

ARGÜELLES' PRELIMINARY SPEECH AT THE CONSTITUTION OF 1812 AND THE ORIGINS OF LEGAL HISTORICISM IN SPAIN

El discurso preliminar de Argüelles a la Constitución de 1812 y los orígenes del historicismo jurídico en España

Luis M. Lloredo Alix

Universidad Autónoma de Chile

Fecha recepción 26.09.2013 | Fecha aceptación 14.01.2014

Resumen

Generalmente, la filosofía y la historia del derecho circunscriben el historicismo jurídico español a la Escuela jurídica catalana, que habría asumido dicha orientación como mecanismo para defender la pervivencia de su derecho foral a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Se suele decir, además, que el historicismo jurídico penetró en España gracias a la importación de las doctrinas de la Escuela histórica alemana, especialmente a través de su figura más representativa, Friedrich Carl von Savigny. Aquí queremos proponer, sin embargo, que la penetración de Savigny y su escuela se produjo sobre un suelo ya abonado por la concepción iushistoricista; una concepción que, como intentará demostrarse, aparece perfectamente delineada en el discurso preliminar de Agustín de Argüelles a la Constitución de Cádiz de 1812.

Palabras clave

Historicismo jurídico, Escuela histórica del derecho, Discurso preliminar, espíritu del pueblo (*Volksgeist*), derecho foral.

Summary

The traditional history and philosophy of law usually associates Spanish legal historicism with the Catalan Law School, which would have adopted this orientation as an intellectual tool to defend the existence of its "Foral Law" (Regional non-Castilian Law), particularly from the latter half of the 19th century. Likewise, it is accepted that legal historicism entered Spain via the German Historical School, particularly through its main advocate, Friedrich Carl von Savigny. In this paper, however, we will argue that Savigny and his School fell on fertile ground as legal historicism had already penetrated the topsoil. We will show how this historicist conception is outlined in the preliminary speech at the Constitution of Cádiz by Agustín de Argüelles.

Key words

Legal historicism, Historical School of Law, preliminary speech, spirit of the people (*Volksgeist*), foral law.

*«He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país»
(Ferdinand Lassalle, ¿Qué es una Constitución?)¹*

1. INTRODUCCIÓN

La ciencia jurídica española del siglo XIX puede dividirse en dos etapas bastante bien diferenciadas. En la primera, que cubre toda la primera mitad de la centuria, los debates están marcados aún por la atmósfera del siglo XVIII y traen causa de problemas ya planteados durante el periodo de la Ilustración. Los nombres que encontramos en los tratados de los juristas españoles son los clásicos del iusnaturalismo racionalista –como Pufendorf, Heinecio, Grocio, Vattel–, los representantes arquetípicos de la Ilustración francesa –Montesquieu, Rousseau–, o algunos exponentes del pensamiento inglés como Locke, Blackstone o Jeremy Bentham². En líneas generales, la gran cuestión a debatir es la del constitucionalismo, una reverberación de las revoluciones liberales de finales del XVIII en Francia y Estados Unidos, cuyo reflejo en España es la Constitución gaditana de 1812, con todas sus polémicas doctrinales, sus precedentes y su trastabillante historia ulterior: dos años de vigencia entre 1812 y 1814, otros tres entre 1820 y 1823 y unos breves fogonazos en los reinos de Piamonte y de las dos Sicilias.

También con carácter general, y pese al peligro de todas las generalizaciones, las influencias que recibe la ciencia jurídica española son esencialmente francesas. Incluso en el caso de Bentham, que gozó de un enorme predicamento en la Universidad de Salamanca y que desempeñó un papel muy activo en las labores de la codificación penal –escribió profusamente sobre cuestiones españolas y a él le debemos *Siete cartas sobre el código penal* dirigidas al Conde de Toreno, o *Ensayos sobre la política de España*, dos obras en las que se expresa sobre los temas más candentes del debate jurídico de la primera mitad del siglo³– podríamos decir que el meollo de su éxito en España se debió a la orientación iluminista de su planteamiento: el racionalismo a machamartillo, la fe en la ley como instrumento de cambio social, el liberalismo político, la crítica a los rigores del derecho penal y procesal del Antiguo Régimen, etc. De hecho, podría aventurarse la hipótesis de que buena parte de la fama de Bentham en nuestro país se debe a que sirvió como correa de transmisión entre las ideas ilustradas de corte francés y la ciencia jurídica española. Téngase en cuenta que, en el

contexto de la guerra de ocupación por la que atravesaba España, cualquier sombra de afrancesamiento era vista con suspicacia. En este sentido, un autor como Bentham, que había labrado su fama en tierras galas, y cuyas ideas cuadraban mal con la cultura del *common law* inglés –más historicista y apegada a la tradición⁴– pudo hacer entrar en España el espíritu legalista, racionalista y codificador de estirpe francesa, sin por ello levantar las sospechas que sin duda habrían atraído otros autores.

