

Desde el 1 de agosto de 2001 está en vigor el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. Las consecuencias que se pueden derivar de una aplicación inadecuada de toda la normativa, obligan a todos los que trabajamos en favor de la integración de los inmigrantes a dominar los textos en sí mismos a estar muy atentos a su aplicación y a las eventuales irregularidades que se vayan detectando. Todo sin perjuicio de que, desde ahora, se empiece a trabajar en la mejora de la misma Ley y Reglamento para que realmente apoyen la pretendida integración de los inmigrantes.

Agradecemos la aportación de la Profesora Dña. Aurelia Álvarez Rodríguez, bien conocida por los especialistas y con gran autoridad en estas materias.

ALGUNAS IRREGULARIDADES DETECTADAS EN EL REAL DECRETO 864/2001

Aurelia Álvarez Rodríguez

■ Profesora Titular de Derecho Internacional Privado ■
de la Universidad de León

I. INTRODUCCION

La entrada en vigor, el 1 de agosto de 2001, del Nuevo Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, -en adelante LOEx-, conlleva a realizar algunas reflexiones sobre lo acertado de su desarrollo legal¹. Sin pretender hacer un examen exhaustivo de la totalidad del texto debemos ya apuntar que se trata de un Reglamento excesivamente minucioso, que en muchas ocasiones sólo se ha procedido a integrar y a elevar a rango de Real Decreto otras disposiciones normativas de rango inferior -Decretos, Ordenes Ministeriales, Resoluciones, Circulares e Instrucciones -incluso algunas meramente internas-. Desde la perspectiva de la transparencia nos parece correcto; pero, desde una perspectiva estrictamente jurídica tanta arboleda nos impide ver la claridad del bosque; y más duramente, en el Congreso de los Diputados, se ha dicho refiriéndose al RELOEx que nos encontramos ante: "un galimatías jurídico, extraordinariamente burocrático"².

Probablemente, tanta minuciosidad ha generado que algunos aspectos que exigían un desarrollo reglamentario no hayan sido recogidos (Vid. art. 16.2 ó 18.4 LOEx); ahora bien, sabemos con exactitud el número de fotografías que se le van a requerir al extranjero cada vez que acude a la administración española para documentarse (Vid. arts. 10.1, 12, 36.2.c), 45, 81.1.1b) y 81.2.1.c).

Desde luego, valoramos muy positivamente el arduo esfuerzo para lograr este texto, cuyos artículos a veces tienen una redacción que ocupa toda una página del BOE; sin

embargo, también debemos mostrar nuestra valoración crítica, ya que algunos preceptos del nuevo reglamento deben ser tachados de ilegales.

En este momento, dado el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor, desconociendo la aplicación práctica del mismo, sólo vamos a centrarnos en algunos preceptos en los que claramente hemos detectado una contradicción con la LOEx actualmente vigente³. En este contexto pasamos a analizar seis disposiciones: las letras d) y e) del párrafo 2 del art. 49, letra d) del párrafo 3 del art. 53, la letra i) del párrafo 1º del art. 71; el párrafo 4 del art. 118 y el artículo único punto 3 del R. Decreto 864/2001.

2. EXENCION DE VISADO A LOS CONYUGES: ART. 49.2.d) y e) RELOEx

A) Cónyuges de españoles o de nacionales de los países de la UE o del EEE

El párrafo 2 del art. 49 establece que podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes siempre que no exista mala fe en el solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos:

"d) Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000 y se acredite la convivencia en España al menos durante un año".

Del texto transcrito debemos retener dos datos: es ilegal





y vulnera el Derecho comunitario. La ilegalidad se produce por exigir el Reglamento la convivencia del cónyuge en territorio español, un requisito inexistente en el texto legal; y, la vulneración del derecho comunitario por la remisión en blanco al art. 17 de la LOEx, sin tener en cuenta que estos extranjeros son beneficiarios de la reagrupación familiar en aplicación del art. 2.a) del RD 766/1992.

