

## LA CONDICIÓN DE NACIONAL Y EXTRANJERO EN EL CONSTITUCIONALISMO DECIMONÓNICO ESPAÑOL

**Alberto Muro Castillo y Gabriela Cobo del Rosal**

Universidad de Extremadura / Universidad Rey Juan Carlos

Entre las reformas o aclaraciones que requiere el estado de nuestra legislación, pocas habrá tan convenientes y aun tan perentorias como las que comprendan nuestras leyes sobre extranjeros. (R.D. Extranjería 17 noviembre 1852)

Con estas palabras, que bien podrían haber sido pronunciadas esta misma mañana, comienza la exposición de motivos del Real Decreto de 17 de noviembre de 1852 sobre extranjería. La primera norma reguladora de dicho fenómeno en España. Pero ¿cuál era ese estado perentorio que hacía conveniente dicha regulación?

Desde luego antes del constitucionalismo decimonónico, antes la aparición del romanticismo, cuando no existían los estados-nación (1848), cuando el nacionalismo no era más que un embrión ideológico dicha necesidad no existía, al menos de forma perentoria.

Sí que es cierto que el concepto de nacional, más que el de extranjero, van ligados al propio nacionalismo decimonónico y que en consecuencia encuentra su plasmación en el constitucionalismo del siglo XIX. En la ponencia que presentamos no trataremos de analizar pormenorizadamente en sentido último del fenómeno, sino que esbozaremos unas breves pinceladas de cómo se introdujo dicho concepto en los textos constitucionales, de qué forma evolucionó su inclusión en los mismos y cómo se desarrolló en cumplimiento de las diferentes constituciones. Tan sólo podremos realizar un sucinto recorrido diacrónico por los hitos más significativos de nuestro constitucionalismo y legislación, por lo que habrá de dejarse para otro posible lugar y espacio un análisis más complejo de lo que la extranjería ha supuesto desde la perspectiva iushistórica en España.

Como sabemos, dichas condiciones actualmente se encuentran recogidas en nuestra Constitución en su Capítulo primero, dedicado a los españoles y extranjeros desarrollados por el Código Civil que dedica un Título a la nacionalidad en el Libro dedicado a la persona y la familia<sup>1</sup>. Esta circunstancia es la que nos proporciona el marco en el que hoy nos desenvolveremos: el constitucionalismo español hasta la promulgación del Código civil. Y esto por razones de tipo metodológico, expositivo y espacial, ya que la nacionalidad, ha sido objeto de un doble tratamiento por parte de los legisladores: en el plano constitucional y en el civilístico. En España, hasta la promulgación del Código del 89 gozó de tratamiento constitucional. A él nos circunscribiremos en la presente exposición.

A nadie escapa la importancia de la materia, pues no sólo afecta a la identidad de la persona, sino a buena parte de sus derechos y obligaciones. Prácticamente todas las materias del ordenamiento jurídico se encuentran ligadas a la nacionalidad, de una u otra forma, por ello cuando el Estado legisla en materia de nacionalidad lo ha de hacer desvinculado de cualquier directriz imperativa, y a través de dicha legislación establece sus propios principios constitucionales.

De ahí que el tratamiento que en los textos constitucionales españoles se hace de la nacionalidad sea, en ocasiones inexistente, en otras aparentemente insuficiente, y en las más de las veces adopte una cierta estabilidad con modificaciones de carácter más o menos sustancial, pero manteniendo cierta línea continuista. Un breve recorrido por los textos constitucionales españoles desvela que en el texto de Bayona de 1808, nada, absolutamente nada se dice al respecto<sup>2</sup>.

Y es que muy probablemente la idea defendida por Álvarez Junco (*Mater Dolorosa*) sobre la aparición del sentimiento nacional en España durante la Guerra de Independencia frente al francés cobre un sentido muy especial en este apartado, pues es precisamente en el texto gaditano de 1812 donde aparece una primera regulación constitucional relativa a la condición de nacional, de español y, por contraposición, la de extranjero, que será repetida en todos los textos constitucionales sucesivos, con la excepción del Estatuto Real de 1834.

<sup>1</sup> En torno a la dimensión de estado civil de la nacionalidad española, Espinar Vicente, J.M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 40 y ss. Especialmente críticas resultan en este extremo sus palabras cuando llega a afirmar que "En nuestro sistema positivo se ha producido una hipertrofia de esta dimensión. Ubicada su regulación en el Código Civil, la nacionalidad ha sido tratada con técnicas y ópticas fundamentalmente civilistas, y ello ha tenido como resultado el que pasasen a una situación de segundo plano sus caracteres de derecho fundamental y de estado político", pág. 43.