Sin embargo, las cosas cambian hacia mitad de la centuria. El foco de atención sobre la Constitución cede en pro del debate sobre la codificación, que cobrará auge a partir del último tercio de siglo; la influencia francesa se sustituye paulatinamente por el influjo germánico⁵; y la penetración de ideas típicamente decimonónicas, derivadas del positivismo o el darwinismo, va poco a poco mutando la pauta de pensamiento de los juristas españoles. Esto es algo que se puede comprobar en el peso que adquiere el krausismo en la vida intelectual en España –consecuencia del regreso de Julián Sanz del Río de su viaje de estudios a Alemania, en 1854–, pero también en la dificultosa entrada del positivismo que tuvo lugar a partir de la inflexión promovida por algunos jóvenes juristas como Adolfo G. Posada, Urbano González Serrano, Pedro Dorado Montero o Adolfo Álvarez Buylla, que trataron de renovar algunos principios del krausismo original legado por Giner⁶. En el plano estrictamente jurídico, el cambio de orientación hacia el modelo germánico aparece sellado en el prefacio al primer número de la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, probablemente la sede del debate jurídico más relevante de todo el siglo⁷: «los objetivos de la revista son: familiarizar en lo posible a los lectores con las producciones periódicas de los sabios extranjeros, hacerles conocer los incesantes y profundos trabajos de la pensadora Alemania, señalar la progresiva marcha que sigue ese movimiento intelectual que, partiendo del otro lado del Rhin, va inculcándose poco a poco en las demás naciones del continente, y suplir por este medio el gran vacío que se notaba en las publicaciones jurídicas de nuestra península»⁸.

Así las cosas, de acuerdo con la tesis de Juan José Gil Cremades, las tres grandes orientaciones que delimitan la ciencia y la filosofía jurídicas de la segunda mitad del XIX son tres: el neotomismo, en el que se ve representado el conservadurismo católico y monárquico; el krausismo, en el que confluyen todos los intelectuales de tendencias políticas liberales y social-reformistas; y la Escuela histórica del derecho, a cuyo regazo acuden las corrientes regionalistas y nacionalistas que, sobre todo a partir del último tercio del siglo, pugnan por el mantenimiento de los derechos forales frente a los deseos de uniformización de la codificación civil. En este último caso, será la Escuela jurídica catalana quien lleve la voz cantante⁹. Salvo en el caso del neotomismo tradicionalista, el influjo germano se palpa con bastante claridad. Al retablo ofrecido por Gil Cremades se le podrían añadir dos puntualizaciones. La primera tiene que ver con el positivismo y con lo que ya anunciábamos antes al respecto: pese a que la introducción de éste fue tardía y estuvo lastrada por no pocos problemas –la compatibilidad del darwinismo y otras corrientes positivistas fue sometida a unos ásperos debates en el Ateneo de Madrid en 1975¹⁰– puede constatarse una relevante penetración del mismo a partir de los años setenta y ochenta. La segunda tiene que ver con el hegelismo: aunque el peso de éste no fue grande entre nosotros –probablemente eclipsado por la omnipresente influencia del krausismo¹¹– merece destacarse la existencia de un grupo hegeliano

en la Universidad de Sevilla, personificado especialmente en las figuras de Antonio Benítez de Lugo y de Antonio María Fabié¹².

Ahora bien, pese a esta imagen global de las corrientes del pensamiento jurídico decimonónico en España, hay un factor que suele pasar desapercibido o que es relegado a un segundo plano: el del historicismo. Cuando hablamos de historicismo jurídico, casi siempre pensamos en la Escuela histórica alemana, encabezada por Friedrich Carl von Savigny y continuada por seguidores como Georg Friedrich Puchta, el primer Rudolf von Jhering o Bernhard Windscheid. Y no sin razón: fue ciertamente esta escuela la que trasladó con más vehemencia los presupuestos culturales del historicismo al mundo de la ciencia jurídica¹³. Al haber entablado el duro debate contra la creación de un código, como hizo Savigny a principios de siglo en su polémica con Thibaut, generó un hito de carácter cuasi mítico para todas aquellas tendencias que, en Alemania o en otros países –ceranos y no tan cercanos– combatían las tendencias codificadoras y legisladoras a la francesa, como imposición desde arriba y sin respeto de las tradiciones o las costumbres locales. En este sentido, valga señalar el curioso ejemplo de la recepción de Savigny en el ámbito anglosajón, pues precisamente fue en las colonias de la India donde se tradujo su obra magna y donde sus ideas fructificaron con más celeridad¹⁴. Y valga citar el caso, pertinente a nuestros efectos, de que fue en Cataluña donde el pensamiento de Savigny alcanzó mayor predicamento¹⁵.

