

LAS RAÍCES ROMÁNTICAS DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO. UNA APROXIMACIÓN A LAS IDEAS DEL RACIONALISMO JURÍDICO Y DEL EMPIRISMO JURÍDICO

Aida del Carmen SAN VICENTE PARADA¹

“En el principio fue la Palabra. Ya empiezo a atascarme, ¿quién me ayudará a seguir? No puedo darle tanto valor a la Palabra. Tengo que traducirlo de otra manera. Si el Espíritu me iluminara...

Aquí dice: En el principio fue el Pensamiento. Piensa bien en esta línea, la primera; que tu pluma no se apresure. ¿Es el pensamiento el que todo lo crea y por el que todo se obra? Tal vez ponga: «En el principio fue la Fuerza». Pero ya, al escribirlo, algo me dice que no he de dejarlo así. Me ayuda el Espíritu, veo cuál es su consejo y escribo confiado: En el principio fue la Acción.”

“Fausto,” Goethe

SUMARIO

I. Introducción. II. El discurso de metamorfosis en el Fausto de Goethe: de la Edad Media a la Modernidad. III. El Romanticismo. IV. La Escuela Histórica del Derecho. V. La influencia del Romanticismo en el Neoconstitucionalismo. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de información.

RESUMEN

La Escuela Histórica del Derecho fue fuertemente influida por el Romanticismo, movimiento intelectual que sostenía que la Historia, como una serie de acciones sucesivas que culminan en épocas subjetivas u

ABSTRACT

The Historical School of Law was strongly influenced by Romanticism, intellectual movement that argued that History as a series of successive actions culminating in subjective or objective times, is the result

¹ Licenciada y Maestra en Derecho por la UNAM, con estudios en Pedagogía por la Facultad de Filosofía y Letras. Recipientaria de la Medalla Alfonso Caso 2014. Catedrática de Derecho Civil en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Maestra adscrita al Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente cursando el primer semestre del programa de Doctorado en Derecho de la UNAM.

objetivas, es producto de la acción del espíritu en el constante devenir de orden y caos. En este artículo se pretende detallar de qué manera estos postulados cobran vida en la concepción del Derecho como un fenómeno más de la cultura y de la Historia. Para comprender el ambiente intelectual que alimentó estas corrientes de pensamiento se analizará brevemente a la Modernidad.

PALABRAS CLAVE

Romanticismo. Escuela Histórica del Derecho. Cultura. Devenir histórico. Modernidad. Razón

of the action of the spirit in the constant evolution of order and chaos. This article aims to detail how these principles come alive in the conception of law as a phenomenon over culture and History. To understand the intellectual environment that fed these streams of thought will be briefly discussed to Modernity.

KEY WORDS

Romanticism. The Historical School of Law. Culture. Historical development. Modernity. Reason.

I. INTRODUCCIÓN

El Romanticismo es una corriente de pensamiento muy vasta con diversas manifestaciones en la pintura, la música y sobre todo en la literatura, su descripción y análisis en las siguientes páginas resulta escueto ante la grandeza del movimiento, no obstante el estudio más bien se encamina a entrelazar y aterrizar sus principios en la Escuela Histórica del Derecho, porque como a continuación se apreciará, el Romanticismo se encarna de una manera muy particular en esta concepción del Derecho, cuya revisión resulta muy interesante ante la oleada de Neoconstitucionalismo en donde reviven muchos de los pensamientos de esta escuela.

Para comprender el contexto del Romanticismo la primera parte del artículo está dedicada al breve análisis del nacimiento de la Modernidad en el siglo XIV hasta el siglo XIX, que recrea muchos de los pensamientos del Romanticismo. Arrancar el artículo en el nacimiento de la Modernidad obedece a que la misma hizo las veces de caldo de cultivo para el pensamiento romántico. Asimismo, es la Modernidad la que presencia el nacimiento de la Escuela Natural de Derecho y de la Escuela Histórica del Derecho, mismas que serán comparadas sutilmente con el ánimo de enriquecer la lectura y hacer patentes los contrastes entre estas dos concepciones del Derecho.

En la segunda parte del artículo se desarrollan las premisas principales del Romanticismo, toda vez que el lector ya cuenta con el marco cognitivo adecuado para ubicar históricamente al objeto de estudio. Agotado lo anterior, el artículo concluye con los postulados de la Escuela Histórica del Derecho y es en esta parte donde se evidencia la influencia del Romanticismo en la concepción del Derecho.

Resulta conveniente hacer la siguiente aclaración: si bien el fundador de la Escuela Histórica del Derecho es Savigny, el desarrollo ulterior de la Escuela estuvo a cargo de Ihering, quien en una primera etapa intelectual se dedicó de viva voz a continuar con el estudio, para desarrollar cabalmente las ideas de la Escuela se reproducen las ideas de los dos jurisconsultos. En el caso de Ihering únicamente se toman en cuenta las ideas de su obra intitulada "Del Nacimiento del Sentimiento Jurídico", que se remonta a la etapa intelectual en la que Ihering se proclamó como el fundador de la Nueva Escuela Histórica del Derecho, ya que revivió los postulados a la par de actualizarlos. De ahí la importancia de abordarlos. En las sucesivas etapas de su vida, Ihering abandonaría el pensamiento de la Escuela Histórica para fundar la Escuela de la Sociología del Derecho que se caracteriza por tener un sustrato más sociológico y psicológico; de esa época es, por ejemplo, la obra "La Lucha por el Derecho", cuyas páginas aún están impregnadas del espíritu de la Escuela Histórica, pero también de severas críticas en contra de esta Escuela a la cual calificó de visión limitada del Derecho.

El artículo está por entero dedicado a conocer el sustrato filosófico que sirve de piedra de toque para los estudios de la Escuela Histórica del Derecho, en este caso el Romanticismo que en el plano de la filosofía fructificó en el idealismo alemán, que está latente como epistemología en la construcción del objeto de estudio de la Escuela Histórica. El estudio del Romanticismo y de la Escuela Histórica Alemana resulta apasionante, porque simbolizan una nueva forma, radicalmente opuesta a la tradicional, de pensar al mundo, a la realidad y al Derecho. La Escuela Histórica del Derecho, encuentra cabida en la filosofía del Derecho, pero también en la antropología jurídica, ya que su concepción del Derecho como un producto más de la cultura inmerso en la tríada dialéctica, es un genuino estudio de antropología jurídica, rama incipiente en el Derecho pero con mucha proyección a futuro dentro del marco de la posmodernidad, que concibe al individuo, y en este caso al Derecho, como una entelequia² cultural y social, como un arquetipo.

Es menester mencionar que el presente título está inspirado en el artículo: *Evolucionismo antes de Darwin. Las Raíces Románticas*, publicado en la Revista de la Universidad de México, que llegó a mis manos por conducto de uno de sus autores, quien fue mi maestro de la asignatura corrientes filosóficas y antropología; en la parte de las fuentes de información se dan más detalles del artículo, por si resulta de interés para el lector.

² El término se utiliza en el sentido aristotélico, es decir, como el estado de perfección hacia el que se tiende, como aquella cosa que en sí misma tiende a su fin propio.

II. EL DISCURSO DE METAMORFOSIS EN EL FAUSTO DE GOETHE: DE LA EDAD MEDIA A LA MODERNIDAD

Goethe comenzó a escribir "Fausto" a la edad de 21 años, y terminó de escribirlo a la edad de 82, un año antes de su muerte, debido a lo anterior la obra se publicó de manera póstuma en cumplimiento del deseo de Goethe quien insistió en que se publicara la obra hasta después de su muerte; cabe aclarar que la idea del Fausto floreció en la mente del autor desde su niñez cuando su abuela le regaló un teatro de marionetas para navidad, y después de mucha desidia y de intensos apremios por parte de su editor y del propio Schiller³, Goethe concluyó su obra, tal vez la más profunda y enérgica.

