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

AIDA DEL CARMEN SAN VICENTE PARADA

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Una aproximación a la cosmovisión de la modernidad*; III. *El racionalismo jurídico*; IV. *El romanticismo*; V. *La escuela histórica del derecho*; VI. *Conclusiones*.

Resumen: La Escuela Histórica de 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 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 alimento a estas corrientes de pensamiento se analizará brevemente a la Modernidad.

Palabras clave: Romanticismo, Escuela Histórica del Derecho, cultura, devenir histórico, Modernidad, razón.

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 of the action of the spirit in the constant evolution of order and chaos. This article pretend to detail how these principles comes alive in the conception of law as a phenomenon over culture and history. To understand the intellectual environment that feed these streams of though modernity will be briefly discoursed.

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 aterrizarse 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 neo-constitucionalismo 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 al 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 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”*, obra 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 del Derecho Libre, que se caracteriza por tener un sustrato más sociológico y psicológico, de esa época por ejemplo es 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 triada 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 entelequia¹ cultural social, como un arquetipo.

Es menester mencionar, que el del presente título está inspirado en el artículo: *“Evolucionismo antes de Darwin”*. Las Raíces Románticas publicado en la Revista de la Universidad de

¹El 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.

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 la bibliografía se dan más detalles del artículo por si resulta de interés para el lector.

II. UNA APROXIMACIÓN A LA COSMOVISIÓN DE LA MODERNIDAD

Para asimilar el pensamiento del Romanticismo es necesario analizar la serie de circunstancias que configuraron el nacimiento de esta corriente de pensamiento. En atención a lo anterior nos situaremos en la Modernidad, donde confluyen una serie de ideas, movimientos intelectuales, culturales y políticos tales como: el Humanismo, el Renacimiento, la Ilustración, el Movimiento Codificador, la Revolución Francesa, el individualismo y el liberalismo, que entre otros eventos abrevaron en el racionalismo jurídico, concepción que apostaba por un sistema jurídico completo, congruente y sin lagunas, cuya técnica de interpretación básicamente fue la literal, misma que fue llevada al extremo por la escuela de la exégesis francesa, que fue fuertemente criticada por la Escuela Histórica del Derecho.

Para entender y esquematizar lo anterior es necesario navegar en el entramado de ideas que se condensaron en la Modernidad, en específico en los siglos XIV a XVIII en la Europa continental, y cómo las mismas incidieron en el desarrollo y evolución de la ciencia jurídica. Es en la Modernidad donde es abolido el régimen feudal de la Edad Media, lo que trajo consigo varias consecuencias: 1) la instauración de un nuevo régimen político cuyo estandarte principal fue el individualismo; 2) en esa misma línea de pensamiento, la extinción del feudalismo abrió paso a la exacerbación del individuo, lo que significó un gran desarrollo de los derechos absolutos como la propiedad así como la magnificación del dogma de la autonomía de la voluntad; 3) la búsqueda de la identidad nacional mediante el movimiento codificador, ya que el nuevo régimen político necesitaba legitimarse por medio de cuerpos de leyes,

que a su vez unificaban al derecho nacional, prescindiendo del derecho romano; 4) al superarse el pensamiento de la Edad Media se dio el paroxismo de la razón, misma que conduciría la creación de toda la ciencia y en el Derecho se vio reflejada en el racionalismo jurídico; y 5) con la concreción del Estado Moderno se afianzó el Estado de legalidad que pretendía terminar con la discrecionalidad del feudalismo, ya que la separación de poderes tenía como fin evitar el abuso del poder por parte del Estado frente al particular.

Como podemos observar en la edad moderna, se pretendió resolver todo mediante la razón, como el rayo de luz que ilumina el proyecto de humanidad. La razón como derrotero de la Modernidad encauso al Derecho, en el culto a la legalidad y en el culto al legislador relegando a la figura del juez a un papel pasivo o secundario en la aplicación del Derecho. Asentado lo anterior, es decir, que la razón es la protagonista de la Modernidad, es menester desarrollar la génesis de ésta en el pensamiento moderno.