Sin embargo, y aquí es donde queremos incidir, el historicismo jurídico no es ni mucho menos patrimonio de la Escuela histórica alemana. De hecho, como pretendemos mostrar a continuación, en el «Discurso Preliminar» que Argüelles redactó a la Constitución de 1812 se puede percibir una clara argumentación iushistoricista, que además tendrá una relevancia capital para justificar muchas reformas introducidas en dicho texto constitucional. Desde este punto de vista, sostendremos que el historicismo constituía una base del pensamiento jurídico español mucho antes de la llegada de Savigny a nuestro país y que, en ese sentido, el historicismo tampoco era patrimonio de los juristas catalanes: lo hallamos en los debates constitucionales de Cádiz y lo volveremos a encontrar en muchos otros autores que, de forma mediata o inmediata, dialogaron con el texto gaditano. Así, por ejemplo, en Joaquín Costa, o en la llamada escuela histórica madrileña¹⁶, o incluso en la Escuela jurídica catalana: por mucho que ésta se cobijara en el prestigio científico cosechado por Savigny a escala internacional, las bases de la mentalidad historicista ya habían sido incoadas antes de su recepción: «Durán y Bas salvó esta situación [de sometimiento] con un verdadero prodigio, amparándose en una doctrina entonces en boga y con prestigio universal, como la escuela histórica, para cubrir el derecho catalán con una vestidura científica y con el pararrayos del historicismo». Y así, continuaba Camps, «por obra y gracia de Durán el derecho catalán pudo redimirse del complejo de inferioridad que le afligía, mitigar el pesimismo de algunos ilustres juristas catalanes y enfrentarse con la petulancia y el desdén de los uniformistas irreductibles»¹⁷.

2. EL DISCURSO PRELIMINAR DE ARGÜELLES

El discurso preliminar de Argüelles es una verdadera joya de la prosa jurídica: escrito con un espíritu pragmático que se respira desde la primera hasta la última frase, sin concesiones a la

retórica hueca, pero henchido a la vez de un entusiasmo y un estilo que se dejan llevar por afanes propiamente literarios –como correspondía a lo solemne de la ocasión– constituye un documento de obligada lectura para cualquiera que vea en el derecho algo más que leyes y códigos acartonados y sin vida. Se trata, además, de un texto lleno de recovecos y guiños a teorías, corrientes de pensamiento y autores que se hallaban en el centro de todos los debates constitucionales de la época. Y se trata, por último, de un escrito sumamente inteligente, que logró justificar todas y cada una de las renovadoras instituciones instauradas con la Constitución como si no fuesen más que la actualización de antiguas instituciones españolas, consiguiendo así un difícil equilibrio entre las distintas tendencias ideológicas que se dieron cita en los debates de las Cortes: «nada ofrece la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española, sino que se mire como nuevo el método con que ha distribuido las materias, ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de ley fundamental y constitutiva, en el que estuviese contenido con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto las leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla...»¹⁸.

En estas palabras, con las que abre el discurso preliminar, se condensan varios elementos conceptuales de interés, que nos hacen recordar al método de la Escuela histórica alemana. Lo que se propone la Comisión constituyente, en efecto, es «ordenar» y «clasificar» el material ya existente en las leyes de los antiguos reinos hispánicos, pero dotando al conjunto de «enlace», «armonía» y «concordancia», exactamente igual que hicieron los representantes de la pandectística alemana con el viejo derecho romano justiniano: ante la necesidad de adaptar el derecho romano a las circunstancias de la sociedad industrial decimonónica, se imponía una tarea de desbroce y de ordenación que hiciese del antiguo derecho itálico un instrumento apto para una sociedad que en nada se asemejaba a la de la antigua Roma¹⁹. Este equilibrio entre el enfoque histórico y el punto de vista sistemático –enlace, armonía, concordancia– es una de las tensiones más lacerantes de la Escuela histórica alemana y, sin embargo, absolutamente necesaria: mientras que con el historicismo se dotaban de un boato propagandístico que pretendía estar salvaguardando las normas y costumbres ancestrales, de forma respetuosa con los derechos locales y el derecho consuetudinario, con el método sistemático se reconducía ese derecho popular a las necesidades de la aristocracia y la alta burguesía. Se trataba, pues, de un eficaz aparato de legitimación²⁰.