<sup>2</sup> Sí que aparecen referencias a la Nación española, a sus territorios, pero nada dice de los nacionales. Desde luego la intencionalidad de dicha exclusión es evidente, ya en el Code de 1804, se regulan todos los aspectos relativos a la nacionalidad y ciudadanía, y se estableció en su artículo 7 que "Les exercices des droits civils est indépendant de la qualité de Citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle". Para continuar en el octavo proclamando que "Tout Français jouira des droits civils" y desarrollar el concepto y características de la nacionalidad en los siguientes artículos del capítulo I del título I.

Tal importancia cobró la idea de nacional en Cádiz, tal fue la efervescencia de dicho sentimiento, que un aspecto que hasta entonces había pasado prácticamente inadvertido al legislador, se sitúa en el lugar de preeminencia del texto constitucional, que comienza proclamando que:

La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios. (Constitución española, 1812)

Sin embargo las bases ya estaban establecidas, en la *Novísima Recopilación*<sup>3</sup>, antecedente más inmediato a nuestro constitucionalismo y codificación se establecía la regulación sobre la carta de naturaleza<sup>4</sup>. Se dispuso un criterio que permanecería durante gran parte de nuestro constitucionalismo histórico, según el cual se clasificaba o distinguía a los extranjeros residentes en función de ser transeúntes o domiciliados<sup>5</sup>. Al tiempo que se prestaba un trato de favor a los extranjeros católicos y amigos de la Corona<sup>6</sup>, a quienes se les concedía permiso para ejercer sus oficios con ciertos requisitos<sup>7</sup>.

La regulación que se hace de los *extranjeros transeúntes* en cuanto a ciertas restricciones en sus derechos<sup>8</sup> o un mayor número de trámites y requisitos<sup>9</sup> encontrará su continuidad en el periodo constitucional.

Por su parte la Ley III, del Libro VI, Título XI explicaba el concepto de *vecino*. Se consideraba como tal, a cualquier extranjero que obtuviere privilegio de naturaleza, el que naciese en el Reino, el que se convirtiese a la Fe Católica en estos reinos, el que estableciese su domicilio, el que pidiese y obtuviere vecindad en algún pueblo, el que contrajese matrimonio con mujer española, la extranjera casada con español o natural, el que comprase, adquiriese bienes y se arraigase, el que tuviese tienda y vendiese al por menor. Los *avecinados* tenían que ser Católicos, jurar fidelidad a la Religión y al Rey y renunciar a todo fuero de extranjería. Y se establecía además la prohibición de guardar correspondencia con enemigos y comerciar con las Indias. Marco recopilador que, como tendremos ocasión de ver, no encuentra continuidad, en el conjunto de sus materias reguladoras, en el constitucionalismo español.

## 1. EL DESARROLLO EN EL CONSTITUCIONALISMO DECIMONÓNICO DEL CONCEPTO DE NACIONAL

De regreso a la impronta que adquiere el concepto de español en la proclama gaditana que establece que "*La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios*", no se limita a un aspecto meramente enunciativo. Se regula de una forma precisa qué es lo que se entiende por español, a lo que dedica un capítulo íntegro, el segundo, compuesto de 5 artículos (del 5º al 9º) y qué obligaciones son las que comporta dicha condición.

Veamos, los españoles son, a tenor de lo establecido en la Pepa (artículo 5):

1. Los hombres libres nacidos y avecinados en los dominios de las Españas, y los hijos de estos.
2. Los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes carta de naturaleza.
3. Los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía.
4. Los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas.

Claro que en la definición de quiénes eran los españoles de principios del xix existen una serie de consideraciones que serán superadas a lo largo del siglo (quien dice a lo largo del siglo, habla de 1873 en Puerto Rico y 1880 en Cuba), pero que en dichas circunstancias históricas adquieren una especial importancia y que dejan abiertos determinados aspectos para el debate. Efectivamente la problemática sobre el estatuto de persona-

<sup>3</sup> Para una visión de conjunto de la evolución del tratamiento de la extranjería y nacionalidad en el derecho histórico patrio, puede verse Gibert y Sánchez de la Vega, R. "La condición de los extranjeros en el antiguo derecho español", *Recueils de la Société Jean Bodin*, ix, Bruselas 1958, pp. 150-199. García Rives, Moisés, "Condición jurídica de los extranjeros en Castilla y León", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (1920) y más recientemente Álvarez-Valdés y Valdés, M. *Extranjería en la Historia del Derecho español*, Universidad de Oviedo, 1ª ed. 1992. En este último trabajo se alcanza hasta mediados del siglo XIX, mientras que en los anteriores no se aborda el periodo constitucional.

<sup>4</sup> Libro I, Título IV, Leyes 2ª y 6ª. Se dispone que las mismas no podían concederse sin solicitar el consentimiento a las ciudades y villas con voto en Cortes. Como también se trataba de la naturalización absoluta para una total incorporación del sujeto a quien se concediese a la sociedad y nación española, y con la finalidad última de que pudiese disfrutar, como si verdaderamente hubiera nacido en España de todos y cualesquiera oficios.