La obra de "Fausto" puede ser vista desde diversas ópticas: como la búsqueda del conocimiento absoluto, de la esencia de las cosas, de la mano de un individuo que se siente desnudo ante la naturaleza que simboliza lo divino y lo absoluto; pasando por la idea de una naturaleza binaria que aloja al bien y al mal en el individuo. Así como la realidad cambiante, reflejada en la superación de la existencia y la búsqueda de más, de ahí que en una primera instancia Fausto busca la satisfacción del deseo carnal en Margarita y poco a poco su deseo se transforma en amor; hasta la crítica de la Modernidad. En las siguientes líneas nos ocuparemos de la concepción de la Modernidad como parte del pensamiento del romanticismo y del idealismo alemán, pues las ideas anteriormente esbozadas constituyen las premisas del pensamiento romántico como más adelante veremos.

En esa línea de pensamiento podemos afirmar que "Fausto" es la tragedia del ser humano enfrentado a la idea de del progreso de la Modernidad, de ahí que la obra maestra de Goethe inicie en el gabinete de Fausto, de aspecto medieval –representación del intelecto individual, abstracto y aislado– y culmine en el trajín del progreso, con la destrucción de la pequeña casa de Baucis y Filemón –el desarrollo conlleva destrucción y ruina de acuerdo a la idea de la Modernidad–, con el fin de integrar su existencia (simbólicamente hablando) a las organizaciones complejas y enormes que Fausto imagina, sin saber que está cavando su propia tumba, de tal suerte que en la última parte de la obra, Fausto pronuncia las siguientes palabras: "Extiéndase hasta el pie de la montaña una ciénaga que inficiona todo cuanto se ha ganado a fuerza de trabajo; desaguar también esa charca pestilente, fuera el logro supremo. A muchos millones de hombres les abro espacios donde puedan vivir, no seguros es cierto, pero sí libres y en plena actividad..."⁴

³ Sin embargo, el efecto inmediato de la muerte de Schiller fue que Goethe retomase "Fausto". Schiller lo había animado una y otra vez, a que lo hiciera, por lo que ahora se sentía en la obligación de concluirlo por amor al amigo fallecido. De todos modos, había también una opresión que venía de afuera: el tomo octavo de las obras editadas por Cotta debía contener "Fausto" terminado. Safranski, Rüdiger, *Goethe. La vida como obra de arte*, Barcelona, Tiempo de Memoria Tusquets Editores, 2016, p. 434.

⁴ Goethe, Joseph Charles, *Fausto*, 23^a. ed., Barcelona, Tiempo de Memoria Tusquets Editores, 2013, p. 257.

La obra de Goethe es una especie de Eneida que describe la migración que el ser humano realiza de la Edad Media hacia la Modernidad; es incluso la demostración de la inserción de un nuevo discurso moral⁵ que ayude a justificar la explotación del hombre por el hombre en pos del progreso, de tal manera que Fausto deja de ser un intelectual de nicho, que estudia los secretos de la vida mediante la alquimia, para ser un empresario que libera todas sus energías en aras del desarrollo.

En efecto, el culto al dinero y la tendencia a acumular los mayores beneficios constituyen un terreno abonado para que en las relaciones entre los individuos florezcan el espíritu de posesión, el egoísmo, la hipocresía, el cinismo y el individualismo exacerbado. Cada quien confía en sus propias fuerzas, desconfía de las de los demás y busca su propio bienestar, aunque haya que pasar por encima del bienestar de los demás.

Tal es la moral individualista y egoísta que responde a las relaciones sociales burguesas. Sin embargo, en tiempos ya lejanos, cuando era una clase social en ascenso y trataba de afirmar su poder económico y político frente a la caduca y decadente aristocracia feudal, la burguesía estaba interesada en mostrar –ante ella– su superioridad moral. Y, con este motivo, a los vicios de la aristocracia (desprecio por el trabajo, ocio, libertinaje de las costumbres, etc.) contraponía sus virtudes propias: laboriosidad, honradez, puritanismo, amor a la patria y a la libertad, etc...⁶

En el “Fausto”, Goethe traza las líneas cardinales donde la Modernidad situaría al ser humano, es decir, el movimiento pendular de la existencia, el constante ir y venir acelerado, donde no hay tiempo para contemplar, sino para hacer y hacer, en una realidad recargada de estímulos para ser consumida, de ahí que Mefistófeles estimule constan-

⁵ Se presenta como un código no escrito de hechos, actos, actitudes etc., que deben ser obedecidos –por eso pertenece al plano del deber ser– esto de acuerdo a la comunidad y al contexto histórico de la misma. Bajo esa tesitura, la moral es una construcción social, cultural e histórica que depende en gran medida de los medios de producción.

Por su parte la palabra ética deriva de *ethos*, la morada, que se refiere al modo de ser o el carácter que se da a través del hábito. Al ser una disciplina de contenido normativo se ocupa de reflexionar sobre las normas, de preguntarse ¿por qué debemos de seguir determinado comportamiento moral? Sin embargo la ética no prescribe ni hace normas, más bien invita a contemplar y criticar a la moral con el fin de propiciar la armonía social.

Su significado no debe confundirse con la etimología de su objeto de estudio –la moral– que viene de *mores* que significa costumbre, recordando que la costumbre en el derecho romano se formaba mediante dos elementos: la *inveterata consuetudo*, o sea la repetición del acto, y la *opinio iuris necessitatis* o sea, la opinión grupal o el consenso de que ese acto debe ser repetido como algo valioso para la sociedad, de ahí que muchas veces las buenas costumbres son consideradas como fuente del Derecho ante las lagunas de la ley o de la jurisprudencia. En este caso, la moral es la repetición de los actos porque llevar a cabo esa conducta resulta valioso y necesario para la convivencia social. Empero en este caso como tal no hay una reflexión del por qué es necesario actuar de cierta manera. Es ahí donde entra la ética, que busca generar un hábito de actuar correctamente pero de manera reflexiva y crítica.

⁶ Sánchez Vázquez, Adolfo, *Ética*, 38ª. ed., México, Grijalbo, 1996, pp. 43 y 44.

temente a Fausto para poseer más. En manos de ese demonio alemán, "Fausto" se convierte de soñador a amante y de amante pasa a ser empresario casado con la idea del progreso. Bajo esa tesitura señala Berman: desde el punto de vista de Mefisto, la mercancía más valiosa es la *velocidad*. Ante todo la *velocidad* tiene sus aplicaciones: cualquiera que desee hacer cosas grandes en el mundo necesitará moverse rápidamente alrededor y a través de él⁷.

De hecho, la representación del pequeño pueblo donde vive Margarita de estilo medieval, donde se despliega una moral más primitiva que asfixia al individuo, es una realidad que Fausto destruye como tornado, la caída de Margarita evidencia para Fausto los temores de una mujer que vive en un pasado que lo ata, en una realidad anclada a la Iglesia y a los muros de una pequeña ciudad, que aprehensivamente lo encadena a los límites de la Edad Media, donde no hay espacio para la libertad ni el deseo de ir más allá, de tal manera que ella muere en el calabozo como símbolo del despojo que la Modernidad hace a la Edad Media, ya que esa época es decadencia y destrucción para un Fausto que no desea que nada lo sujete, pues tiene hinchado el cuerpo de energías de progreso; así con remordimiento Fausto emprende su etapa de desarrollista. Y con ello rompe por completo con la moral de la Edad Media⁸, en donde no hay espacio para el individuo y su libertad para construir una nueva realidad.