En el caso de Argüelles, el recurso a la historia es igualmente engañoso: como un hábil trillero, el jurista asturiano nos quiere hacer creer que principios tan radicalmente innovadores como la soberanía nacional, la separación de poderes o la libertad de prensa no eran sino actualizaciones de un pasado legendario que España habría vivido durante la época visigoda: «cuando la Comisión dice que en su proyecto no hay nada nuevo, dice una verdad incontestable, porque realmente no lo hay en la sustancia. Los españoles fueron en tiempo de los godos una Nación libre e independiente»²¹. Y por si acaso, consciente de la treta empleada, advierte desde el principio contra aquellos que, «poco versados en la historia y legislación antigua de España, creerán tal vez tomado de naciones extrañas, o introducido por el prurito de la reforma, todo lo que no ha estado en uso de algunos siglos a esta parte, o lo que se oponga al sistema de gobierno adoptado entre nosotros después de la guerra de sucesión. La Comis-

ión recuerda con dolor el velo que ha cubierto en los últimos reinados la importante historia de nuestras Cortes [...]. La lamentable ignorancia de nuestras cosas, que se advierte entre no pocos que tachan de forastero y miran como peligroso y subversivo lo que no es más que la narración sencilla de hechos históricos»²². Y a continuación, refiriéndose al Fuero Juzgo y otras instituciones medievales, sostiene Argüelles que la elegibilidad del monarca, la rendición de cuentas y la soberanía nacional se encontraban ya en los antiguos fueros, en especial en el de Aragón²³.

No obstante, el problema con el que se topa toda argumentación historicista es el del criterio con el que se han de seleccionar los hechos del pasado. No en vano, en la historia pueden encontrarse todo tipo de instituciones –buenas o malas dependiendo del punto de vista de cada cual– de manera que, en función de dicho criterio, se adoptarán unos elementos y se rechazarán otros. Por eso, después del elogio de las antiguas leyes, Argüelles sale al paso del problema y recupera la perspectiva sistemática que citábamos antes. En su opinión, era necesario «entresacar con gran cuidado y diligencia» las leyes «puramente fundamentales y constitutivas» de entre todos los preceptos que andaban «dispersos y mezclados»²⁴. Y el criterio que debe mediar esa labor de ordenación y sistematización, según Argüelles, tenía que pasar por escrutar en «la opinión general de la Nación», penetrándose «no del tenor de las citadas leyes, sino de su índole y espíritu»²⁵. Con esta batería de conceptos llegamos a un punto nodal del «Discurso preliminar», en el que se ponen claramente de manifiesto las influencias doctrinales de los constituyentes gaditanos: «la opinión general de la Nación» es una reformulación de la noción de «espíritu general de la nación» que se encuentra en *El espíritu de las leyes* de Montesquieu²⁶, mientras que la referencia a la «índole» de la nación es una clara referencia al concepto de *indoles populi*, que ya se hallaba en algunos representantes del iusnaturalismo racionalista²⁷. Todos éstos, que son precedentes del célebre concepto del *Volksgeist* (el espíritu del pueblo) al que nos solemos referir cuando hablamos de la Escuela histórica alemana –aunque en realidad Savigny nunca usó dicha expresión²⁸–, ya se pueden percibir en el historicismo de Argüelles.

La influencia de Montesquieu y de otros autores como Bodino se palpa también en el determinismo climático que caracterizaba al *Espíritu de las leyes* o los *Seis libros de la República* de Bodino: la creencia de que las leyes de cada pueblo dependen del clima, que moldea el carácter y las costumbres de éste y que, por tanto, se traslada a su cultura jurídica. Así se expresaba Argüelles al respecto: «los principios generales sobre los que han de estar fundadas las leyes civiles y de comercio no pueden estorbar ciertas modificaciones que habrán de requerir necesariamente la diferencia de tantos climas como comprende la inmensa extensión del Imperio español y la prodigiosa variedad de sus territorios y productos»²⁹. Y por último, aunque sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse los numerosos momentos en que Argüelles se refiere de manera despectiva a los filósofos, las abstracciones, etcétera: «las reglas... que han de guiar a las Cortes sucesivas en la formación y reforma del código criminal, se recomiendan por sí mismas. No son teorías ni seductoras ilusiones de filósofos aislados o novadores»³⁰; «sin lanzarse la Comisión en conjeturas risueñas, ni dejarse seducir de prestigios filosóficos...»³¹; «del examen de estas tres distintas operaciones, y no de ninguna otra idea metafísica, ha nacido la distribución que han hecho los políticos de la autoridad soberana de una Nación, dividiendo su ejercicio en potestad

legislativa, ejecutiva y judicial»³². Todas estas alusiones, que parecen revelar una cierta militancia anti-filosófica, son también coincidentes con la retórica historicista más característica.