<sup>5</sup> Orden de Carlos III de 1791 y por Real resolución de Carlos IV, se estableció la obligatoriedad de formación de matrículas de extranjeros residentes con distinción de transeúntes y domiciliados, explicando el objeto y destino de cada uno de ellos en los Reinos y en concreto en la Corte entre otros requisitos.

<sup>6</sup> Ley I, Título XI. Ciertamente, hasta la aparición del concepto estado-nación y el desarrollo de los postulados nacionalistas a lo largo del siglo XIX, la pertenencia a la Cristiandad, la condición de católico, la religiosidad eran las premisas fundamentales sobre las que se asentaban los lazos de vecindad y naturalización, aspectos que no dejarían de estar presentes en nuestro desarrollo normativo y constitucional, no sólo en el siglo XIX sino también en el XX.

<sup>7</sup> Como la obligación de vivir veinte leguas tierra adentro de los puertos, estando libres de moneda forera, y seis años de las alcabalas, siendo admitidos como el resto a los pastos y acomodo de sus casas y tierras si hubiese necesidad.

<sup>8</sup> Así, no podían éstos ejercer el comercio al por menor, ni las artes y oficios, emplearse en servicio alguno sin Real permiso, necesitando la licencia para poder residir en la Corte. Se les señalaba obligatoriamente la ruta que debían seguir y el plazo para salir de la Corte.

<sup>9</sup> Entre otras se les obligaba a obtener de licencia del gobierno para residir en el territorio, presentando juramento. El juramento exigido a los *extranjeros transeúntes* no era el mismo exigido a los *avecinados*, sino otro más relegado a la obediencia y sumisión al soberano y a las leyes de policía. Todo lo cual bajo pena de expulsión en plazo breve y perentorio.

idad deriva precisamente del reconocimiento de la condición de nacional, con los derechos y deberes derivados de dicha condición, por ello la inclusión de la condición de libre en el texto doceañista no hace sino resaltar y evidenciar la carestía de estatuto de personalidad por parte de los esclavos. Si bien en este aspecto el paso adelante que se intuye en el texto es relevante, pues si bien excluye a los esclavos del derecho a la nacionalidad, sí que la concede a los libertos que adquieran la libertad en Las Españas, aspecto que en el resto de textos constitucionales no aparecen.

De hecho la inclusión de la condición de libre no vuelve a aparecer en los textos constitucionales, sustituyéndose en lo sucesivo el término hombre libre por el de personas. Matización que de por sí excluía a los esclavos de la posibilidad de acceso a la nacionalidad, pues carecían, como hemos señalado, de estatuto de personalidad: no eran personas, eran cosas.

Desde el texto de 1837, pasando por los de 1845, 1869 y hasta el de 1876, recogen como primera premisa para ser español el de persona nacida en los dominios o territorio español. Si bien dicha inclusión suscitó, en el marco del debate constitucional del texto del sesenta y nueve no poca polémica, protagonizada por los abolicionistas, quienes en la persona del diputado Fernando Garrido defendió el cambio de terminología por el de persona, ya que:

los esclavos jurídicamente considerados no son personas, sino cosas, nosotros hemos temido que, interpretándolo de la misma manera los que vengan después a interpretarlo, creyeran que nosotros queremos conservar la esclavitud declarando que sólo las personas son españoles, y que estas personas no son los que hoy son esclavos, puesto que la ley declara que son cosas y no personas, los esclavos [...] De consiguiente, ruego a la comisión que acepte esta enmienda, y ponga "individuos" esto es, todo ser humano, estableciendo de una manera clara y terminante que para nosotros no hay hombres jurídicos, sino hombres de naturaleza con sus coincidencias, con sus derechos políticos.... (Pérez Ledesma, 2010, pp. 301-307).

Frente a él se levantó Moret apoyando la redacción tradicional del texto pues,

al decir persona, hemos usado la palabra consignada en todas las Constituciones; en el sentido jurídico, el individuo no es la persona, es la unidad de la especie; la persona es el ser humano, el ser jurídico (Pérez Ledesma, 2010, pp. 307)

Precisamente lo que se le afeaba desde la bancada abolicionista<sup>10</sup>.

Son efectivamente estos aspectos los que, a la hora de determinar quiénes son españoles, marcan la diferencia del texto doceañista respecto de sus sucesores, sin que se aprecien diferencias sustanciales respecto a los demás apartados en él contenidos. Tanto la obligatoriedad de concesión a los extranjeros de *carta de naturaleza* por parte de las Cortes, y la *vecindad* ganada, serán requisitos exigidos sin excepción en todos los textos decimonónicos, con la salvedad advertida del de 1834.