En esa línea de pensamiento: los intereses de la nueva clase social, vinculados al desarrollo de la producción, y a la expresión del conocimiento, exigía mano de obra libre (y, por tanto, la liberación de los siervos), así como la desaparición de las trabas feudales para ahora crear un mercado nacional único...⁹

Fausto entonces se aboca a transformar al mundo, a fincar, a desbordar progreso para que las personas vivan en un mundo que él piensa será más justo, por eso no importa sacrificar a Filemón y a Baucis, o de entretener a la corte con la imagen inalcanzable de Elena, misma que se desvanece cuando Fausto intenta abrazarla. Nada de esto importa o trasciende en la mente de Fausto que solo busca los grandes proyectos técnicos, relegando el discurso humanista ante el paroxismo del devenir acelerado de la Modernidad. Pero esa razón instrumental exacerbada en la última parte de la obra, sería el fin de Fausto, pues a la puerta de la morada del héroe de la Modernidad tocan la escasez, la miseria, la culpa y la inquietud. En ese momento Fausto tal vez se da cuenta de que el mismo absoluto lo absorbe, como en un principio está desnudo ante la finitud de lo divino.

⁷ Berman, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la Modernidad*, 2ª. ed., México, Siglo XXI, 2011, p. 41.

⁸ La moral de la sociedad medieval respondía a sus características económico-sociales y espirituales. De acuerdo con el papel preeminente de la Iglesia en la vida espiritual de la sociedad, la moral estaba impregnada de un contenido religioso. Sánchez Vázquez, Adolfo, *op. cit.*, p. 41.

⁹ *Ibidem*, p. 42.

Hoy en día la humanidad recrea esta escena y será el Romanticismo quien esboce el cuadro completo de una realidad que desea dominar a la naturaleza, a fuerza de una razón instrumental que no comulga con el devenir de la existencia humana, que no es exponencial, porque su progreso no está asegurado y sobre todo porque no existe la idea de un progreso absoluto.

III. EL ROMANTICISMO

El Romanticismo es una corriente de pensamiento que representó una ruptura con los valores, el pensamiento y la cultura que hasta el siglo XVIII imperaban en Europa, tuvo diversas manifestaciones en la literatura, la música, la pintura¹⁰, y en el plano de la filosofía abrevó, por ejemplo, en el idealismo alemán. El Romanticismo, fecundo movimiento espiritual, creador de conciencia, se alzó como una voz crítica en contra del uso exacerbado y reduccionista de la razón que pregonaba con ahínco la Ilustración. Y si bien muchos de sus grandes exponentes tuvieron un destino trágico, la fuerza de sus pensamientos se convirtió en tierra fértil para los movimientos estéticos, culturales y filosóficos de la Modernidad del siglo XIX, como síntesis entre lo clásico y lo moderno.

El Romanticismo se desarrolla a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. El adjetivo romántico se encuentra usado ya en el inglés de fin del 600 con el significado *romanceso*, relativo al romance caballeresco medieval¹¹. En Francia la palabra se transformó en *romantique* para referirse a los parajes en ruinas de las leyendas de la Edad Media¹². Sus raíces se encuentran, en el romance caballeresco de los siglos medios en Francia, España e Italia. Y será hasta la invasión napoleónica que la palabra tome un sabor netamente germánico, ya que fue unido a la oleada de nacionalismo alemán. Más tarde con Schlegel, quien en su revista *Athenäum* (1800) define al romance como un libro romántico, indicando la supremacía de la poesía romántica¹³.

¹⁰ Es curioso que a pesar de que el Romanticismo fue un magno movimiento estético, en la arquitectura casi no tuvo presencia, es decir, brilló por su ausencia. Esto se debe a que de acuerdo al propósito de esta corriente de pensamiento, las artes que debían desarrollarse más eran la literatura, la pintura y la música porque ellas se conformaban con el espíritu, su confección implicaba menos material; y el arte como manifestación del espíritu debe prescindir de la materia para ser. La arquitectura y la escultura necesitan más materia para ser desarrollados y rompen el equilibrio entre mensaje y forma.

¹¹ Urdanoz, Teófilo, "El Romanticismo Filosófico. Origen y caracteres", *Historia de la Filosofía*, Madrid, BAC, 1975, t. IV, p. 255.

¹² Gras Balaguer, Menene, *El Romanticismo como espíritu de la Modernidad*, 2ª. ed., Barcelona, Mesinos, 1988, p. 17, <https://books.google.com.mx/books?id=gjcEqQXqLcYC&printsec=frontcover&dq=el+romanticismo&hl=es-419&sa=X&sqi=2&pf=1&ved=0ahUKEwixxaOvvbrOAhUN6mMKHe0DAtgQ6AEIGjAA#v=onepage&q=el%20romanticismo&f=false>, consultado el 17 de septiembre de 2016.

¹³ *Ibidem*, p. 256.

El Romanticismo hace del infinito el principio de la realidad, la realidad como algo infinito supone una existencia en espiral –no lineal– como un encadenamiento perenne de sucesos históricos que culminan con la explosión o paroxismo de una figura determinada para de nuevo emprender el camino sin fin¹⁴, la existencia es un péndulo que oscila entre el caos y el orden, porque el caos siempre precede al orden. Para los románticos nada es estático y la conciencia histórica resulta total, porque su entendimiento llevará a la comprensión del presente.

El discernimiento del devenir histórico sería posible poniendo en forma al sentimiento y no a la razón, como lo sostenía la Ilustración. Adentrarse en la mente del otro para comprenderlo¹⁵, mediante el diálogo (razón empática), la narración de la historia se vuelve un punto total para la comprensión de la realidad, que junto con la lucha y la acción constituyen la piedra de toque de la construcción de la realidad, de ahí que la obra de Goethe –uno de los máximos exponentes del movimiento– comience con las palabras: en el principio era la acción. Todo está en un constante cambio, en un constante devenir, en síntesis todo es acción, nada permanece estático¹⁶.

La Historia no es una serie de fechas agrupadas linealmente en orden cronológico, sino una serie de sucesos que culminan en épocas objetivas y subjetivas¹⁷, no se trata de agrupar fenómenos aislados por medio de fechas en común, sino de analizar los sucesos en forma global, porque están impregnados de una determinada característica que remata en un determinado suceso, que sirve de parteaguas para el desarrollo o la orientación de la humanidad. La Historia es tensión, es lucha, es orden y caos, es actividad del ser humano.

En otras palabras, exalta cuánto hay de irracional y de espontáneo en el espíritu humano, la inmediatez y el poder de los sentimientos, contra el racionalismo abstracto geometrizable de las ideas claras y distintas¹⁸. El Romanticismo concibe la existencia del ser humano como infinita y por tanto incomprensible, porque si se llegara a la comprensión

¹⁴ En este perpetuo vaivén, la muerte es un nuevo comienzo. La idea de los románticos acerca de la muerte se puede sintetizar de la siguiente manera: Quien niega a la muerte niega a la vida.

¹⁵ "...la razón discursiva de la que hablan los ilustrados, es una razón utilitaria incapaz de lograr esa 'simpatía' en la que el experimentador se funde con el todo deviniendo en un espacio y tiempo continuos; en cambio, es la razón empática, la razón no discursiva, al que nos hará desembocar en el mundo histórico." Curiel, M., Yurén, T. *et. al.*, "Fausto de Goethe: una expresión de la renovación intelectual alemana de finales del siglo XVIII y principios del XIX", *Cuadernos de Historia de las Ideas*, México, Universidad Pedagógica Nacional, p. 18.