La primera ilegalidad es manifiesta, pues si comparamos el texto del art. 31.7 LOEx y la letra d), que estamos analizando, la exigencia de convivencia esta recogida legalmente, pero la LOEx no impone que dicha convivencia deba ser necesariamente en España. También se puede demostrar que el Gobierno, desde el principio, quería introducir este último requisito impuesto ahora reglamentariamente. En este sentido, debemos remontarnos al art. 29.7 del Proyecto de Ley, de reforma de la LO 4/2000, remitido al Congreso, cuyo tenor literal era el siguiente: "Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias del artículo 17 y acreditar la convivencia en España al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año"⁴. El requisito de la convivencia en territorio español fue suprimido por la aceptación parcial de la Enmienda núm. 260, presentada por el GP Socialista del Congreso⁵. El texto aprobado por la Comisión Constitucional eliminaba dicha exigencia⁶, pues hubiera condenado al cónyuge del residente a un año de estancia irregular en nuestro país⁷.

La letra d) del párrafo 2 del art. 49 vuelve a insistir en el requisito de residencia o convivencia durante un año en territorio español para que concurren en el cónyuge las razones excepcionales que permiten acceder a la exención de visado. Ciertamente, la LOEx exige el plazo; ahora bien, lo que no impone es el lugar de dicha convivencia. Por tanto, nos encontramos ante una ilegalidad manifiesta del texto analizado del Reglamento, teniendo en cuenta el principio básico y constitucionalmente consagrado de la jerarquía normativa (art. 9.3 CE).

Con respecto a la vulneración del derecho comunitario, la remisión de la letra d) del párrafo 2 del art. 49 al art. 17 de la LOEx impone al cónyuge y al matrimonio una serie de requisitos y con ello obstáculos, que no están previstos en la legislación comunitaria. La inercia tiende a aparejar la reagrupación de nacionales de terceros países con el régimen general de extranjería previsto en los arts. 16 a 19 LOEx; sin embargo, este caso es un supuesto claro de reagrupación del art. 2.a) del RD 766/1992. Ciertamente, no podemos decir que por la remisión al art. 17 LOEx, -aunque este precepto imponga la no separación de hecho-, nos encontremos por ello con una eventual contradicción con el Derecho comunitario, ya que, en el art. 49.2.d) el Gobierno se ha cuidado mucho de excluir esa situación, pues por denuncia de la Comisión Europea fue preciso reformar el art. 2 del RD 766/1992⁸.

Ahora bien, las precauciones han sido pocas ya que se hace una remisión genérica al art. 17 LOEx para el resto de los condicionantes del matrimonio que no existen en el Derecho comunitario, donde la condición de cónyuge no queda limitada. Desde luego, desde la perspectiva comu-

nitaria el cónyuge es cónyuge hasta que se disuelva el matrimonio; y si el matrimonio se ha celebrado en fraude de ley no son las autoridades del Ministerio del Interior las competentes para declarar la no validez del matrimonio. Si se considera que ha habido fraude en la prestación del consentimiento para contraer matrimonio lo que procede es iniciar una acción de nulidad. En todo caso, reiterar que podemos haber generado, por imprudencia, una incompatibilidad con el derecho comunitario.

Antes de finalizar el análisis de la letra d) del párrafo 2 del art. 49, debemos hacer alusión a otro tema preocupante: el plazo de un año de convivencia. Este plazo es contrario al Derecho comunitario si lo observamos desde la perspectiva de los cónyuges de los nacionales de los países de la Unión. Desde luego si lo examinamos desde la perspectiva de los cónyuges de los españoles ese plazo sólo podrá ser tildado de inconstitucional y contrario a los Convenios internacionales ratificados por España en los que se instaura el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a vivir en familia⁹.