Sin embargo la Constitución de 1812, haciendo gala de su carácter patriótico establece junto a los requisitos que informan la condición de nacional, las obligaciones a que se encuentran sujetos aquellos que son españoles. Así nos encontramos con que "El amor a la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles y, asimismo, el ser justos y benéficos" (artículo 6) así como que "todo español está obligado a ser fiel a la Constitución, obedecer las leyes y respetar las autoridades establecidas" (artículo 7) o que "también está obligado todo español, sin distinción alguna, a contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado" (artículo 8) y "a defender la Patria con las armas, cuando sea llamado por la ley" (artículo. 9). Un elenco de obligaciones que no encontrarán su continuidad en los sucesivos textos constitucionales, como sucederá con el título II de la norma, en el que se trata del territorio de las Españas, su religión y gobierno y de los ciudadanos españoles, dedicando un capítulo íntegro a este último aspecto que, si bien se encuentra íntimamente ligado a la nacionalidad y el estatuto de extranjería, no será abordada en el presente estudio por los motivos más arriba aducidos.

Dicho título segundo comienza con la manifestación realizada en su artículo 13 de que El objetivo del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen. Proclama esta en la que se advierten evidentes paralelismos con los textos programáticos de las revoluciones liberales, tanto con el de Virginia de 1789 como con el de París de 1789, ambas claras inspiradoras del texto gaditano.

Ejemplo *ad contrarium* lo representa el Estatuto Real de 1834 en el que nada se habla de la españolidad, de la nacionalidad, de la extranjería o vecindad ni ciudadanía. Sin embargo sí que llama la atención que precisamente la restricción que aparece en el artículo 96 del texto doceañista<sup>11</sup> se suprime en el estatutario, así en su artículo 14 se dispone que *Para ser Procurador del Reino se requiere: 1. Ser natural de estos Reinos o hijo de padres españoles*. Por tanto un extranjero hijo de españoles podía ser procurador del Reino, rompiendo de

<sup>10</sup> No deja de ser paradójico que sea Moret el ponente y quien se encuentra en la encrucijada de defender la posición oficial frente a los abolicionistas, cuando sólo un año después será él quien, como Ministro de Ultramar promulgue la conocida como Ley Moret o Ley de libertad de vientres de 4 de julio de 1870 por la que, prácticamente, se abolió la esclavitud en Puerto Rico.

<sup>11</sup> Artículo 96.- Tampoco podrá ser elegido diputado de Cortes ningún extranjero, aunque haya obtenido de las Cortes carta de ciudadano.

este modo el tradicional blindaje que se otorga a los nacionales, por regla general, en la representatividad parlamentaria y el ejercicio de cargos públicos cualificados.

Más allá de este intervalo de transición, en el reinado isabelino nos encontramos con el que será el modelo sistemático a seguir por las sucesivas constituciones, consistente en ubicar en el inicio del texto, artículo 1 del Título I de los españoles un texto dividido en cuatro apartados que reza del siguiente modo:

Artículo 1.- Son españoles:

1. Todas las personas nacidas en los dominios de España.
2. Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.
3. Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza.
4. Los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía.

Así se expresan las constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876 (si bien a partir de la Gloriosa se muda en el apartado primero el término dominios de España por territorio español, cambio de terminología que puede parecer insignificante, pero que responde al momento de reafirmación de los Estado Nación, en el que el territorio adquiere una especial importancia, identificándose estos más con el concepto preciso de territorio nacional que con el de dominios, más vago y propio de la monarquía absolutista y de su monarca).

Este artículo que representará el modelo de la regulación de lo que es el concepto de español en el constitucionalismo decimonónico (N.P. en el proyecto primoriverista de 1929 se modifica sustancialmente, y en el de la Segunda República, pese a mantenerse en parte, la sistemática e importancia de la nacionalidad pasa a un segundo plano, como veremos en su momento) termina con un apartado sin numerar, en el que se establece que

La calidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país extranjero y por admitir empleo de otro Gobierno sin licencia del Rey.

Este texto que observamos sin modificaciones en el 37 y 76, se ve alterado en el 69 en el que se hace una remisión genérica a la legalidad, *la calidad de español se adquiere, se conserva y se pierde con arreglo a lo que determinen las leyes*, pero donde encontramos la que será la disposición en la que se sustentará todo el edificio de la nacionalidad y la extranjería en España, es en el texto de 1845, cuando a dicho texto se le añade tras un punto y seguido:

Una ley determinará los derechos que deberán gozar los extranjeros que obtengan carta de naturaleza o hayan ganado vecindad.