¹⁶ Para los románticos, la inmortalidad se traduce en la trascendencia de la acción y la obra que deja el ser humano a manera de legado a sus semejantes, es el pensamiento convertido en acción. En la actividad persiste la idea de vida, la muerte no es el fin sino el comienzo de un nuevo ciclo, la existencia es, en suma, dualidad entre vida y muerte.

¹⁷ Las épocas subjetivas son épocas de guerra, de ambición por el poder, y las épocas objetivas son las épocas de razón, de paz. En las épocas objetivas, el Estado es el guardián del orden y abogado de la armonía. En palabras de Goethe: Todas las épocas decantes son subjetivas y todas las épocas de progreso son objetivas.

¹⁸ Urdanoz, Teófilo, *op. cit.*, p. 258.

absoluta, el misterio se desvanecería y la existencia sería lineal, lo que atentaría contra la idea de la existencia en espiral.

Para Fichte, quien rechazaba a los románticos, pero cuya filosofía se constituyó en la piedra de toque de este movimiento, el yo es el fundamento de la Filosofía, un yo individual que solo se puede alcanzar a través de la introspección, de tal manera que ese yo es el fundante de toda experiencia, porque está más allá de la experiencia. Porque el yo es el movimiento mismo en la realidad cambiante, de ahí que el "Fausto" de Goethe comience con la frase: "En el principio era la acción", y esta acción es el yo absoluto, fundamento de la realidad que va más allá de las apariencias. Por lo tanto la idea del yo, se constituye en la atalaya de la filosofía del movimiento –estandarte del Romanticismo– en contraposición a la filosofía del ser¹⁹.

En esta conjunción con la memoria histórica y la naturaleza –a la que concebían como un todo orgánico viviente– es en donde se exalta el sentimiento de lo infinito, que se despliega en las personalidades individuales que constituyen el espíritu del pueblo, al Estado. Percibe al individuo como una dualidad entre lo peculiar y lo universal, como una construcción social, que a medida que se separa de la razón universal, mediante arrebatos de pasión y abandonos irracionales²⁰ (oposición), retorna a la conciencia común para integrarse a ella²¹. Su individuo no es un ser destinado a vivir satisfaciendo sus deseos egoístamente, que se cuida de respetar someramente al orden público, sino un individuo que forja su particular personalidad a través del sedimento de la cultura compartida de su pueblo, mediación entre la individualidad y el devenir universal.

El Romanticismo parte de un ser humano libre y autónomo, tal y como lo constituye la Ilustración, pero su individuo no aspira a subyugar la naturaleza, sino a reconciliarse con ella, a vivir sus deseos en armonía con el todo²².

Las ideas de oposición y lucha son parte de la concepción de la vida, porque la realidad no se nutre de semejanzas sino de diferencias que mediante la triada dialéctica se transforman en verdades inmersas en el constante devenir. Se llega a la virtud mediante la lucha y el esfuerzo. Esa lucha la lleva a cabo el ser humano, porque él encarna al espíritu –esta filosofía identifica al espíritu con la conciencia–, por eso es el individuo el que determina al objeto de conocimiento y es el individuo el que construye la realidad. Bajo el cobijo de la filosofía del romanticismo se desarrolla el idealismo alemán que rompe con el racionalismo crítico.

¹⁹ Cfr. Xirau, Ramón, *Introducción de la Historia de la Filosofía*, 13a. ed., México, UNAM, 2016, pp. 331-333.

²⁰ En el "Fausto" de Goethe se identifica como la lucha por la independencia interior.

²¹ Esta idea también se patentiza en la obra de Goethe, ya que Fausto no se salvará hasta que piense en su prójimo y su ponga a su servicio, hasta que sea solidario e infunda de fraternidad sus acciones.

²² El animismo es una característica esencial de este pensamiento.

IV. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

Los postulados de la Escuela Histórica del Derecho exceden el objeto de estudio de este artículo, la verdadera intención es evidenciar las raíces del romanticismo y del idealismo alemán en esta concepción del Derecho, que constituye el principio de una antropología jurídica. Recordando que el Romanticismo parte del idealismo de Fichte, el cual sostiene que el proceso de la vida se da en la historia y en la naturaleza, solo puede comprenderse cabalmente desde el yo. Por lo cual, la Escuela Histórica del Derecho utiliza al método histórico para determinar desde cada estadio evolutivo, el derecho propio de cada nación y su significado. Al respecto escribe Stammler: "El procedimiento propiamente histórico se propone, por el contrario, partiendo de lo existente, perseguirlo á (*sic*) través de todas sus variaciones, hasta encontrar su origen en la naturaleza, destino y necesidades del pueblo"²³.

La Escuela Histórica Alemana²⁴, fruto del pensamiento del Romanticismo, revitaliza al Derecho y lo convierte en un ente animado por el espíritu del pueblo o *Volkgeist*. El concepto del espíritu del pueblo es derrotero de los postulados de la Escuela Histórica del Derecho y es tomado de las ideas de los románticos, en especial de Herder, quien es considerado como un prerromántico: "se trata de un conjunto de círculos concéntricos, a saber, la familia, las tribus, los pueblos, las naciones, que en su respectivo nivel constituyen una síntesis espiritual. En relación con los pueblos, Herder habla del espíritu de los pueblos. Pero es importante resaltar que estas unidades superiores son pensadas desde el individuo –aquí la clara influencia de la filosofía de Fichte– lo mismo que los individuos particulares entre sí, también las unidades superiores forman una pluralidad, la del espíritu del pueblo"²⁵.

La materia de estudio es un producto de la historia, de la cultura, de la lucha incitada por la explosión del sentimiento jurídico. Sus principales exponentes son: Federico Carlos de Savigny²⁶, Jorge Federico Puchta y Gustavo Hugo.

El Derecho es producto de la evolución histórica, al respecto escribe Savigny:

²³ Stammler, Rudolf, "Sobre el método de la Teoría Histórica del Derecho," Savigny, Friedrich Karl Von *et. al*, *La Escuela Histórica del Derecho, documentos para su estudio*, trad. de R. Atard, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, p. 250, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/escuelaHistoricaDelDerecho.pdf>, consultado el 2 de junio de 2017.

²⁴ "La llamada Escuela Histórica del Derecho fué fundada, como puede leerse en cualquier compendio, por Gustavo Hugo (cuyo Tratado de Derecho natural, editado por cuarta vez en 1819), fué compuesto, al decir de su autor, bajo la impresión de la teoría del Derecho de Kant y de Fichte), y ha venido á (*sic*) parar en la posición del problema de Hugo Grocio." *Ibidem*, p. 51.

²⁵ Safranski, Rüdiger, *Romanticismo. Una Odisea del espíritu alemán*, Barcelona, Tiempo de Memoria Tusquets, 2014, p. 27.

²⁶ La ciencia jurídica es primordialmente la creación de los jurisconsultos alemanes de mediados y fines del siglo XIX, que evolucionó naturalmente a partir de las ideas de Savigny. Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio, *La tradición jurídica Romano-Canónica*, 3ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 113.

La escuela histórica admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta ó (*sic*) la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad á (*sic*) examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna. La escuela no histórica, por el contrario, admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados y solamente según sus convicciones, tal y como las produce el presente momento histórico. Así, esta escuela no puede explicar el que en alguna ocasión no sea todo el derecho introducido completamente nuevo y diverso del precedente, sino porque el legislador fué perezoso en el recto ejercicio de su cargo y tuvo, por tanto, necesidad de conservar, aunque con carácter de interinidad, como verdaderas para el presente, las opiniones jurídicas del momento anterior.