En virtud de la disposición reglamentaria objeto examen, aunque en este caso no se produce ilegalidad del reglamento ya que el propio art. 31.7 LOEx también lo recoge, los nacionales de terceros Estados cónyuges de comunitarios o de españoles que no cumplan con el plazo señalado de vida conyugal no pueden obtener la tarjeta de residencia. Ello, está generando un incremento del número de extranjeros en situación "irregular" y, en todo caso, no sólo se vulnera el Ordenamiento Comunitario sino también el derecho fundamental a vivir en familia. Para evitar esta infracción se debe entender que dicho plazo no es necesario, como se entendió con respecto a la interpretación de la anterior regulación. Son varios los fallos judiciales que avalaban su contrariedad con los Derechos Humanos, con el Derecho comunitario, e incluso con la propia Constitución Española. Desde luego, las razones excepcionales concurren en el cónyuge sin exigencias de plazos¹⁰, siendo ilustrativa la reciente Sent. TS (Sala 3ª. Sección 6ª) de 1 febrero de 2001¹¹. Desde el punto de vista jurisprudencial, esta última decisión, al plantear la eventual inconstitucionalidad del plazo, permite dar una pauta interpretativa de carácter negativo a la letra d) del párrafo 2 del art. 49 RELOEx que si bien tiene cobertura legal, desde luego, carece de la permisibilidad constitucional. Es pues, un avance importante no sólo para evitar el nacimiento o el mantenimiento de situaciones de irregularidad sino también para perpetuar el derecho a vivir en familia. Debe retenerse que, en ausencia de la exención de visado, el extranjero con derecho subjetivo a vivir en España por reagrupación familiar se ve obligado o bien a vivir durante un año de forma irregular o bien abandonar el territorio español para ir a su país de origen y sólo podrá volver a nuestro país después de solicitar y obtener el visado.

B) Cónyuges de extranjeros residentes legales nacionales de terceros países

La letra e) del párrafo 2 del art. 49 prevé la exención de visado para "Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro del



Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, se acredite la convivencia en España al menos durante un año, y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año".

Algunas de las matizaciones hechas a la letra d) del art. 49.2 RELOEx son proyectables directamente al comentario de la letra e). En este sentido, todo lo señalado acerca de la eventual ilegalidad se puede mantener con los mismos argumentos. La primera ilegalidad es manifiesta, pues si comparamos el texto del art. 31.7 LOEx y la letra e) art. 49.2, que estamos analizando, la exigencia de convivencia esta recogida legalmente; sin embargo, en la LOEx no exige que dicha convivencia deba ser necesariamente en España.

Ahora bien, si para la ilegalidad anterior es proyectable lo explicado en el punto anterior con respecto a los extranjeros -cónyuges de españoles o de nacionales comunitarios- lo que no podemos alegar es la eventual contradicción con el Ordenamiento comunitario. En este caso la remisión al art. 17 LOEx no implica ninguna vulneración del mismo.

Por último, en cuanto al plazo del año de convivencia previa también debe ser objeto de una valoración negativa, y en este supuesto al igual que el recogido en la letra d) de este artículo 49 RELOEx por reiteración de lo previsto en el art. 31.7 LOEx debe ser tachado de inconstitucional o cuando menos de contrario al derecho fundamental a la vida privada y familiar¹².

3. EXTINCIÓN DE LA RESIDENCIA PERMANENTE PREVISTA EN EL ART. 53.3.d) RELOEx

De las causas por las cuales se puede extinguir el permiso de residencia permanente llama la atención la recogida en el art. 53.3.d) RELOEx. Según esta disposición la residencia permanente se puede extinguir: "Por la permanencia fuera de España de forma continuada durante más de seis meses en un período de un año". Desde luego, tanto el tenor literal del art. 32.2 LOEx como su desarrollo reglamentario es mucho más flexible al no computar ni vacaciones ni ausencias debidamente justificadas.

Por ello, el tenor literal del art. 53.3.d) RELOEx está provocando una ilegalidad manifiesta, ya que el estatuto del extranjero permanente choca frontalmente con una interpretación meramente literal de la disposición comentada. Esperemos que este supuesto sea objeto de una lectura coherente junto al art. 32.2 LOEx y al art. 42.1 a), b) y c) RELOEx. En este sentido, la interpretación correcta del precepto objeto de análisis sería, por tanto, que no se computarán los periodos de vacaciones, las ausencias debidamente justificadas por motivos familiares o de asistencia sanitaria, pues si estas no impiden obtener el permiso de residencia permanente, desde luego estas mismas circunstancias deben ser tomadas en consideración con el fin de impedir la extinción automática de la vigencia de dicho permiso¹³.

