



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCION I

RECURSO DE APELACION nº: 1 /000015/2009- S N.I.G: 46250-33-3-2009-0000123

Ponente: D/Dª FRANCISCO SOSPEDRA NAVAS

Recurrente: [REDACTED]

Procurador/Letrado: EUGENIA MERELO FOS /FRANCISCO SOLANS PUYUELO

Recurrido: DELEGACION DE GOBIERNO

Letrado: /ABOGADO DEL ESTADO

AUTO

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MARIANO FERRANDO MARZAL

Magistrados:

En VALENCIA, a veintinueve de julio de dos mil once

Dada cuenta; lo precedente únase, y

HECHOS

UNICO.- Con fecha 9 de junio de 2011 por la actora se insta incidente excepcional nulidad de actuaciones por vulneración de derechos fundamentales en la sentencia, al cual se opuso el Abogado del Estado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, constituye, como expresamente dispone el precepto, un remedio de carácter excepcional que por su propia naturaleza obliga a una interpretación estricta y que solamente cabe cuando se alegare infracción de derechos fundamentales; en el caso planteado por el demandante incidental, toda la argumentación gira en el hecho de que el demandante tiene una hija de nacionalidad española.

En este sentido, el arraigo de tipo familiar, social o económico deben ser probados por el extranjero, lo que aquí no ha ocurrido según se razona en la sentencia recurrida, recordándose que en la actualidad el concepto jurídico indeterminado de arraigo familiar puede complementarse con el contenido en el artículo 45.2 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de tal manera que son necesarios vínculos familiares con otros extranjeros residentes, entendiéndose como tales los referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa, precisándose en la interpretación de los Tribunales que no constituye arraigo familiar el hecho de tener uno o más hijos nacidos en España, ya que ese



Eugenia Merelo Fos PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES Burjassot, 26-3º.7ª - 46005 Valencia Tel. 96 374 38 51 - Fax 96 373 87 07 eugenia@fosmereloprocuradores.com



GENERALITAT VALENCIANA

[Handwritten signature]



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

arraigo deriva de la convivencia estable y continuada con español o con extranjero residente legal en España y, en el caso de hijos, exige el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, a lo que deben unirse otras circunstancias que evidencien la integración real y efectiva en nuestro país, pues de lo contrario la permanencia ilegal en España de personas unidas por vínculos familiares nunca podría ser sancionada con expulsión, lo que no ha sido el propósito del legislador.

Tratándose de hijos nacidos en España de padres extranjeros, la atribución de la nacionalidad española sólo se produce en supuestos de apatridia, siendo que ello en modo alguno determina la existencia de arraigo familiar en relación a los padres en situación irregular, puesto que, como se indica en la STSJ Galicia de 29 de septiembre de 2010, debe distinguirse entre la inscripción registral del nacimiento del hijo y la relevancia de ese hecho a los efectos de la legislación de extranjería. Así, aunque el Registro Civil le atribuya al hijo del ciudadano extranjero "una nacionalidad presuntiva lo es a los efectos de permitir la inscripción del nacimiento (...). Es responsabilidad de los progenitores, en este caso de la apelante, proceder a la inscripción de su hija en el Registro Consular de la Republica de Bolivia y si bien es cierto que los convenios a que alude el citado precepto del Código Civil -en referencia al artículo 17. 1 - tratan de proteger a los menores de situaciones indefinidas que les puedan ser lesivas, no permite la normativa en materia de extranjería que el progenitor que está en situación de irregularidad palmaria y manifiesta se prevalga del hijo menor nacido en España (...). La inscripción del nacimiento del hijo en el registro civil español le atribuyó la nacionalidad española con valor de simple presunción, tratándose, en consecuencia, de una atribución presuntiva de nacionalidad con finalidad cautelar y efecto limitado, pues lo que se pretende es evitar la apatridia que, en supuestos como el presente, pueden evitar los padres del menor inscribiendo su nacimiento en el Registro Consular de sus país de origen; menor que en ningún caso quedaría desamparado por la expulsión del padre de España en situación irregular al continuar al cuidado de la madre..(..)".

En este caso, y por estos motivos, no siendo hecho determinante la nacionalidad de la hija nacida en España, por cuanto tenía tres meses al momento de dictarse la resolución sancionadora, y a la vista de las demás circunstancias, en la sentencia se valoró la prueba practicada, concluyendo que la sanción no era desproporcionada en atención a las circunstancias concurrentes y no habiéndose acreditado la convivencia efectiva ni relación de dependencia, y en este sentido es totalmente insuficiente el certificado de empadronamiento aportado, único documento en el que se pretendía acreditar el arraigo, al margen de la documentación de la hija, siendo que el demandante tenía total disponibilidad para aportar los medios de prueba acreditativos de sus circunstancias de arraigo.

**SEGUNDO.-** En consecuencia, en la sentencia dictada en este proceso se han tenido en cuenta todas las circunstancias concurrentes, entendiéndose que no existen elementos de arraigo que desvirtúen la proporcionalidad de la sanción según resulta razonado, por lo que debe desestimarse el incidente de nulidad planteado al no haberse vulnerado ningún derecho fundamental, con imposición de costas al demandante incidental conforme dispone el art. 241 de la LOPJ.

#### PARTE DISPOSTIVA

Se acuerda desestimar el incidente excepcional de nulidad de la sentencia de fecha 26 de abril de 2011 dictada en este proceso instado por la representación de D. [REDACTED], con imposición de costas al demandante incidental.



GENERALITAT  
VALENCIANA

Lo acuerdan, mandan y firman los Iltrms Sres. Magistrados anotados al margen. Doy



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

fe.



GENERALITAT  
VALENCIANA

A handwritten signature in black ink.