El primer paso hacia la instauración de la razón en el pensamiento del Estado moderno es el Humanismo, movimiento intelectual, cultural y artístico que floreció especialmente en Italia en el siglo XIV, de la mano de su gran heraldo Francesco Petrarca y otros grandes pensadores como Pico della Mirandola; el mismo representó un cambio de mentalidad que rompía con las ideas de la Edad Media y retomaba las ideas de los clásicos (Grecia y Roma). De esa forma se inaugura el culto a las letras clásicas, que simbolizaban la obra del ser humano, porque el vértice de todas las ciencias debía ser el individuo dotado de razón como máxima obra de la naturaleza y del Creador. De esa forma la atención pasó de las letras divinas a las letras humanas y se reivindicó al hombre en el centro de la existencia y del conocimiento.

El antropocentrismo provocó una rebelión de los esclavos, de nosotros, en contra de la teocracia, también en contra de esos administradores de los designios divino. El hombre como medida de todas las cosas, encierra un acto de sacralización de las creencias, medir al Estado en función del hombre y no de

objetos supremos como lo han hecho los regímenes fascista, el Estado al servicio del ser humano, jamás a la inversa².

El Humanismo como una nueva cosmovisión permite que la palabra dignidad se constituya como el valor máximo que caracteriza a los seres humanos, en la construcción cultural del humanismo como actitud hacia la condición del ser humano la dignidad constituye la piedra de toque de la ética laica,³ que pugna por el respeto y pleno desarrollo del ser humano en el Estado liberal. Recordemos que en la obra de la *"Dignidad del Hombre"*, de Pico della Mirandola, se equipara a la dignidad con la autonomía, ya que el hombre dotado de libre albedrío es el único artífice de su destino. Dado que el hombre, es el único ser oscila entre lo divino y lo terrenal, porque participa mediante su libre albedrío en la divinidad de Dios, ya que mediante su correcto y libre obrar, enaltece su espíritu.

Para Pico della Mirandola, la suprema creación del gran artesano del universo, es el protagonista, el único que decide lo que es bueno para él, por lo cual está dotado con libre albedrío *"...no vayamos a convertir en perniciosa la saludable opción libre que nos otorgó. Que se apodere de nuestra alma una cierta santa ambición de no contentarnos con lo mediocre, sino anhelar lo sumo y tratar de conseguirlo (si queremos podemos) con todas nuestras fuerzas... Si nos empeñamos en nada seremos inferiores a ellos..."*⁴

Lo genuino de la naturaleza humana es su racionalidad y libre albedrío, características únicas que consagran al hombre como único entre el resto de los animales, idea que se esbozó en el Renacimiento, movimiento intelectual y estético que dio cabida a las inquietudes políticas y filosóficas que más tarde darían vida y color al Estado Moderno.

²Reyes Heróles, Federico, *En plena soledad*, en Bartra, Roger et. al., *Universidad y Humanismo*, México, edit. UNAM, 2003, pp. 67 y 68.

³De acuerdo a Peces-Barba la única dignidad existente, al menos hasta los siglos XIII y XIV es de origen externo, la heterónoma basada en la imagen de Dios o en la dignidad como honor, cargo o título, como apariencia o como imagen que cada uno representa o se le reconoce en la vida social. Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, edit. DYKINSON, 2003, p. 18.

⁴Della Mirandola, Pico, *De la Dignidad del Hombre*, Madrid, Editora Nacional, 1984, p.105.

La cosmovisión renacentista se caracteriza por una exaltación de los valores terrenos y de la personalidad, por un enfocar bajo una orientación señaladamente individualista los problemas del primitivo humanismo y por un espíritu de crítica más aguda y rigurosa que no retrocede ante los dogmas, tradiciones y creencias del pensamiento y religiosas medievales⁵.

El pensamiento que se desarrolla desde el Renacimiento hasta el siglo XIX se estructuró en una empresa de razón pura, abstracta, matemática⁶. Esta es la esencia del pensamiento del Renacimiento que simbolizó un rayo de luz, que rompió con las tinieblas de la Edad Media; en efecto en el Renacimiento el paradigma científico estaba basado en el método matemático con su rigor y disciplina para construir un pensamiento cien por ciento racional, que desconocía los engaños y las tergiversaciones de los sentidos, de la experiencia. La consecuencia de lo anterior es la cosificación del ser humano, porque en aquel momento no se dieron cuenta que la esencia humana, en cuanto a complejidad, escapa del modelo matemático, ya que en este caso la perfección tiene sus límites.