Ahora bien, este tipo de argumentación historicista se percibe en muchos otros momentos del proceso constituyente, no sólo en el discurso de Argüelles. Es sabido que los debates de la Comisión fueron intensos y que se enzarzaron hasta «en cada una de las letras y en los puntos de separación de las palabras», por utilizar la frase despectiva que en su momento había dirigido Cicerón a los juristas³³. Hasta tal punto fue así que, por poner un ejemplo ilustrativo, hubo un fuerte debate respecto al término «bienestar», del preámbulo: dadas las reminiscencias eudemonistas y utilitaristas que dicha palabra tenía, el sector católico no cejó hasta que se sustituyó por la más concorde con la moral católica de «bien»³⁴. Pues bien, en la mayoría de estos casos, la estrategia argumentativa de los liberales fue historicista. Cuando se debatió sobre la mención a la Santísima Trinidad del Preámbulo, por ejemplo, los diputados del sector conservador quisieron incluir otros elementos del credo católico: una mención expresa a Jesucristo, la alusión a un símbolo de fe que los niños debieran leer en las escuelas o, en general, una redacción más solemne y firme en la adhesión al catolicismo. Ante dichas arremetidas, el argumento de Muñoz Torrero, uno de los representantes destacados del sector liberal, simplemente arguyó que el proyecto había recogido la formulación histórica de las Cortes³⁵. Y otro tanto ocurrió, por poner un último ejemplo, con la configuración de las Cortes sin brazos o estamentos: ante las tesis reaccionarias, que deseaban mantener el sistema estamental, Argüelles replicó que en realidad nunca habían existido Cámaras en la tradición constitucional española³⁶.

En resumidas cuentas, los objetivos de la argumentación historicista eran dos: por un lado, disfrazar la radicalidad de las reformas emprendidas con el ropaje de una pretendida antigüedad, que supuestamente enlazaba con la idiosincrasia profunda de la nación española; por otro lado, evitar las posibles acusaciones de afrancesamiento que pudieran surgir si se establecía una ligazón demasiado directa entre los principios constitucionales gaditanos y los ideólogos de la Ilustración francesa. En ambos casos, por lo tanto, se trataría de hacer más «digeribles» las reformas, siendo conscientes de las posibilidades, pero también de las limitaciones, que tenía aquella España.

3. EL HISTORICISMO JURÍDICO EN ESPAÑA

Así las cosas, y como se anunciaba en la introducción, parece más que razonable admitir la existencia de un historicismo anterior a la introducción de la Escuela histórica alemana. De hecho, podría sostenerse que la importación del pensamiento de Savigny no fue sino un fenómeno capilar, que vino a apuntalar convicciones previas y que dotó a éstas de mayor prestigio, pero que no innovó de forma sustancial la mentalidad jurídica española. Dicho esto, parece imperativo hacerse dos preguntas, la primera mirando al pasado y la segunda mirando al futuro.

La primera tendría que ver con las fuentes de ese historicismo genuinamente español: ¿si no viene de las corrientes románticas europeas, de dónde procede? Desde el punto de vista jurídico, se trata de un tema apenas estudiado de manera sistemática, si exceptuamos la tesis

inédita de Rodrigo Fernández-Carvajal, leída en 1955 con el título «El historicismo jurídico en España (1700-1850)»³⁷. En esta obra, Fernández Carvajal identifica varios autores del siglo XVIII español que habrían sentado las bases de ese historicismo que fructificaría más tarde en Cádiz: Juan Lucas Cortés, el Padre Burriel, el Conde de Campomanes, Juan Pablo Forner, Melchor de Jovellanos, Francisco Martínez Marina, Juan Sempere y Pedro José Pidal. De todos estos autores nos interesa destacar las figuras de Campomanes, Jovellanos y Martínez Marina, porque todos ellos son de procedencia asturiana, al igual que Argüelles y que el Conde de Toreno³⁸. Aunque no es posible detenerse aquí en las particularidades del historicismo de estos autores, cada uno diverso del otro en gran medida –nótese que Jovellanos también participó en los debates de las Cortes constituyentes, pero con tesis más moderadas que las de liberales como Argüelles o Toreno– me parece suficientemente significativa la procedencia de muchos de ellos, por cuanto ello no pudo dejar de influir en el ulterior pensamiento de Argüelles o Toreno, que de algún modo reflejarían la mentalidad historicista ya cosechada por sus predecesores. En este sentido, el papel de Campomanes para el historicismo jurídico es fundamental, puesto que en él encontramos la primera apelación seria a que los juristas se embeban de método histórico³⁹; una orientación que, influidos por éste, seguirán Martínez Marina y más tarde Argüelles o Toreno. Por otra parte, es también significativa la continuidad que cabe sugerir entre este «historicismo asturiano» y el «movimiento ovetense» –también llamado krausoinstitucionismo asturiano⁴⁰– que despunta hacia los años setenta del siglo XIX como derivación del krausismo gineriano. No por casualidad, el rasgo distintivo del grupo ovetense –Adolfo Posada, Álvarez Buylla, Rafael Altamira, Leopoldo Alas, etc.– fue una mayor sensibilidad hacia las consideraciones históricas y sociológicas.

