un espacio natural protegido o de los productos propios del mismo mediante ocupación, roturación, corta, arranque u otras acciones.

- g) La destrucción del hábitat de especies raras y de interés especial, en particular del lugar de reproducción, hibernación, invernada, reposo, campeo o alimentación y las zonas de especial protección para la flora y fauna silvestres.

- p) Las edificaciones, instalaciones, construcciones y obras de todo tipo con infracción de la normativa de ordenación de un espacio natural protegido.

Y art. 75 apartado 5 letra g), en el que se califica como infracción muy grave:

- f) La destrucción del hábitat de especies en peligro de extinción o vulnerables, en particular del lugar de reproducción, hibernación, invernada, reposo, campeo o alimentación.

Siendo ello así, y lo ya razonado en el sentido que no puede considerarse que el halcón peregrino sea una especie materialmente amenazada, por muy en cuenta que se tenga el principio “non bis in ídem”, que la parte recurrente invoca en relación al delito contra la ordenación del territorio pero que igualmente sería extensible a lo que ahora nos ocupa, la

pretensión revocatoria de la resolución recurrida no puede merecer favorable acogida tampoco en este punto.

SÉPTIMO.- No apreciándose temeridad ni mala fe en el recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 240 de la L.E. Crim., se declaran de oficio las costas devengadas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general aplicación.

LA SALA DISPONE

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Federación Gipuzkoana de los Deportes Aéreos, frente al Auto de sobreseimiento provisional de las actuaciones dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Azpeitia en autos de procedimiento de Diligencias Previas 768/2015 y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de esta resolución, para su conocimiento y cumplimiento de lo acordado.

Este auto es firme y contra el mismo no cabe recurso.

Lo acuerdan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. que componen la Sala. Doy fe.

MAGISTRADOS/AS

LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