4. PERMISO DE TRABAJO DE LOS RESIDENTES TEMPORALES POR ARRAIGO: ART. 71.1.i) RELOEx

Otra disposición poco acorde con la LOEx la encontramos en el art. 71.1.i) RELOEx. Este precepto tampoco es de recibo su desarrollo reglamentario, pues está generando una eventual ilegalidad con respecto a la letra k) del art. 40 LOEx. En esta disposición se establece que: "no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido a: k) los extranjeros que obtengan el permiso de residencia por el procedimiento previsto en el artículo 31.3 de la presente Ley".

El desarrollo reglamentario, para la concesión del permiso de residencia por arraigo prevista en art. 31.3 LOEx, se llevó a cabo en virtud de lo establecido en el art. 41.3 letras b, c, y d). Ahora bien, el desarrollo de la letra k) del art. 40, mediante la letra i) del párrafo 1 del art. 71, se formula de una forma restrictiva al establecer que:

"No se considerará la situación nacional de empleo para la concesión de permiso de trabajo a los extranjeros que acrediten encontrarse incluidos en alguno de los siguientes supuestos:

i) Los extranjeros titulares de un permiso de residencia por el procedimiento previsto en el artículo 41.2.b) y c), de este Reglamento".

Como se puede deducir del tenor literal del precepto, en éste sólo se privilegia a los extranjeros que obtengan residencia temporal especial en virtud del art. 41.3. b) y c), dejando al margen la letra d), es decir, al grupo de los extranjeros que regularicen su situación por residencia "de facto" y continuada en España durante al menos tres años con eventual incorporación al mercado de trabajo y tengan vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles. Es necesario resaltar, que en este caso el reglamento esta discriminando supuestos a los que la LOEx había equiparado y les había otorgado los mismos derechos. En este sentido, es claro que donde la Ley no limita ni discrimina el reglamento no podrá dar un trato diferenciado sin vulnerar el principio de legalidad y jerarquía normativa¹⁴.

El desarrollo reglamentario es, sin dudas, ilegal; pero además la exclusión del grupo de extranjeros incluidos en la letra d) no se entiende; y, todavía, es menos comprensible cuando a la luz de otras disposiciones existe total equiparación¹⁵.

5. DECOMISO DE BIENES, EFECTOS E INSTRUMENTOS: ARTS. 118.4 Y 123.2 RELOEx

El artículo 55.5 LOEx regula el decomiso¹⁶. En este precepto se establece que los bienes objeto de decomiso deben pertenecer al responsable de la infracción. Por tanto, si éstos pertenecen a un tercero no responsable no cabe imponer la sanción. Ahora bien, en el desarrollo reglamentario se han incorporado algunas otras limitaciones, por lo que ya no es suficiente el hecho de que pertenezcan a un tercero. Lo importante es que se trate de bienes pertenecientes a un tercero de buena fe no responsable de la infracción y que los haya adquirido legalmente.



En caso de que se hubiere procedido a la aprehensión de los bienes, efectos o instrumentos aquélla conllevará el decomiso salvo cuando se haya acreditado que los expresados bienes pertenecen a un tercero de buena fe no responsable de la infracción que los haya adquirido legalmente. Dichos bienes, efectos e instrumentos cuando sean objeto de decomiso definitivo se adjudicarán al Estado (arts. 118.4 y 123.2 RELOEx).

La finalidad de las normas mencionadas es clara pero las autoridades competentes en materia de extranjería si detectan que el bien objeto de decomiso pertenece a un tercero y éste no lo ha adquirido legalmente -léase, a modo de ejemplo, ha sido objeto de hurto o robo- tendrán que ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial competente; pero no parece que pueda ser adjudicado directamente al Estado.

6. SUPLETORIEDAD O NORMA MÁS FAVORABLE PARA LOS NACIONALES DE LA UE: ARTICULO UNICO PUNTO 3 RELOEx

A los beneficiarios de los arts. 1 y 2 RD 766/1992, en su redacción dada por el RD 737/1995, no se les aplica el régimen general. A éstos en caso de inexistencia de una norma, la autointegración se realiza mediante el recurso a las normas de Derecho Comunitario, tanto a las normas originarias (arts. 13, 18, 39, 43 y 49 TCCE) como al derecho derivado¹⁷.