Y que el legislador, en este caso respetuoso y cumplidor de la norma constitucional lo procuró, es cierto. El texto del la exposición de motivos del Real decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852 (Gaceta de Madrid de 25 de noviembre)<sup>12</sup> se manifiesta claramente en este punto:

Estimando el de V.M. antes de ahora la posibilidad, y aun acaso la conveniencia de esta separacion (entre extranjeros transeúntes y naturalizados), presentó en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley sobre la naturalización de extranjeros, que llegó á discutirse y aprobarse en su totalidad<sup>13</sup>.

La segunda mitad del siglo XIX se desarrolla con el Real decreto de extranjería de 1852 y dos textos constitucionales, los de 1869 y 1876, en cuyo marco se promulga el Código civil de 1889. Estas son las normas sobre las que se sustentará, junto a la vigente constitución de 1845 producto de cuyo desarrollo es el Real decreto de extranjería<sup>14</sup>, toda la materia relativa a la nacionalidad y extranjería durante dicho periodo.

Desde un punto de vista constitucional poco varía entre un texto y otro, como tendremos ocasión de ver tras el análisis del Real decreto de extranjería<sup>15</sup>, que representa verdaderamente el marco normativo finisecular.

Sin embargo, antes de abordar el contenido regulador del Real decreto, es necesario realizar alguna consideración en cuanto a la técnica legislativa empleada, la del decreto frente a la ley. Resulta tentador hacer una

<sup>12</sup>El Real Decreto de extranjería de 1852 que estará vigente hasta el Real decreto N° 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España

<sup>13</sup>Lo que no hizo dicha Ley, fue entrar en vigor, pero como hemos señalado más arriba, si no lo hizo no fue porque el asunto no fuese acudiente, no fueron motivos de urgencia u oportunidad los que impidieron su publicación.

<sup>14</sup>En la exposición de motivos del propio texto se le da dicho nombre, cuando dice: "Estas consideraciones son las que han movido al Ministro que suscribe á presentar á la soberana aprobación de V. M., de acuerdo con el Consejo de Ministros, el adjunto proyecto de decreto sobre extranjería".

<sup>15</sup>El Real decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852, Gazeta de 25 de noviembre, se estructura en cinco capítulos precedidos de una exposición de motivos y repartidos en cuarenta y cinco artículos. Podemos considerarlo una norma completa en la materia, pues abarca en su estructura las más variadas temáticas en relación a la materia, a saber: Capítulo I *De los extranjeros y su clasificación en España*. (arts. 1 a 5); Capítulo II *De las disposiciones de han de observarse para el ingreso y residencia en España de los Extranjeros*. (arts. 6 a 16); Capítulo III. *De la condición civil de los extranjeros domiciliados y transeúntes, sus derechos y obligaciones*. (arts. 17 a 35); Capítulo IV *De los buques extranjeros*. (arts. 36 a 40); Capítulo V. *Disposiciones generales*. (arts 41 a 45).

precisión a la hora de determinar la forma de regular esta materia. Pues, en el marco de los mecanismos de creación legislativa, contrasta que, por ejemplo en materia penal, la prisa y el disfraz de provisionalidad fueron los fundamentales motores que legitimaron que el Ejecutivo acabara legislando prácticamente al margen del Legislativo. Y ello sin entrar en consideraciones de si se tratara de asambleas estamentales o representativas o del color político del Gobierno. Es una tendencia que entronca con nuestra forma de legislar que proviene no sólo de la influencia foránea tras la Revolución Francesa sino de nuestra propia Baja Edad Media. Así, en 1848, comenzaron a verse disminuidos los legítimos debates parlamentarios previos a la promulgación de nuestro segundo Código penal, el de 48, que pasan de 59 sesiones a solamente 9, en las que despachó ni más ni menos que el de nuestro verdadero primer Código penal, pues el del 22 apenas tuvo vigencia. En el caso del Decreto de 1852 en materia de derecho de extranjería, que desarrolla en buena medida aspectos fundamentales de absolutamente todas las materias de nuestro Ordenamiento Jurídico, incluido el penal, al legislador no le hace falta anunciar su provisionalidad para evitar un debate parlamentario, pues se opta por legislar directamente por Decreto. Siendo así que la injerencia del Ejecutivo en esta materia total.

Así y por la mera lectura de su Exposición de Motivos, comenzamos a sospechar que se trata de una materia más que aparece inmersa en la tendencia constante por parte de nuestro Ejecutivo a interferir en materia legislativa. En este caso, el Ejecutivo no necesita saltarse el legítimo debate, pues al legislar por Decreto, éste directamente no ha lugar. El Ejecutivo encuentra su consuelo o su justificación para acaparar materias legislativas en las prisas y en la citada perentoria necesidad a fin de desarrollar en solitario, ni más ni menos, que preceptos fundamentales de la Constitución. Encontramos pues, con sorpresa que las prisas, la provisionalidad y la urgencia, no sólo se predicán de algunas de nuestras leyes más señeras, como es el Código penal, sino también en materia tan sustancial como la de determinar quién es y quién no es nacional o extranjero.