La segunda pregunta que cabe plantearse ya no tiene que ver con las fuentes del historicismo que queda cristalizado en el texto gaditano y en sus debates previos, sino con las perspectivas que éste abre para el historicismo jurídico español. En este sentido, creo que cabe identificar al menos dos orientaciones interesantes. La primera se refiere a Joaquín Costa y la segunda a Eduardo de Hinojosa y su escuela. El pensamiento de Costa ha sido especialmente controvertido en la historiografía española, sobre todo a raíz de la tesis de Tierno Galván –que lo llegaba a tildar de profascista⁴¹– por causa de sus derivadas proclives al autoritarismo: la idea del cirujano de hierro. Sin embargo, creo que hoy debe afrontarse en clave más serena. Haciendo una síntesis apresurada, podrían identificarse cuatro grandes influencias en Costa: tradicionalismo católico por herencia familiar, krausismo por convicción y por educación universitaria, historicismo por su faceta como defensor de los fueros aragoneses y positivismo a partir de la inflexión del krausismo a partir de los años setenta⁴². En casi todas estas vertientes puede palpase el historicismo: como fuerista, en su apología del derecho aragonés frente a la uniformidad del centralismo; como nacionalista español, en su elogio de las costumbres y en su reivindicación de figuras legendarias como el Cid Campeador⁴³, así como en su libro sobre la política y la poesía popular⁴⁴, un ensayo que se asemeja en su propósito a la orientación jurídico-literaria de Jacob Grimm en Alemania. Como crítico de la Restauración, en fin, el historicismo se percibe en la inclinación socio-jurídica de *Oligarquía y caciquismo*. En todas ellas, además, vemos en Costa una alta valoración del derecho consuetudinario, asunto al que también se dedicó de forma expresa⁴⁵. Lo que me interesa destacar es que, probablemente, el enaltecimiento del derecho aragonés

encontró un poderoso refrendo en las consideraciones que sobre él vertió Argüelles en su «Discurso preliminar». Y es que, en efecto, llama la atención la preferencia que el jurista asturiano dispensaba al derecho aragonés frente a los demás fueros: a su juicio, «Aragón fue en todas sus instituciones más libre que Castilla»⁴⁶ y es menester tener en cuenta a los juristas aragoneses, «que tanto se aventajan a los de Castilla»⁴⁷. Me parece que esa loa de la libertad civil aragonesa, que puede sentirse en numerosos lugares del escrito de Argüelles, no pudo dejar indiferente al joven Costa⁴⁸.

Y en segundo lugar, como se apuntaba en el párrafo anterior, otra de las sendas que dejó abierta el historicismo del discurso de Argüelles y de la Constitución gaditana tiene que ver con el historiador del derecho Eduardo de Hinojosa. Eduardo de Hinojosa es especialmente célebre por la fundación del Centro de Estudios Históricos en 1910 (al amparo de la Institución Libre de Enseñanza), una entidad que cumpliría una labor de investigación verdaderamente encomiable –continuada por su famoso discípulo Claudio Sánchez Albornoz⁴⁹– pero también por la publicación de un libro que estaría llamado a ser pionero en la historiografía jurídica española: *El elemento germánico en el derecho español*⁵⁰. En este librito, del que siempre se ha dicho que es traslación del método de la escuela histórica alemana a España, Hinojosa trataba de redirigir la historiografía hispana hacia la consideración del derecho visigodo: había que transitar de una tendencia obsesivamente circunscrita al estudio de las raíces latinas de nuestro derecho, hasta una revalorización de la herencia visigoda, tradicionalmente postergada o completamente ignorada por la historiografía canónica. En este propósito, que sin duda bebía de las contribuciones de la pandectística alemana y de su ala germanista en particular, también me parece detectar los ecos de la Constitución gaditana y de Argüelles. No en vano, como ya decía antes, el asturiano pretendió reconstruir una hipotética comunidad libre en la era de los visigodos. Aunque semejante percepción estaba muy lejos de ser cierta, parece innegable que la mentalidad historicista que se destilaba de este planteamiento contribuiría a rehabilitar fases de nuestra historia que hasta entonces habían estado condenadas a un segundo plano.