¿Qué ocurre cuando el derecho comunitario no regula un aspecto concreto? Pues, que esas mismas normas suele remitir al Derecho interno, en nuestro caso se aplicarían las normas generales de extranjería contenidas en la LOEx y en el RELOEx. Evidentemente, hay temas no regulados por el momento por la UE -un visado de más de tres meses o una exención de visado para los familiares de los nacionales de la UE. ¿Cómo se lleva a cabo la cobertura de la laguna? En este caso, se debe acudir a la normativa general interna. Ahora bien, no se debe olvidar que lo regulado en la normativa específica sirve. En este sentido, en un visado para reagrupación o en una exención de visado los beneficiarios son las personas previstas en el art. 2 del RD, por tanto cualquier mención o remisión a los beneficiarios previstos en el art. 17 LOEx no es válida. Sin embargo, la laguna sobre el procedimiento a seguir para la concesión de la exención de visado sigue existiendo; la fórmula de eliminación de la laguna conlleva la aplicabilidad, con carácter supletorio, de lo establecido en el RD 864/2001. En este sentido, tanto el RD 766/1992 como el RELOEx son claros. Es más, en el nuevo reglamento, en su artículo único punto 3 se dispone que:

"3. Las normas del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, se aplicarán con carácter supletorio, o a los efectos que pudieran ser más favorables, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a las demás personas incluidas en el ámbito del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio".

El tenor literal transcrito introduce junto con la regla de la supletoriedad del régimen general previsto en el

RELOEx otra regla de signo diferente como es la eventual primacía de dicho régimen en caso de que sea más favorable para los beneficiarios del art. 1 y 2 del RD 766/1992, modificado por el RD 737/1995. Ciertamente, los términos de alternatividad en los que se incorporan dos reglas de tan variada índole nos debería llevar a reflexionar si son compatibles entre sí, lo que es imposible en este comentario.

En todo caso, la segunda regla la de la eventual primacía del régimen general en todos aquellos supuestos en los que exista una norma más favorable intenta resucitar el art. 1.2 de la LO 4/2000, que extrañamente desapareció en la tramitación de la Ley de reforma¹⁸. El remedio no ha curado la enfermedad sino que ha sido una forma de acallar algún sector crítico. Ciertamente, el problema está en la Ley y la solución debe tomarse en la propia Ley, es decir votando de nuevo el párrafo 2º del artículo 1 LO 4/2000¹⁹.

De hecho, vamos a intentar demostrar que el artículo único punto 3 RELOEx no puede venir a sustituir al 1.2 LOEx. La lectura rápida de ambos preceptos puede llevarnos a pensar que ambos textos son idénticos o que el resultado que produce aplicar la disposición reglamentaria puede llanamente llegar a poner fin al problema suscitado por la desaparición. Pues rotundamente no. El texto reglamentario sólo permite la aplicación de las normas más favorables previstas en el Reglamento y no prevé la aplicabilidad de las normas legales, y algunas no han sido objeto de desarrollo reglamentario. Me estoy refiriendo al Título Primero. Capítulo I de la LOEx, relativo a los derechos y libertades de los extranjeros (arts. 3 a 15 LOEx). Ciertamente, -muchos de ellos han sido tildados de inconstitucionales-, pero si nos fijamos, por ejemplo, en el art. 12.1 podemos observar que el extranjero puede obtener la asistencia sanitaria siempre que se encuentre empadronado. Los beneficiarios de los arts. 1 y 2 RD 766/1992, reformado por el RD 737/1995 para documentar el derecho a vivir en España deben tener cubiertos todos los riesgos sanitarios. ¿Podrían beneficiarse del art. 12.1 LOEx?. No existe norma habilitante, pues el RELOEx sólo admite la aplicabilidad de sus propias disposiciones. En definitiva, y como decía al comenzar este punto, el problema no está en el RELOEx sino en la propia LOEx, y debe ser resuelto en el texto legal por lo que habrá que pensar que el error cometido en las Cámaras -Comisión Constitucional del Congreso- sólo puede ser resuelto por el Poder Legislativo. ■

NOTAS

1. Vid. Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre -en adelante RELOEx- (BOE, 21-VII-2001; corrección de errores, ibid, 7-X-2001, p. 37009).
2. Intervención de la Señora Diputada Uria Etxebarria en el debate parlamentario sobre la Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, sobre política de inmigración (Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. VII Legislatura, núm. 102, Sesión Plenaria núm. 97, de 13 de septiembre de 2001, p. 4973). El texto de la Proposición de Ley sólo recibió ocho votos a favor (ibid, p. 4977).