Por lo demás, y tal como anuncia en la exposición de motivos, "El Ministro que suscribe no ha intentado formar una ley nueva en este ramo, sino reunir en una sola disposición cuanto se halla hoy proveniente respecto de los extranjeros. Sólo ha introducido aquellas alteraciones y modificaciones absolutamente indispensables para conseguir su designio por el medio más breve y expedito". Es por ello que nos encontramos en el texto del Real decreto de extranjería la misma clasificación sobre los extranjeros que en la Novísima Recopilación: domiciliados y transeúntes. Pero para llegar a ellos, antes se detiene a delimitar quiénes son los extranjeros. Así en su artículo primero manifiesta:

Son extranjeros:

1. Todas las personas nacidas de padres extranjeros fuera de los dominios de España.
2. Los hijos de padre extranjero y madre española nacidos fuera de estos dominios, si no reclaman la nacionalidad de España.
3. Los que han nacido en territorio español de padres extranjeros ó de padre extranjero y madre española, si no hacen aquella reclamación.
4. Los que han nacido fuera del territorio de España de padres que han perdido la nacionalidad española.
5. La mujer española que contrae matrimonio con extranjero.

Como parte de los dominios españoles, se consideran los buques nacionales sin distinción alguna.

Es sumamente revelador que a tenor de lo dispuesto en el R.D. de extranjería, la nacionalidad la transmite el padre, no la madre. Esto, si bien no contradice el texto constitucional al que da desarrollo, (*lo será el hijo de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España*), pues en el propio Decreto se reconoce la posibilidad de reclamar la nacionalidad, ésta no se obtiene de forma natural, automática, sino que se ha de producir una reclamación de parte, pues de lo contrario no gozan de dicho reconocimiento.

Y es que la mujer sale mal parada en materia de nacionalidad, también la pierde por causa de matrimonio. Aspecto éste que no concuerda con la norma constitucional que desarrolla, en la que se establece que "la calidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país extranjero y por admitir empleo de otro Gobierno sin licencia del Rey". En el caso de la mujer que casa con extranjero entiende la norma que, automáticamente adquiere la naturaleza del país de su marido.

En el artículo 2, se reproduce lo que la constitución manifiesta en sus apartados tercero y cuarto del artículo primero: que los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza o hayan ganado la vecindad serán considerados españoles<sup>16</sup>. Y en el siguiente, se establece la diferenciación con el resto, a los que considera domiciliados o transeúntes<sup>17</sup>, y a lo que dedica la mayor parte de su atención el Real Decreto.

Por extranjeros domiciliados<sup>18</sup> el Real decreto entiende que son aquellos que, con el pertinente permiso de la Autoridad superior civil provincial<sup>19</sup>, reúnan los siguientes requisitos:

<sup>16</sup> Art. 2º. Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza, ó ganado vecindad con arreglo á las leyes, son tenidos por españoles.

<sup>17</sup> Art. 3º. Todos los demás que residan en España sin haber adquirido carta de naturaleza, ni ganado vecindad, son extranjeros domiciliados ó transeúntes.

<sup>18</sup> Art. 4º Se entenderán domiciliados para los efectos legales aquellos que se hallen establecidos con casa abierta, ó residencia fija ó

- Llevar establecidos al menos durante tres años bien con casa abierta, bien con residencia fija o prolongada.
- Gozar de bienes propios o industria, así como de medios de vida conocidos en España

Mientras que por transeúntes se entiende aquellos extranjeros que no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 4º, pero que, sin embargo sí que gozan del correspondiente permiso y se han inscrito convenientemente en los registros establecidos al efecto por las autoridades civiles provinciales<sup>20</sup>, cuya competencia no sólo reside en el hecho de llevar el censo o matrícula de extranjeros, sino la calidad de éstos, debiendo renovarse la inscripción en el caso de cambio de condición de transeúnte a domiciliado<sup>21</sup>. Para el resto de casos no se contempla reconocimiento alguno:

Art. 12. No tendrán derecho á ser considerados como extranjeros en ningun concepto legal, aquellos que no se hallen inscritos en la clase de transeúntes ó domiciliados en las matrículas de los Gobiernos de las provincias y de los Cónsules respectivos de sus naciones.

Así las cosas, aquellos extranjeros que no estén domiciliados durante al menos tres años, no siempre serán transeúntes, como dice el artículo 5, sino que para ser considerado tal, ha de reunir una serie de requisitos tales como:

- Presentarse con el pasaporte visado en el primer puerto o pueblo español al que llegue.
- Matricularse en su respectivo Consulado (ha de entenderse, si lo hubiere, pues de no ser así nos encontraríamos ante el supuesto del artículo 12).
- Pero el caso es que para ser reconocido como tal, no basta con estar inscrito en ambas instancias, sino que los datos han de conformarse y cotejarse anualmente.