Así pues, en resumen, creo que el discurso preliminar de Argüelles encierra claves de gran interés para revisar la idea que habitualmente tenemos del historicismo jurídico en España. Lejos de ser una corriente foránea, se trata de un fondo que entronca con la Ilustración y que se desarrolla de forma autónoma hasta bien entrado el siglo XIX. Más tarde, con el advenimiento de corrientes europeas como la de Savigny y sus discípulos, este historicismo se fortalece y adquiere nuevas formas, especialmente a raíz de las discusiones sobre la codificación civil y la reivindicación de los fueros en el País Vasco, Cataluña o Aragón, entre otros. Sin embargo, las ideas de Savigny llegan a un suelo bien abonado previamente. Las ideas manifestadas por Argüelles en su discurso, como esperamos haber mostrado, dan buena cuenta de ello.

Notas

1. F. Lassalle, *¿Qué es una Constitución?* [1862], trad. de Wenceslao Roces, introd. de Franz Mehring, Ediciones Júcar, Madrid 1978, p. 40.
2. J. Varela Suanzes-Carpegna, «La Constitución de Cádiz y el liberalismo español del siglo XIX», en E. García Monerris y C. García Monerris (Eds.), *Guerra, Revolución, Constitución (1808-2008)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia 2012, pp. 269-333.
3. Vid. A.-E., Pérez Luño, «Jeremy Bentham: su influjo en la Universidad de Salamanca y en la cultura jurídica española del siglo XIX», en Id., *Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla*, coord. por Rafael González-Tablas Sastre, Universidad de Sevilla, Sevilla 2009.
4. G. Radbruch, *El espíritu del derecho inglés*, anotaciones y epílogo de Heinrich Scholler, trad. de Juan Carlos Peg Ros, estudio preliminar de Miguel Ayuso, Marcial Pons, Madrid y Barcelona 2001.
5. Vid. F. Sánchez Román, *La codificación civil en España en sus dos periodos de preparación y consumación. Estado del derecho civil de España, común y foral antes y después de la promulgación del código civil*, Rivadeneyra, Madrid 1890, pp. 21 y ss.
6. Esto es lo que Posada denominó «krausopositivismo» (Vid. A. Posada, «Los fundamentos psicológicos de la educación según el Sr. González Serrano», en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, 1892. Vid. al respecto A. Jiménez García, «El krausopositivismo psicológico y sociológico en la obra de Urbano González Serrano», en *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, nº 10, Editorial Complutense, Madrid, 1993; vid. también E. Fernández García, *Marxismo y positivismo en el socialismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981, pp. 57-60). El krausopositivismo en sí sería un oxímoron, ya que las ideas armonistas, iusnaturalistas, idealistas y moralizantes del krausismo no parecen conciliarse con el conflictualismo, el estatalismo y el legalismo característicos del positivismo. No obstante, la conjunción se explica por el hecho de que el krausismo de Giner era una corriente sumamente lábil, que no tenía que ver con un catálogo de dogmas o de ideas inamovibles, sino más bien con un conjunto de actitudes científicas y personales: liberalismo en lo político, reformista en lo social y tolerante en lo intelectual. Como dijo el propio Posada, el krausismo fue «un movimiento más que de escuela, de tendencia, o bien de escuela, si ésta no se traduce en la elaboración de una dogmática construida, o de unos cánones, y se limita a ser una común orientación de pensamiento, y una manera de considerar los problemas del pensar y del vivir» (Vid. A. Posada, «Don Francisco», en Id., *España en crisis*, Caro Raggio, Madrid 1923, p. 174).

7. C. Petit, «Revistas españolas y legislación extranjera. El hueco del derecho comparado», en M. Stolleis und Th. Simon (Eds.), *Juristischen Zeitschriften in Europa*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2006, pp. 417-489.
8. I. Miquel y J. Reus, «Introducción», en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 1, 1853, p. 1.
9. J. J. Gil Cremades, *El reformismo español. Krausismo, Escuela Histórica, Neotomismo*, Ariel, Barcelona 1969, pp. 5-14; J. J. Gil Cremades, «Krausistas, catalanistas y católicos», en Id., *Krausistas y liberales*, Seminarios y Ediciones, Madrid 1975, pp. 11-19.
10. D. Núñez, *El darwinismo en España*, Castalia, Madrid 1977.
11. E. Díaz, *La filosofía social del krausismo español*, Fernando Torres, Valencia 1983, pp. 15-37.
12. J. I. Lacasta Zabalza, *Hegel en España. Un estudio sobre la mentalidad social del hegelismo hispánico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984; J. R. García Cue, *El hegelismo en la Universidad de Sevilla*, Diputación Provincial de Sevilla, Sevilla 1983.
13. Vid. F. Contreras Peláez, *Savigny y el historicismo jurídico*, pról. de Antonio-Enrique Pérez Luño, Tecnos, Madrid 2005.
14. F. C. von Savigny, *System of the Modern Roman Law*, transl. by the German from William Holloway, J. Higginbotham Publisher, Madras (India) 1867.
15. Vid. J. Vallet de Goytisolo, «Cotejo con la escuela histórica de Savigny», en *Revista jurídica de Cataluña*, nº 78, 1979, pp. 591-639; nº 79, 1980, pp. 7-48.
16. Vid. J. M. López Sánchez, «La escuela histórica del derecho madrileña. Eduardo e Hinojosa y Claudio Sánchez Albornoz», en *Cuadernos de historia de España*, nº 81, 2007, pp. 165-180.
17. J. de Camps Y Arboix, *Durán y Bas*, Aedos, Barcelona 1961, pp. 111 y 115.
18. A. de Argüelles, «Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella», en *La Constitución de 1812. Edición conmemorativa del segundo centenario*, introd. de Luis López Guerra, Tecnos, Madrid 2012, pp. 37-38.
19. F. Wieacker, «Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution», en Id., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Scriptor Verlag, Kronberg 1974, pp. 55-78.
20. Vid. L. Lloredo Alix, *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson, Madrid 2012, pp. 256 y ss.
21. A. de Argüelles, «Discurso preliminar», cit., p. 48.
22. *Ibidem*, pp. 39-40.
23. *Ibidem*, pp. 41 y ss.