3. Para un examen más amplio de la actual normativa de extranjería: Vid. P. Aguelo Navarro y A. Álvarez Rodríguez, Normativa comentada sobre Derecho de extranjería, Valladolid, Lex Nova, 2001 (en prensa).
4. BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 12-1, de 11 de septiembre de 2000, p. 6.
5. BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 12-5, de 18 de octubre 2000, pp. 100-101.
6. BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 12-8, de 20 de noviembre 2000, p. 153.
7. Vid. P. Aguelo Navarro y A. Álvarez Rodríguez, La Ley de Extranjería. Addenda, Valladolid, Lex Nova y Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, 2001, p. 90.
8. Para un análisis sobre la eventual contradicción del texto originario del art. 2.a) del Real Decreto 766/1992 y el derecho comunitario (Vid. A. Álvarez Rodríguez, "Régimen de extranjería comunitaria en el Ordenamiento jurídico español. Análisis del R. Decreto 766/92, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas", La Ley, supl. Comunidades Europeas, núm. 80, 30-X-1993, pp. 1-8, esp. pp. 2-3). La contradicción del derecho español y, por consiguiente, el incumplimiento del Derecho comunitario fue detectado por la Comisión Europea, lo que motivó una denuncia al Estado español. Como consecuencia de la misma, para evitar un recurso ante el TJCE, el Gobierno español optó por la modificación del mencionado art. 2. Dicha reforma se llevó a cabo mediante el Real Decreto 737/1995, de 5 mayo (BOE, 5-VI-1995).
9. Vid. Arts. 8 y 12 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE, 10-X-1979). En aplicación del art. 8 de dicho Convenio, el TEDH dictó la Sent. de 21 de junio de 1988. Asunto Berrehab contra Reino de Países Bajos. En dicho supuesto un marroquí demandó al Reino de los Países Bajos por violación del art. 8 del Convenio de Roma ante una denegación de un nuevo permiso de residencia y posterior expulsión después de su divorcio con una ciudadana holandesa, de cuyo matrimonio existía una hija. Ante este supuesto el TEDH estimó la demanda (ARJTEDH, 1988\3).
10. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 29 noviembre 1999 afirma que: "Procede, finalmente hacer dos precisiones, la primera que frente a las manifestaciones efectuadas por la demanda en su contestación, este Tribunal ha declarado en Sentencias núm. 567/1999, de 14 de septiembre de 1999 (recurso núm. 468/1999 y núm. 568/1999), de 16 de septiembre de 1999, (recurso núm. 488/1999), de por prescripción legal, los cónyuges que contraen matrimonio de conformidad con el derecho español asumen la obligación de vivir juntos, estableciéndose la presunción legal iuris tantum (artículo 69 del Código Civil) de que los cónyuges se encuentran en esta situación de convivencia, salvo que se produzca separación de derecho. De forma que, en tanto no se rompa la presunción mediante prueba en contrario, debe presumirse que la persona recurrente goza de una situación de convivencia matrimonial estable con su cónyuge de nacionalidad española. Esta situación de convivencia estable forma parte del objeto de la garantía del derecho a la protección de la familia y de la intimidad familiar (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en caso Marckx de 13 de junio de 1979, reiterada, entre otras, en las de 18 de mayo de 1985, caso Cabales, 18 de diciembre de 1986, caso Roy Johnston, y 29 de enero de 1997, caso M. Bouchelkia). Por lo que, sujeta a la persona extranjera al deber administrativo que concluye con el acto de supervisión pública de la voluntad de ejercer el derecho que le habilita para residir en el país en el que tiene legalmente establecido el domicilio conyugal, no cabe obligarle a cumplir este deber en la forma más gravosa de las dos posibles, cual es viajando al país de origen para obtener un visado consular que podría dilatarse o denegarse, esta fórmula supone para la extranjera que convive establemente en el domicilio conyugal la imposición de una situación de excepcional gravamen para la vida familiar que legitima como única opción jurídicamente válida para esa concreta situación la opción alternativa de que la autoridad gubernativa otorgue la exención de la obligación de obtener un visado consular de residencia".