En el caso de que no exista dicha conformidad, se aplica el artículo 12. Esto es, no son considerados extranjeros en ningún concepto legal, entonces ¿qué son considerados? ¿qué se les aplica?. El artículo 13 del Real Decreto de extranjería no deja lugar a dudas: Multa y Expulsión del territorio español<sup>22</sup>. Pero no sólo en los casos en que no reúna dichos requisitos se prevé la expulsión de los extranjeros, también en aquellos en que el extranjero llegue sin pasaporte, bien sea porque se le da por vago ya por el hecho de buscar *"auxilio contra los procedimientos de sus Jueces naturales"*<sup>23</sup>; ya sea porque llegan en grupos, o sus cuerpos<sup>24</sup>; sin olvidar la posibilidad que tiene de ser detenido quien desobedezca la orden de expulsión, sin que el cumplimiento de la pena impida la ejecución posterior de dicha expulsión del territorio nacional<sup>25</sup>.

Claro que el Real Decreto de extranjería regula no sólo quiénes son y cómo se trata a quiénes no son, sino el elenco de derechos y obligaciones de que gozan y están sujetos los domiciliados y transeúntes, por ejemplo entre los primeros destacan la libertad de movimientos (artículo 17), la libertad de adquisición de bienes inmuebles, de ejercicio de industria y de participar en las empresas que no estén reservadas por la legislación a los españoles (art. 18), aquella libertad de ejercicio del comercio al mayor y por menor a los domiciliados (art. 19) y al por mayor a los transeúntes (art. 20), así como el derecho a disfrutar de los aprovechamientos de comunes del pueblo (art. 19).

En cuanto a las obligaciones, destacan las recogidas en los artículos 22 y 23, esencialmente de carácter fiscal, pues en el artículo 24 se regula la exención del servicio militar y en el 25 la prohibición de profesar religión distinta de la católica, así como la de obtener beneficios eclesiásticos (artículo 26), ni participar de derechos

prolongada por tres años, y bienes propios ó industria y modo de vivir conocido en territorio de la Monarquía, con el permiso de la Autoridad superior civil de la provincia.

<sup>19</sup> Conforme lo dispone el artículo 8º, en el que se dispone que "El extranjero transeunte que desee domiciliarse, deberá solicitar la correspondiente licencia de la Autoridad superior civil de la provincia, haciendo constar que reúne las circunstancias prevenidas en el art. 4º"

<sup>20</sup> Art. 5º. Se considerarán transeutes los extranjeros que no tengan su residencia fija en el reino del modo que expresa el artículo anterior.

<sup>21</sup> Art. 12º. § 2. Las inscripciones se renovarán en el caso de pasar el extranjero de la clase de transeunte á la de domiciliado.

<sup>22</sup> Art. 13º. El extranjero que en contravención á las disposiciones que preceden se introdujese en España sin presentar el pasaporte, podrá ser castigado como desobediente á la Autoridad con la multa de ciento á mil reales, y expulsado además del territorio español si el Gobierno así lo determinase en vista de lo que la Autoridad civil informe por el Ministerio de la Gobernación, y se acuerde en su consecuencia por este mismo y por el Ministerio de Estado.

<sup>23</sup> Art. 14º. Cuando algun extranjero llegue a un puerto ó pueblo de la frontera sin el correspondiente pasaporte, será detenido por las Autoridades españolas, que deberán inmediatamente dar cuenta al Gobierno por el Ministerio de la Gobernación, expresando las circunstancias del extranjero, y si es vago, ó si busca auxilio contra los procedimientos de sus Jueces naturales. El Gobierno con este conocimiento, y procediendo siempre definitivamente para estos asuntos de acuerdo los ministerios de Estado y Gobernación, determinará la expulsión del extranjero, designará el punto de su residencia, ó dispondrá lo que juzgue más conveniente.

<sup>24</sup> Art. 15º Lo mismo se practicará cuando lleguen á España grupos ó cuerpos de emigrados, hasta que el Gobierno designe el punto de depósito y lo demás que juzgue conveniente, sin perjuicio de que desde luego entreguen las armas los que se hubiesen presentado armados.

<sup>25</sup> Art. 16º El extranjero que desobedezca la órden para su expulsión del reino, quedará sujeto á la pena designada en el art. 285 del Código; considerándose al efecto la desobediencia grave, y como asunto del servicio público, la órden de expulsión, sin perjuicio de que esta se lleve á efecto después de ejecutada la pena.

políticos (artículo 26), incluso municipales (artículo 27). Sin embargo en este apartado la norma no es tan taxativa, pues establece cierta excepcionalidad a la misma al permitir que renuncien expresamente "por sí y por sus hijos la exención del servicio militar, y á toda protección extraña en lo relativo al servicio de sus cargos"<sup>26</sup>.