Una de estas dos escuelas ha sido bastante caracterizada con el nombre de histórica; para la otra, en cambio, es difícil encontrar un nombre positivo, pues no siendo una sino en su oposición a la primera, aparece, fuera de esto, con las más diversas y contradictorias formas, y ora se anuncia como filosofía o derecho natural, ora como la sana razón común. A falta, por tanto, de otra expresión, la llamaremos no histórica²⁷.

El Derecho está animado por el espíritu del pueblo que le infunde vida para transformarlo constantemente, porque el Derecho es también acción, auspiciado por este postulado, Savigny²⁸ rechaza la idea de la Codificación, porque la compilación de las leyes entorpece su libre desarrollo y torna estática su construcción. "La Codificación corres-

²⁷ Savigny, Friedrich Karl Von *et. al.*, "Tres artículos de la Revista de la Escuela Histórica del Derecho", *La Escuela Histórica del Derecho, documentos para su estudio*, trad. de R. Atard, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/escuelaHistoricaDelDerecho.pdf>, consultado el 16 de septiembre de 2016.

²⁸ Savigny se declaró oficialmente detractor del Movimiento Codificador en Europa. Se aboca a desarrollar una minuciosa crítica del Código de Napoleón, el Código Civil de Prusia y el Código Civil de Austria. "La historia general del Derecho, tácitamente supuesta por él, acaso pudiera expresarse en la siguiente forma: primero existió en el mundo el Derecho Romano; vino después la Edad Media, cuya mísera barbarie ninguna atención merece, y esta edad llega hasta 1750; finalmente, brilla la luz del más perfecto progreso y se forman los códigos, frente a los cuales, como es natural, el Derecho Romano no significa absolutamente nada." *Cfr.* Savigny, Friedrich Karl Von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, Granada, Comares, 2008, p. 38.

Al respecto, un punto de vista conciliador es el de Radbruch: "Lo que hicieron, apoyándose siempre, claro está, en razones de Derecho natural fue, considerar como Derecho carente ya de vigencia, las normas jurídicas de los viejos tiempos que contravenían a la cultura de los tiempos actuales, cuando el Estado no se atrevía a declarar su formal derogación, cierto que el criterio fue vago, pero el Derecho consuetudinario también se deroga por el desuso." Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 113.

ponde a lo estático racional y no a lo dinámico vital”²⁹. Y dicho sea de paso niega la idea de que el Derecho sea un producto de la razón, sin arraigo histórico como lo sostenía la Escuela Clásica.

El Derecho como producto de la cultura es un entramado complejo que abarca la dimensión intelectual y emocional del pueblo, que va de acuerdo al contexto histórico, los románticos concebían a la cultura como un acto espiritual –conciencia– de la humanidad, que parte de los estadios más primitivos hacia estadios superiores, el papel de la cultura es instruir, capacitar e informar al individuo del conjunto de maneras socialmente consensuadas y determinadas para interrelacionarse y cumplir así con los fines sociales. En esa línea de pensamiento el Derecho como conjunto de leyes morales, costumbres y valores, se inserta en la acción dinámica de la sociedad y permite la estructuración de la vida del Estado como escenario de acción. Atinadamente sentencia Otto Gierke: “El Derecho en realidad no existe de por sí; es más bien la vida misma del hombre mirada desde un punto de vista especial”³⁰.

El Derecho tiene su fundamento en la vida espiritual del pueblo, de suerte que toma su fuerza vital de las mismas raíces que cualquier otro género de actividad anímica y de cultura: “Ha pasado ya á (*sic*) ser carne y sangre nuestra la idea de que el Derecho es un producto histórico de la vida común humana; de que su nacimiento y modificación no son sino una parte del proceso general de la cultura, y de que su estado actual se condiciona y determina (*sic*) por la mutua acción y reacción entre su fuerza ordenadora y las otras fuerzas vivas en las restantes funciones del organismo social”³¹.

En razón por la cual, la Escuela Histórica del Derecho se volcó al estudio del Pandectas, como vestigio del Derecho Romano que cobraba vida y vigencia en la actualidad, porque la existencia pendular y oscilante modifica a lo largo de la historia las instituciones jurídicas, que pasan de una cosa a otra, aquí se manifiesta la idea de acción y de espontaneidad, que corre por las venas de los románticos. Se trata de estudiar los vestigios históricos en materia de instituciones jurídicas para entender y mejorar el devenir del Derecho actual de la nación. Los defensores de este pensamiento criticaban al Movimiento Codificador³² porque de un plumazo borraba la memoria jurídica y creaba un orden por generación espontánea.

²⁹ Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª. ed., México, Porrúa, 2012.

³⁰ Savigny, Friedrich Karl Von *et. al.*, “Tres artículos de la Revista de la Escuela Histórica del Derecho”, *op. cit.*, p. 75, consultado el 17 de septiembre de 2016.

³¹ *Ibidem*, p. 115.

³² Durante muchos años el Derecho Romano fue Derecho común en Europa, hasta el movimiento Codificador. En los comienzos de la era moderna, las costumbres locales a la par del Derecho Romano hacían las veces de Derecho formal en Europa. La llegada de la Ilustración arraiga la fuerte tendencia de una codificación racional, científica y nacional, ideales que fueron acogidos por la Escuela Racionalista que tuvo como preceptoras a las monarquías ilustradas de Europa. Cruz Ponce, Lisandro, *Algunos principios generales de nuestra legislación civil*, p. 39, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/4/dtr/dtr3.pdf>, consultado el 16 de julio de 2016.

El Derecho como producto de la cultura, *per se*, no permanece estático, está en constante construcción y como obra inacabada tiene lagunas, no es una unidad cerrada, ni absoluta. En consecuencia, el juez tiene una función creadora, ya que le toca armonizar y valorar los cambios culturales, políticos y sociales con la legislación vigente. Las cláusulas o principios generales del Derecho incluidos en la ley, son la misma autorización del legislativo para ejercer la actividad creadora en el Derecho.

Del mismo modo en que nosotros nos horrorizamos de la defensa de la esclavitud por Aristóteles y Platón, las generaciones futuras se escandalizarán de algunas de nuestras instituciones jurídicas³³.

La Escuela Histórica del Derecho sostiene que el Derecho no solo emana de la razón, sino también de la intuición y de la experiencia, aquí es clara la influencia del idealismo alemán, porque de acuerdo a las concepciones y necesidades de la época el Derecho se adapta: "Derecho, moral y costumbre no son innatos, ni provienen de una razón temporal, son conquistados por medio de la experiencia"³⁴. Esto quiere decir que es el sujeto quien da vida al objeto de estudio y no al revés.

El binomio individuo-sociedad, por el que pugna el Romanticismo, se refleja en los siguientes pensamientos de Ihering:

¡Pulsión de conservación! Por ésta no sólo entiendo la mera conservación de la existencia interior sino su autoafirmación. Esta inclinación a la preservación de uno mismo se repite en la región más elevada de la sociedad, y de esa inclinación surge lo ético, pues la ética no es otra cosa que el orden del ser social...El nacimiento de la ética: desde el individuo (dicha idea) se eleva hasta la sociedad; y sólo la sociedad le dirige al individuo el reto: sométete a nuestras necesidades, a nuestras exigencias. Con la sociedad comienza lo ético³⁵.