La razón como epicentro del conocimiento propicio un nuevo movimiento intelectual: la Ilustración cuyo lema esgrimido por Kant *Sapere aude*⁷, pretendía liberar al hombre de sus yerros, mediante el uso de la razón. Si bien el hombre nace con muchas limitaciones, cuenta con la razón para humanizarse y construir así un proyecto de civilización, porque el ser humano solo puede ser libre sirviéndose de su razón. La Ilustración de acuerdo a Kant es un llamado para que el ser humano abandone la pereza de pensar, para que abandone el papel de incapaz o de pupilo y busque por sí mismo la verdad, ya que no se trata de reproducir verdades instauradas por la autoridad o por el monarca sino de descubrir y construir la verdad por sí mismo. En palabras de Kant,

⁵Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 4^a. edic., México, edit. Porrúa, 1999, p. 127.

⁶Recasens Siches, Luís, *Filosofía del Derecho*, 20^a edic, México, edit. Porrúa, 2010, p. 423.

⁷Kant, Immanuel, *¿Qué es la Ilustración?* Disponible en: <http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/QUE%20ES%20LA%20ILUSTRACION.pdf> 14 de julio de 2016 18:18 hrs.

La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡Sapereaudé! ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la ilustración...

Es, pues, difícil para cada hombre en particular lograr salir de esa incapacidad, convertida casi en segunda naturaleza. Le ha cobrado afición y se siente realmente incapaz de servirse de su propia razón, porque nunca se le permitió intentar la aventura. Principios y fórmulas, instrumentos mecánicos de un uso o más bien abuso, racional de sus dotes naturales, hacen veces de ligaduras que le sujetan a ese estado. Quien se desprendiera de ellas apenas si se atrevería a dar un salto inseguro para salvar una pequeña zanja, pues no está acostumbrado a los movimientos desembarazados. Por esta razón, pocos son los que, con propio esfuerzo de su espíritu, han logrado superar esa incapacidad y proseguir, sin embargo, con paso firme(...) después de haber arrojado de sí el yugo de la tutela, difundirán el espíritu de una estimación racional del propio valer de cada hombre y de su vocación a pensar por sí mismo⁸.

Desafortunadamente la Ilustración suprimió la dimensión emocional del ser humano, crítica que de viva voz efectuó el Romanticismo a la Ilustración. Lo anterior devino en una ruptura entre la razón y la sensibilidad del ser humano, pues la Ilustración tomó a la dimensión espiritual y emocional como una falsa oposición en referencia a la naturaleza racional del ser humano. Y olvidó que las emociones y sentimientos así como la razón son parte de la naturaleza humana. En síntesis dio como resultado una moral que niega al cuerpo⁹ y que da origen a la razón instrumental que ha sido puesta en duda por el pensamiento postestructural o posmodernista.

⁸Ibid.

⁹Véase González Valenzuela, Juliana, *Perspectivas de Bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

Para terminar con la construcción del panorama o contexto que dio cabida a la cultura legalista que se refleja preponderantemente en la exégesis francesa, es necesario analizar el impacto de la Revolución Francesa, que se alimentó de las ideas de la Ilustración y del Renacimiento sobre todo, de las ideas de filosofía política de los contractualistas Montesquieu y Rousseau.

La Revolución francesa, encarna la instauración de un nuevo régimen político inspirado en la filosofía política personalista, en donde se concibe que el Estado liberal¹⁰ esté al servicio del ciudadano y a la inversa como lo sostiene la filosofía política plasmada en la República de Platón. Como ya se adelantaba la Revolución francesa trajo consigo un nuevo orden político-social: el individualismo liberal, donde se concibe al Estado como producto del hombre y para el hombre. El surgimiento del humanismo o personalismo, donde el hombre es el sustrato de todo, trae aparejada la idea de dignidad como límite del poder estatal sobre el ciudadano, ya que se concibe que el Estado esté al servicio de los valores del hombre¹¹.

El individualismo liberal de los siglos XVIII y XIX, considera que la mejor manera de servir al fin humanista consiste en dejar en plena espontaneidad y libre juego las libertades de los hombres en todos los órdenes, y restringir la función del Estado y del Derecho¹². El racionalismo –legado del Humanismo y de la Ilustración– impulsó la demanda de la dignidad con que debía ser tratado el ciudadano como una condición para el progreso, es por eso que se dio al individuo la mayor libertad posible y jurídicamente este mandato tomó forma en el principio de autonomía de la voluntad, pues sólo el individuo guiado por su razón sabe cómo satisfacer sus intereses lo que llevaría a la creación de una atmosfera de las iniciativas individuales espontáneas que arribarían en el progreso y en el orden, toda vez que el hombre sirviéndose de su razón le daría orden y sentido.