Se trataría de una especie de una naturalización atenuada, susceptible de ejercer y ostentar derechos políticos, pero sin la requerida naturalización; una tipología de extranjero domiciliado, pero cualificado, que puede prestar servicio en armas, que ha de renunciar al Fuero de extranjería y ser juzgado como un español, con la contrapartida de poder ocupar cargos municipales y empleos en las diversas carreras del Estado.

En los artículos 30 y siguientes aparece regulado el conocido como Fuero de Extranjería, que la constitución de 1869 procuró suprimir<sup>27</sup>, como otros aspectos del Real decreto, pero que la falta de tiempo impidió acometer. Entre ellos destaca de forma muy especial todo el sistema contenido en el texto de 1852, pues establece en el artículo 25 del texto constitucional que "Todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas", lo que en la práctica representa finiquitar los requisitos establecidos para la consideración de transeúntes o domiciliados a los extranjeros, únicas figuras que podían establecerse en España y ejercitar sus profesiones o industrias de cualquier tipo, salvo aquellas que requieran de títulos oficiales expedidos por las autoridades públicas españolas. A este respecto es reseñable que lo que en la Constitución de 1869 es el artículo 25, en la de 1876 pasa a ocupar el artículo 2, dotándolo, por ende de un mayor peso en la estructura y sistemática constitucional, como sucedió, cuando la materia de la nacionalidad pasó a ocupar los primeros puestos del articulado, tras la ausencia total del mismo en Bayona y su ubicación en el artículo 5º en Cádiz.

Sin embargo la Constitución del 69 hace distinción en multitud de derechos y deberes en cuanto a si es español o extranjero, así Artículo 3.- Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención ...; Artículo 4.- Ningún español podrá ser preso sino en virtud de mandamiento de Juez competente ...; Artículo 5.- Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación ...; Artículo 6.- Ningún español podrá ser compelido a mudar de domicilio o de residencia sino en virtud de sentencia ejecutoria. Artículo 11.- Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal a quien en virtud de leyes anteriores al delito, compete el conocimiento y en la forma que éstas prescriban...y así sucesivamente. Se establecen unas bases constitucionales que circunscriben el desarrollo de la norma vigente en aquel momento y que verán su continuación en el texto de 1876, si bien, a partir de la Restauración ha sido el legislador el que ha asumido la regulación, esbozada en el texto constitucional, de la forma en que se adquiere, se conserva y se pierde la nacionalidad española. Lo hizo en el Código Civil de 1889 -en concreto en el Título I ("De los españoles y extranjeros") del Libro I ("De las personas")-, que es la norma que, desde su origen, y con mayor o menor apoyo en las Constituciones vigentes, se ha ocupado de esta materia en sus artículos 17 a 28.

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Junco, J. (2001). *Mater Dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*. Madrid: Taurus.
- Álvarez-Valdés y Valdés, M. (1992). *Extranjería en la Historia del Derecho español*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- Biglino Campos, Paloma (Coord.). (1998). *Ciudadanía y extranjería: derecho nacional y derecho*. Madrid: McGraw-Hill.
- Díez-Picazo, Luis y Guillón, Antonio. (2003). *Sistema de derecho civil. Vol I. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada persona jurídica*. 11ª ed. Madrid: Tecnos.
- Éspinar Vicente, J.M. (1994). *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*. Madrid: Civitas.
- Fernández Sarasola, Ignacio. (2007). *La Constitución de Bayona, 1808*. Madrid: Iustel.
- García Rives, M. (1929). Condición jurídica de los extranjeros en Castilla y León. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*.
- Gibert y Sánchez de la Vega, R. (1958). La condición de los extranjeros en el antiguo derecho español. *Recueils de la Société Jean Bodin, IX*.
- Marcuello Benedicto, J. I. (2007). *La Constitución de 1845*. Madrid: Iustel.
- Pérez Ledesma, M. (2010). *La Constitución de 1869*. Madrid: Iustel.

<sup>26</sup> Art. 27. Tampoco podrán los extranjeros ejercer los derechos municipales en las elecciones para los Ayuntamientos, ni obtener cargos municipales, ni empleo en las diversas carreras del Estado, si no renuncian expresamente por sí y por sus hijos la exención del servicio militar, y á toda protección extraña en lo relativo al servicio de sus cargos. Para hacer esta renuncia, que se verificará ante la Autoridad superior civil de la provincia, y de la cual se harán las anotaciones correspondientes en las matrículas respectivas, debe hallarse inscrito con antelación en la clase de extranjero domiciliado.

<sup>27</sup> Artículo 2.- Ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito.

Pro Ruiz, J. (2010). *El Estatuto Real y la Constitución de 1837*. Madrid: Iustel.

Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín. (2009). *La Constitución de 1876*. Madrid: Iustel.