11. RAJ, 2001, núm. 160. Reitera la misma tesis que la Sent. TS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 31 octubre de 2000 (ibid, 2000, núm. 9382) y de la Sent. TS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 31 octubre de 2000 (ibid, 2000, núm. 8644). En ambos casos se afirma que no es necesario un plazo previo de matrimonio, y en el último de los supuestos el extranjero no sólo está casado con española sino que es padre de un español.
12. En interpretación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, el TEDH dictó la Sent. de 11 de julio de 2000. Caso Ciliz contra Reino de los Países Bajos. En dicho supuesto, un turco demanda a Países Bajos ante la denegación de un nuevo permiso de residencia y consiguiente medida de expulsión después de su divorcio de una ciudadana turca residente en Holanda de cuyo matrimonio existía un hijo (ARJTEDH, 2000\150).
13. Cf. M.I. Ramos Quintana, "El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica". Ponencia II. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 8 y 9 de junio de 2001, p. 39.
14. Se podría pensar que la ilegalidad se elimina con el tenor literal de los arts. 79.b) y 91.3.c) RELOEx, sin embargo, 40.k) LOEx equipara los supuestos, por lo que no cabe una diferenciación de trato.
15. Vid. A modo de ejemplo el art. 46.1.a) RELOEx en el que se prevé la no exigencia del visado o la exención de visado para tramitar el permiso de residencia temporal para todos los supuestos descritos en las letras b) c) y d) del art. 41.2.
16. También se encuentra recogido en el art. 111. El art. 55.5 LOEx dispone que: "...serán objeto de decomiso los vehículos, embarcaciones, aeronaves, y cuantos bienes muebles o inmuebles, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de la citada infracción" -la prevista en la letra b) del apartado 1 del art. 54-. En este artículo se considera como infracción "b) Inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito". Por su parte el art. 111 RELOEx pretende que la sanción sea efectiva, por ello se permite a los agentes de seguridad proceder a su aprehensión una vez hechas las primeras investigaciones sin ser preciso que se haya probado la autoría de la comisión de la infracción. En concreto la disposición mencionada establece que: "Cuando de las primeras investigaciones practicadas se tenga conocimiento de la utilización de vehículos, embarcaciones, aeronaves y cuantos bienes muebles o inmuebles, de cualquier naturaleza que sean, para la comisión de la infracción prevista en el artículo 54.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, los agentes de la autoridad, con el fin de garantizar la efectividad del comiso, podrán proceder a su aprehensión y puesta a disposición de la autoridad competente, quedando a resultados del expediente sancionador en el que se resolverá lo pertinente en relación con los mismos".
17. Vid. Reglamento 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión Europea (DOCE, EE-05-VI, pp. 77-87); Reglamento 1251/70/CEE; Directiva 64/221/CEE; Directiva 68/360/CEE; Directiva 73/148/CEE; Directiva 75/34/CEE; Directiva 90/364/CEE; Directiva 90/365/CEE; Directiva 93/96/CEE. En estos momentos, las normas sobre libre circulación de los nacionales de la UE se encuentran en pleno proceso de reforma, como se puede ver en el texto de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (COM (2001) 257 final, de 23-V-2001).
18. Vid. P. Aguelo Navarro y A. Álvarez Rodríguez, "Historia cronológica de la desaparición del apartado 2 de la Ley Orgánica 4/2000". <http://www.reicaz.es/extranjeria/portada/portada.htm>). También puede ser consultado en la misma página web el Informe del Director de la S.G. del Congreso, relativo a la desaparición de dicho precepto.
19. Algunos Grupos Parlamentarios se han hecho eco de este problema (GP Mixto y GP Izquierda Unida). En todo caso, muy prudentemente, el GP Socialista pide la reintegración del texto perdido en el seno de la Comisión Constitucional del Congreso, mediante la Proposición de modificación de la LO 8/2000, presentada el 23 de marzo de 2001 (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm. 127-I, de 6 de abril de 2001, pp. 1-7).