¹⁰El sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10ª. edic., Madrid, edit. Trotta, 2011, p. 23.

¹¹Cfr. RecasénsSiches, Luís, *Filosofía del Derecho*, op. cit. nota: 6, p. 501.

¹²Ibídem p. 513.

La razón del hombre instaurada por medio de la autonomía de la voluntad, —esta última aliada indiscutible de la dignidad—¹³ se convierte en la piedra de toque para construir una nueva realidad, es por eso que el Código de Napoleón consagró el dogma de la autonomía de la voluntad, de tal forma que el individualismo¹⁴ como ideología de la Revolución francesa se legitimó jurídicamente.

Ahora bien, la Revolución fue también un gran paso hacia la glorificación del Estado secular. La lealtad temporal del individuo se otorgaría al Estado. Se abolieron las obligaciones y las relaciones feudales. Las obligaciones religiosas perdieron la mayor parte de la importancia legal que les quedaba. Los tribunales eclesiásticos perdieron lo poco que les quedaba de su jurisdicción temporal. Las relaciones familiares estaban ahora definidas y reguladas por el Derecho, el universo legal antes muy complicado, se simplificó de pronto: en adelante, estaría habitado teóricamente sólo por el individuo y el Estado monolítico¹⁵.

En síntesis el Estado Moderno, estaba al servicio de los intereses y exigencias de la sociedad, en virtud del contrato social, cada uno había cedido una parte de su libertad en aras de constituir al Estado y por consecuencia éste era el único que aplicaba la ley como expresión de la voluntad general para imponer y garantizar el interés de la mayoría. Lo anterior inauguro la cultura de la legalidad o el culto a la legalidad que caracterizó a la escuela de la exégesis francesa (heredera del pensamiento de la Escuela de Derecho Natural) y que hasta hoy es una de las premisas básicas del positivismo jurídico.

A grandes rasgos lo *at supra* señalado además de ser la

¹³La autonomía de la voluntad de acuerdo a Kant, permite al ser humano custodiar debidamente su dignidad, para mayor abundancia en el tema se sugiere leer: Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las Costumbres*, 1ª. reimp, México, edit. Porrúa, 2013.

¹⁴Una crítica muy pertinente acerca del individualismo se puede encontrar en Fromm, Erich, *El miedo a la libertad*, edit. Planeta, España, 1985 y en Merryman, John Henry y Pérez Perdomo, Rogelio, *La tradición jurídica romano-Canónica*, 3ª. edil., edit., México, Fondo de Cultura económica, 2014.

¹⁵Ibídem. 45 y 46.

descripción del panorama intelectual, cultural y político que dio cobijo al nacimiento de la escuela de la exégesis francesa. Es también la descripción de la cosmovisión de la Modernidad, en donde la razón impera porque ella permite acceder a todo el conocimiento, a la verdad lógica, a la armonía de valores. Porque nada se opone al método racional, que dicho sea de paso, es la manera de democratizar el conocimiento –ideal de la Ilustración-, ya que mediante el método científico y racional toda respuesta es cognoscible.

III. EL RACIONALISMO JURÍDICO

La influencia de la razón como la estrella polar que guía el desarrollo de la humanidad, naturalmente permeo en el pensamiento jurídico, dando nacimiento al racionalismo jurídico o Escuela Clásica del Derecho Natural. La influencia del racionalismo ha desembocado en el formalismo jurídico y en el positivismo jurídico, a continuación un breve análisis del racionalismo.

Por racionalismo, se entiende, en un sentido amplio, toda doctrina filosófica en la que se exagera el papel de la razón con detrimento del papel de la experiencia; en un sentido más preciso, es el método de investigación científica cuyo criterio de verdad son los datos obtenidos por deducción, con exclusión de los datos empíricos obtenidos por inducción¹⁶.

El racionalismo procede del método matemático de Renato Descartes y sostiene como bien lo señala Villoro, que el conocimiento se obtiene por medio de los procesos cognitivos (a priori) ya que los sentidos engañan, por consiguiente la experiencia es una fuente confusa de conocimiento¹⁷. En la ciencia jurídica el racionalismo se dio a la tarea de construir dogmas derivados de

¹⁶Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 1ª. reimp. de la 21ª. edil. edit., México Porrúa, 2012, p. 49.