Y yo agregaría que también nace el Derecho dentro del Estado. De tal manera que las instituciones jurídicas son triunfos de las constantes batallas, porque el instinto del individuo lo conmina a exaltarse e indignarse ante lo injusto, sentimientos individuales se suman para constituir la unidad cultural en torno al orden que debe imperar. Esta lucha perenne por el orden y por el Derecho es, en síntesis, una tríada dialéctica (tesis, antítesis y síntesis).

³³ Ihering, Rudolf Von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2008, p. 19.

³⁴ *Ibidem*, p. 24.

³⁵ *Ibidem*, p. 42.

V. LA INFLUENCIA DEL ROMANTICISMO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El cambio de paradigma de un orden jurídico nacional garantista a uno neoconstitucionalista representa el resurgimiento y la reconstrucción de la protección de los derechos humanos en armonía con las discusiones de los foros internacionales, del contexto de la posmodernidad, que pugnan por un Estado de Derecho democrático en donde la soberanía popular, los límites al ejercicio del poder público y el equilibrio en las relaciones entre particulares, son la principal atalaya; de ahí la obligación del Estado Mexicano de reconocer y hacer efectivos los derechos humanos consignados en diversos instrumentos internacionales.

El Neoconstitucionalismo designa un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales³⁶.

Paolo Comanducci apunta que existen diversas acepciones que designan al Neoconstitucionalismo: como teoría, ideología y como método de análisis del Derecho. El Neoconstitucionalismo, como ideología, implica la creación de una Constitución cuyo fin sea limitar el poder, mediante la custodia de los derechos fundamentales, este tipo de Neoconstitucionalismo parte de la elaboración teórica de Montesquieu, y va más allá al señalar el papel activo de jueces y legisladores. Por su parte el Neoconstitucionalismo como teoría del derecho, que se caracteriza por una Constitución invasora, por la positivización de los derechos fundamentales y por la omnipresencia de principios y reglas. Por último el neoconstitucionalismo metodológico sostiene que los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirán un puente entre Derecho y moral.

El Neoconstitucionalismo encuentra sus orígenes en el contexto político, social y económico de la posguerra. La crisis europea, tanto económica como social derivada de la Segunda Guerra Mundial, evidenció la fragilidad e inconsistencia de un orden jurídico de esencia positivista, basado en un control acérrimo de la legalidad, que desembocó en un legalismo a ultranza que rápidamente mutó en un poder totalitario.

El Neoconstitucionalismo, que dicho sea de paso parte del *iusnaturalismo* racional, es la respuesta a la anterior crisis de valores en el sistema jurídico guiado por la razón instrumental, que engendró un seguimiento a la autoridad irracional; sus principales características son:

1) Concibe a la Constitución más allá de un documento político, que ordena la estructura del Estado, ya que recoge directrices enmarcadas en valores y principios que dirigen y orquestan el orden público, es decir, la Constitución es un canal axiológico del cual

³⁶ Comanducci, Paolo, "Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, número 16, abril de 2002, p. 89.

deben partir todas las leyes, pues solo ella consigna las aspiraciones sociales, culturales, éticas y políticas de un pueblo, es decir, es el documento que consigna el *Volksgeist* de una determinada nación.

2) Concatenado a lo anterior, todas las leyes quedan subordinadas a la Constitución, así, la interpretación de toda ley secundaria debe ser congruente y rescatar el espíritu de la Constitución. Por lo tanto, toda ley debe contar con una coherencia intrínseca, pues debe ser reductible a principios y valores.

3) Concibe al Derecho como argumentación, en atención a que los valores y principios se distinguen de las leyes, ya que los primeros son conceptos abstractos, que proporcionan criterios para asumir una posición de un contexto o caso determinado; y los segundos son reglas de conducta, que enuncian cómo debe comportarse un ser humano.

4) Teniendo en cuenta que la Constitución es un mosaico de valores y principios –que recogen el *Volksgeist*– resulta necesario argumentar, es decir, esgrimir razones en torno a la operatividad de los principios y valores aplicados a un caso en concreto. El ejercicio argumentativo se desenvuelve a la par de la interpretación, con el fin de integrar y adjudicar significado al principio o valor ceñido a un contexto determinado.

5) En virtud de lo anterior, el Neoconstitucionalismo posee una naturaleza dual ya que interpreta y argumenta, en armonía con los postulados del Derecho natural. Es decir, apela a los principios morales de un orden natural, porque constituye un canal de comunicación entre el ser y el deber ser³⁷.

En torno al discurso del Derecho de la posmodernidad, se constituye al principio *pro persona* como una obligación para el juez al interpretar la ley, de manera extensiva y funcional a favor de la persona y cuyo cometido es aprovechar la bondad en la norma jurídica. De esta forma el principio *pro persona* propicia la protección más amplia de los derechos fundamentales. Al contrario de la concepción *iuspositivista* que veía al Derecho como algo terminado y sin lagunas.

Ello implica que el discurso jurídico se está humanizando y armonizando con los principios éticos y morales, que son innatos en la cultura, que es un reflejo y proyección de los ideales que viven en la psique social. Por consiguiente, hoy el Derecho no se entiende como algo mecanizado, sino como un producto más de la cultura que sirve de instrumento para que el ser humano alcance su mayor desarrollo.

Esta verdad absoluta, no incluyente, propia del pensamiento de la Modernidad, abrogó la búsqueda de la fundamentación intrínseca de los derechos fundamentales, lo que dejó a un lado un concepto tan importante como la dignidad, erigiendo el culto a la legalidad como el estandarte del Derecho. En otras palabras, el Derecho era solo un cúmulo de formalidades para garantizar la legalidad de la vida del Estado Moderno, por consiguiente no

³⁷ Cfr. Herrera García, Alfonso, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 34-50.

se buscaba justicia sino legalidad. Es esta idea la que llevará a Kelsen a buscar la pureza metodológica para describir al Derecho y convertirlo en una entelequia, alejada de las necesidades del ser humano, pero muy cercana a los rituales de la legalidad.

En virtud de lo anterior es menester señalar, que la Escuela Histórica Alemana pugnaba por el triunfo de la ética como la quintaesencia del Derecho, pues se trata de criticar la moral y la razón instrumental que asfixiaba y cosificaba al ser humano en un hacer sistematizado, como las máquinas que operan automáticamente, de esa forma el positivismo jurídico se dedicó a crear un Derecho desvinculado con la cultura, la ética y el sentir humano. En contraposición, el Neoconstitucionalismo que concebía al Derecho como realidad viva, que continuamente cambia al interactuar con los seres humanos, propone crear un Derecho que comulgue con esa realidad de tal suerte que necesita de conceptos como interpretación conforme, principio *pro persona* y control de la convencionalidad para construir continuamente su objeto de estudio. Motivo por el cual, el Estado constitucional de Derecho, como crisol de lo anteriormente enunciado, es decir, como entelequia que da cabida a los grupos disidentes, al muticulturalismo, a la ética, a los valores, a la cultura, a la política, etc., se constituye en la piedra de toque para el Neoconstitucionalismo.

En esa misma tesitura escribe Gil Rendón:

Bajo esta concepción, la norma suprema o "*norma-normarum*"; es fuente de toda la producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados, y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al "aleopositivismo"; teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de "subsunción"; muy distinto al nuevo método de la ponderación o "*balancing*" (balanceo). Se puede distinguir históricamente al nuevo constitucionalismo, como uno de los dos modelos del Estado de Derecho; el primero y más antiguo, se refiere al "Estado Legal de Derecho"; donde el principio de legalidad prima sobre el principio de constitucionalidad, en el primero la ley impera y en el segundo la constitución y sus principios³⁸.