24. *Ibidem*, p. 47.
25. *Ibidem*, p. 49.
26. B. de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, introd. de Enrique Tierno Galván, Tecnos, Madrid 1998, p. 205.
27. Vid. J. Schröder, «Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre», en Id., *Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*, hrsg. von Thomas Finkenauer, Claes Peterson und Michael Stolleis, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, pp. 222-232. Johannes Althusius (1563-1638) hablaba del «ingenium populi», Hermann Conring (1606-1681) de «indoles populi» o de «animus populi», y Justus Henning Böhmer (1674-1749) de «genius populi», todas ellas locuciones que, de algún modo, anticipan la célebre noción del *Volksgeist*.
28. H. Kantorowicz, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, J. Bensheimer Verlag, Mannheim 1925.
29. A. de Argüelles, «Discurso preliminar», cit., p. 79.
30. *Ibidem*, p. 89.
31. *Ibidem*, p. 66.
32. *Ibidem*, p. 50.
33. M. T. Cicerón, *En defensa de Lucio Murena*, en Id., *Discursos V*, trad., introd. y notas de Jesús Aspa Cereza, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid 1995, p. 421.
34. A. Fernández García, «Introducción» a *La Constitución de Cádiz (1812)*, ed., introd. y notas de Antonio Fernández García, Castalia, Madrid 2000, p. 31.
35. J. L. Comellas, «Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812», en *Revista de Estudios Políticos*, nº 126, 1962, pp. 69-112.
36. A. Fernández García, «Introducción», cit., p. 33.
37. R. Fernández Carvajal, *El historicismo jurídico en España (1700-1850)*, tesis inédita, Universidad de Madrid, 1955.
38. Vid. J. Varela Suanzes-Carpegna, *Asturianos en la política española. Pensamiento y acción*, KRK Ediciones, Oviedo 2006.
39. R. Fernández Carvajal, *El historicismo jurídico en España (1700-1850)*, cit., pp. 80 ss.
40. Vid. G. H. Prado, *El grupo de Oviedo en la historiografía y la controvertida memoria del krausoinstitucionismo asturiano. Aportes para un postergado debate*, KRK Ediciones, Oviedo 2008.
41. Vid. E. Tierno Galván, *Costa y el regeneracionismo*, Editorial Barna, Barcelona 1961.
42. Vid. R. Pérez de la Dehesa, *El pensamiento de Costa y su influencia en el 98*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1966; N. M. López Calera, «Prólogo» a J. Costa, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Comares, Granada 2000, pp. VII-X.

43. J. Costa, «El programa político del Cid Campeador» [1885], en Id., *Oligarquía y caciquismo, Colectivismo agrario y otros escritos (Antología)*, ed. y prólogo de Rafael Pérez de la Dehesa, Alianza, Madrid 1967, pp. 172-174.
44. J. Costa, *Introducción a un tratado de política sacado textualmente de los refraneros, romanceros y gestas de la península*, Fernando Fé, Madrid 1888.
45. J. Costa, *La vida del derecho. Ensayo sobre el derecho consuetudinario* [1873], 2ª ed., Biblioteca Costa, Madrid 1914.
46. A. de Argüelles, «Discurso preliminar», cit., p. 42.
47. *Ibidem*, p. 40.
48. Vid. en ese sentido J. Costa, *La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid 1883.
49. J. M. López Sánchez, «La escuela histórica del derecho madrileña. Eduardo e Hinojosa y Claudio Sánchez Albornoz», en *Cuadernos de historia de España*, nº 81, 2007, pp. 165-180.
50. E. de Hinojosa, *El elemento germánico en el derecho español*, Imprenta Clásica Española, Madrid 1915.