Es importante recordar que en el marco teórico del Neoconstitucionalismo, existen las reglas y los principios; para el caso de las reglas, se les adjudica un significado *per se*; caso distinto sucede con los principios que constituyen una construcción histórico-cultural compleja, cuyo análisis debe ordenarse al contexto y a la luz de diversas disciplinas y ciencias, con el fin de custodiar el *ethos* que cada principio encierra, debido a que los principios no pueden ser utilizados en operaciones lógico-jurídicas como la subsunción o silogismo

³⁸ Gil Rendón, Raymundo, "El Neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales"; *Quid Iuris*, vol. 12, número 6, marzo de 2011, pp. 43-50-61, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>, 1º de junio de 2017.

judicial, debido a que carecen de supuestos de hecho. A los principios no se les obedece ciegamente, porque constituyen una construcción cultural dialógica que permite la adhesión, al juez le toca reconstruir ese sentido, para lo cual echa mano de la axiología, de la ética, de la historia, de la cultura. Tal vez esta sea la conexión más clara –desde el punto de vista metodológico– entre la Escuela Histórica del Derecho y el Neoconstitucionalismo: el papel activo del juez, su toma de posición y búsqueda del *ethos*, pues en cada sentencia el juez puede y debe ser creativo e imprimir el carácter histórico-jurídico y cultural de los principios.

Por lo tanto, el Neoconstitucionalismo basa sus premisas en los derechos humanos como una ética social mínima y universal, como una construcción cultural a manera de arquetipo que se presenta en toda sociedad, como la razón empática que siempre precede a la razón instrumental, que es más un producto de la ideología burguesa y no una plena reflexión del papel del Derecho en la vida de los seres humanos.

VI. CONCLUSIONES

1. La cosmovisión del mundo moderno es resultado de un variado y complejo entramado de ideas, corrientes filosóficas, fenómenos culturales y políticos como: Humanismo, Renacimiento, Revolución Francesa, Racionalismo, Ilustración y Romanticismo. Este conjunto de fenómenos conforma el mosaico actual de ideas en torno a la realidad, ya que son parte de la cultura universal que se hace presente en todo individuo.

2. La Modernidad dio como frutos, entre otros, a la Ilustración y al Romanticismo, estas dos corrientes de pensamiento tienen puntos en común, ya que el primero concibe al ser humano libre y autónomo (individualismo), ideas que fueron desarrolladas por la Ilustración; empero, el segundo dilucida con mayor precisión la dimensión emocional del ser humano, misma que cayó en el olvido de la mano del Racionalismo.

3. Para la Escuela Natural del Derecho, el Derecho es una creación de la razón y son las leyes las que se identifican con la imperiosa necesidad de lo justo, es decir, el Derecho como tal no se identifica como lo justo, es la ley la que se identifica con lo justo. Lo que explica el culto al legislador que caracterizó a la Escuela de la Exégesis Francesa y que hoy continúa en la cultura del formalismo jurídico, que ha cedido ante la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, mediante el principio *pro persona*.

4. En cambio, la Escuela Histórica del Derecho identifica al Derecho como un fenómeno de la cultura, de la lucha y de la historia; pone freno a la actividad legisladora, al considerar que la codificación entorpecía el desarrollo natural e histórico del Derecho. Ya que, para construir un sistema de normas jurídicas eficaces es necesario estudiar la idiosincrasia, el contexto social y cultural del pueblo en el que será aplicado. Porque el Derecho no nace *a priori* (la razón) sino que toma forma a partir de lo empírico.

5. Concatenado a lo anterior, la Escuela Histórica del Derecho rinde culto al *Volksgeist*, al espíritu del pueblo, del cual emana la norma jurídica como otra manifestación del espíritu, y no al espíritu del legislador. Lo que permite al juez llevar a cabo una actividad creadora en torno a la aplicación del Derecho, situación que de acuerdo a los postulados racionales del Derecho Natural no cabía, ya que se considera que el juez era un autómatas que repetía los pensamientos del legislador, porque el sistema jurídico derivado de la razón era un sistema perfecto compilado por el legislador. Además la actividad del juez, como creadora del Derecho, contravenía la estricta separación de poderes.

6. Para la Escuela Histórica Alemana, el *ethos* del pueblo (recogido en el *Volksgeist*), es el que define al Derecho como un fenómeno más de la cultura y toca al juez indagar este sentir colectivo e identificarlo como un arquetipo inmerso en el inconsciente colectivo; para lo anterior, el juez se vale de sus instintos, sus emociones, el análisis cultural, en suma, de los argumentos al *ethos* (ética) y *al pathos* (sentimiento), y no solamente del silogismo jurídico (traducido en el *logos*, en el silogismo judicial propio, discurso del racionalismo jurídico), para resolver el caso. Por consiguiente, es válido que el juez lleve a cabo una actividad de creación y construcción del Derecho partiendo de argumentos al *pathos*.

7. Mientras que para el Racionalismo Jurídico, la Historia no incide en el orden jurídico, la Escuela Histórica del Derecho cree firmemente que la Historia, como manifestación del espíritu del pueblo, trasciende en el orden jurídico. El *Volksgeist* se encuentra recogido en la misma Constitución ya que esta no es un documento impuesto por el albedrío del presente o por una voluntad ajena, sino es la culminación de la evolución del espíritu del pueblo, que parte de la memoria histórica del mismo. Porque la Historia es el camino para conocer la actualidad de las instituciones.

8. El Romanticismo no es solo un movimiento estético sino una forma de ver la vida, por consiguiente toma como derroteros a la cultura y a la historia, su objetivo principal es penetrar en la intimidad de la realidad. Si bien se basó en las aportaciones intelectuales y culturales, que vieron la luz en la primera parte de la Modernidad, se constituyó como un movimiento refractario de los valores consagrados por la Ilustración.

9. Para el Romanticismo todo está en un constante devenir, la realidad se representa como espiral infinita de orden y caos, es la tríada dialéctica. El ser humano es razón, pasión, arrebatos, conciencia, moral, independencia, autonomía y adhesión social, es decir, una construcción cultural, mediante su acción transforma la realidad y construye la Historia. En ese orden de ideas, la Escuela Histórica del Derecho parte de lo anterior para señalar que el Derecho es un fenómeno de la cultura, producto de la acción histórica del *Volksgeist*; ejemplo de ello son los derechos humanos concebidos como un mínimo universal de prerrogativas que todo ser humano debe poseer para alcanzar el desarrollo, teniendo en cuenta que los mismos se presentan como un reclamo histórico sin importar el contexto o el lugar, porque son la exigencia del espíritu del pueblo.

10. Retomando los postulados del Romanticismo la Escuela Histórica del Derecho, sostiene que el Derecho es perpetua acción. De ninguna manera se crea por el arbitrio de la razón del legislador, sino que es resultado de la Historia y de la cultura, como acción del ser humano. La creación del Derecho se lleva a cabo mediante sedimentación, ya que las olas de orden y caos depositan en él, poco a poco, las partículas que lo constituirán en el presente y futuro.

La influencia del idealismo, entramado filosófico que sostiene al Romanticismo, es clara en la Escuela Histórica del Derecho y se patentiza en esta frase de Savigny: "El Derecho en realidad no existe de por sí; es más bien la vida misma del hombre mirada desde un punto de vida especial". Porque el yo absoluto y su acción introspectiva en el mundo (tríada dialéctica: yo, mundo y la síntesis el yo-mundo) construye al Derecho, y su evolución está determinada por la Historia y por su cultura.

11. La Escuela Histórica del Derecho se remonta a los orígenes del Derecho Civil, para comprender el devenir actual del Derecho Civil Alemán, lo que dio paso a la Escuela de las Pandectas. Esto condensa la idea de los románticos acerca de apreciar la realidad como una espiral, porque el Derecho no es generación espontánea.

12. Bajo la concepción romántica y de acuerdo a la filosofía del idealismo alemán, el ser humano es autonomía y libertad, es portador de valores, es intérprete y creador de su realidad, y merece custodiar lo anterior como rasgo de su individualidad. Frente al resto de la sociedad, la Escuela Histórica del Derecho recoge lo anterior en su concepto de negocio jurídico, en donde la autonomía de la voluntad se ve maximizada, porque el Derecho le reconoce la potestad de determinar los efectos jurídicos del negocio.

13. De acuerdo a Ihering, en su obra *Del nacimiento del sentimiento jurídico*, la búsqueda de la justicia no se debe por entero a la razón sino que es también resultado del sentimiento jurídico (instinto) que se deposita en el *Volksgeist* para construir al Derecho. La ética tiene lugar en la sociedad por las explosiones individuales de sentimiento jurídico (como la capacidad de indignación ante la injusticia), y que después de sumadas, se tornan en una demanda social. Aquí encontramos además de la influencia del idealismo alemán, porque es el ser humano quien determina al objeto de conocimiento, mediante su percepción, también el reconocimiento de la dimensión emocional del ser humano como fuente del Derecho.

14. En síntesis, el Derecho es un sincretismo cultural e histórico que se encarna en la psique colectiva como una entelequia, una construcción ideal de acuerdo al contexto histórico que va cambiando a guisa de dialéctica: tesis, antítesis y síntesis.

15. El estudio de la Escuela Histórica del Derecho representa un interesante acercamiento a la antropología jurídica.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

- BERMAN, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la Modernidad*, 2ª. ed., México, Siglo XXI, 2011, p. 41.
- BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico," *Revista de Derecho Privado*, Madrid, vol. XXVI, 1989, Serie B, Monografías fundamentales de Derecho Privado y Público.
- BOUCHÉ PERIS, Henri *et. al.*, *Antropología de la educación*, Madrid, Dykinson, 1998.
- COMANDUCCI, Paolo, "Formas de (Neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico," *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, número 16, abril de 2002, p. 89.
- CRUZ PONCE, Lisandro, *Algunos principios generales de nuestra legislación civil*, México, p. 39, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/4/dtr/dtr3.pdf>, consultado el 16 de julio de 2016.
- CURIEL, M., YURÉN, T. *et. al.*, "Fausto de Goethe: una expresión de la renovación intelectual alemana de finales del siglo XVIII y principios del XIX," *Cuadernos de Historia de las Ideas*, México, Universidad Pedagógica Nacional, pp. 14-23.
- DESCARTES, René, *Meditaciones metafísicas*, http://www.mercaba.org/Filosofia/Descartes/med_met_alfaguara.PDF.
- GIL RENDÓN, Raymundo, "El Neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales," *Quid iuris*, México, vol. 12, número 6, marzo de 2011, p. 50, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>, consultado el 1º de junio de 2017.
- GOETHE, Joseph Charles, *Fausto*, 23ª. ed., Barcelona, Tiempo de Memoria Tusquets Editores, 2013, p. 257.
- GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana, *Perspectivas de Bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- GRAS BALAGUER, Menene, *El Romanticismo como espíritu de la Modernidad*, 2ª. ed., Barcelona, Mesinos, 1988, p. 17, <https://books.google.com.mx/books?id=gjcEqQXqLcYC&printsec=frontcover&dq=el+romanticismo&hl=es-419&sa=X&sqj=2&pf=1&ved=0ahUKEwixxaOvvbrOAhUN6mMKHe0DAtgQ6AEIGjAA#v=onepage&q=el%20romanticismo&f=false>, consultado el 17 de septiembre de 2016.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 34-50.
- IHERING, Rudolf Von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2008, p. 19.

- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las Costumbres*, México, Porrúa, 2013.
- ¿Qué es la Ilustración?, <http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/QUE%20ES%20LA%20ILUSTRACION.pdf>, consultado el 19 de marzo de 2017.
- NANDA, Serena, *Antropología Cultural*. México, Iberoamericana, 1987.
- MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *La tradición jurídica Romano-Canónica*, 3ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 113.
- MIRANDOLA, Pico della, *De la dignidad del hombre*, Madrid, Editora Nacional, 1984.
- MONCLÚS ESTELLA, Antonio, *Educación y cruce de culturas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis, *Del espíritu de las leyes I*, Madrid, Sarpe, 1984.
- PABLO SERNA, Carlos de, *El contrato. Un negocio jurídico*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción al Estudio de la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 113.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, 20ª. ed., Porrúa, México, 2010.
- REYES HEROLEZ, Federico, "En plena soledad", Bartra, Roger *et. al.*, *Universidad y Humanismo*, México, UNAM, 2003.
- RUIZ, Rosaura y VELÁZQUEZ, Bruno, "El evolucionismo antes de Darwin. Las raíces románticas", *Revista de la Universidad Nacional*, México, número 146, junio de 2016, http://www.revistadelauniversidad.unam.mx/ojs_rum/index.php/rum/article/view/17171.
- SAFRANSKI, Rüdiger, *Romanticismos. Una odisea del espíritu alemán*, Barcelona, Tiempo de Memoria Tusquets Editores, 2014, p. 27.
- SAN VICENTE PARADA, Aida del Carmen, "La figura del juez en la Escuela de la Exégesis", *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, julio-diciembre de 2016, http://www.tfja.mx/investigaciones/pdf/r21_trabajo-5.pdf.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *Ética*, 38ª. ed., México, Grijalbo, 1996, pp. 43 y 44.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, Granada, Comares, 2008, p. 38.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von *et. al.*, "Tres artículos de la Revista de la Escuela Histórica del Derecho", *La Escuela Histórica del Derecho, documentos para su estudio*, trad. de R. Atard, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/escuelaHistoricaDelDerecho.pdf>, consultado el 16 de septiembre de 2016.

- SPINDLER, George D., "La transmisión de la cultura"; VELASCO MAILLO, Honorio M., GARCÍA CASTAÑO, Francisco J. y DÍAZ DE RADA BRUN Ángel, *Lecturas de antropología para educadores*, México, Paidós, 1993.
- STAMMLER, Rudolf, "Sobre el método de la Teoría Histórica del Derecho"; SAVIGNY, Friedrich Karl Von *et. al*, *La Escuela Histórica del Derecho, documentos para su estudio*, trad. de R. Atard, Madrid, 1908, Biblioteca Victoriano Suárez, p. 250, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/escuelaHistoricaDelDerecho.pdf>, consultado el 2 de junio de 2017.
- URDANOZ, Teófilo, "El Romanticismo Filosófico. Origen y caracteres"; *Historia de la Filosofía*, Madrid, BAC, 1975, t. IV, p. 255.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª. ed., México, Porrúa, 2012.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 4ª. ed., México, Porrúa, 1999.
- XIRAU, Ramón, *Introducción de la Historia de la Filosofía*, 13ª. ed. México, UNAM, 2016, pp. 331-333.
- ZAFRANSKI, Rüdiger, *Goethe. La vida como obra de arte*, Barcelona, Tiempo de Memoria Tusquets Editores, 2016, p. 434.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10ª. ed., Madrid, Trotta, 2011.