¹⁷Para mayor abundancia en este tema se sugiera consultar: Descartes, René, *Meditaciones metafísicas*, disponible en: http://www.mercaba.org/Filosofia/Descartes/med_met_alfaguara.PDF (16 de julio de 2016 21:37 hrs.)

principios deducidos racionalmente. Porque el Derecho auténtico es aquel que emana de la naturaleza racional del hombre, aquella naturaleza a priori, no viciada por la historia, es decir, emana de la razón pura.

La postura ontológica a la que se ve arrastrado Descartes es la siguiente: la realidad última se da en el plano de las esencias pensadas y no en una realidad independiente de nuestro pensamiento. Lo real queda así subordinado al pensamiento de una razón humana tan poderosa que define al mundo por completo¹⁸.

Para Hugo Grocio, contemporáneo de Descartes, fundador de esta corriente de pensamiento: el Derecho Natural es un dictado de la recta razón, que indica a alguien la existencia de un desorden moral o una necesidad o deber moral, de acuerdo con su conformidad o inconvinción con la misma naturaleza racional y social¹⁹.

En busca de la razón pura como causa generadora del Derecho, autores como Grocio sentenciaron que la causa pura radicaba en la tendencia social innata del ser humano, paradójicamente la teoría racionalista tenía como punto de partida un hecho psicológico, es decir, empírico. Este no es el espacio para efectuar una crítica adecuada al racionalismo jurídico, solamente se pretende que el lector entienda los principales postulados de dicha teoría, pues ella ha influido durante años al pensamiento jurídico positivista, además representar un papel antagónico con el pensamiento de la Escuela Histórica del Derecho; y de igual forma influye en la estructura jurídico-política del Estado individualista de ahí su trascendencia y actualidad.

En ese orden de ideas Rousseau con su idea del contrato social ejemplifica la idea de la regulación de la razón para instaurar un régimen político y jurídico, en virtud de que cada ciudadano entrega la totalidad de su libertad (sus derechos) y le son devueltos en una forma compatible con las libertades de sus congéneres. La voluntad general (síntesis de la libertad de todos)

¹⁸Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 4ª. ed., edit., México, Porrúa, 1999, p. 250.

¹⁹Ibíd. p. 50

del contrato social, en sucesivas ocasiones se hará presente en la ley. Y la idea más importante, es que esa voluntad general es producto de la razón pura del hombre, por eso la voluntad del legislador plasmada en la ley, es naturalmente justa, en consecuencia el juez no tiene facultades para ejercer la equidad y más bien debe buscar el espíritu del legislador, porque la ley, como producto de la razón, no admite interpretación extensiva, al ser perfecta, completa y justa.

En relación con el Estado individualista, uno de los principales postulados del racionalismo o Escuela Clásica del Derecho Natural, es la protección de los derechos naturales subjetivos básicos, como es el derecho a la libertad y recordemos que el Estado liberal individualista tenía o tiene como fin ser garante de la libertad del individuo como vía ideal para el pleno desarrollo. Bajo esa tesitura el Derecho natural consiste fundamentalmente, en la norma de libertad, que se deriva por esencia del hombre como ser moral; puesto que consiste en la consagración de las libertades básicas del sujeto, que no deben de sufrir más restricciones que las necesarias para la existencia de las libertades de los demás²⁰.

Los límites del racionalismo jurídico, fueron denunciados por la Escuela Histórica Alemana, inspirada en el Romanticismo, y a la cabeza de Savigny quien fue uno de los detractores del Movimiento Codificador en su libro de *“De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho”*. Dichas críticas exceden el objeto de análisis del artículo, sin embargo es pertinente mencionarlo al lector para su mayor conocimiento.

IV. 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

²⁰Recasens Siches, Luís, *Filosofía del Derecho*, op. cit. nota: 6, p. 434.

manifestaciones en la literatura, la música, la pintura²¹ y en el plano de la filosofía abrevó por ejemplo en el idealismo alemán etc. 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, 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 de romance, relativo al romance caballeresco medieval²². En Francia la palabra se transformó en *romantique* para referirse a los parajes en ruinas de las leyendas de la Edad Media²³. 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*" de 1800, define al romance como un libro romántico, indicando la supremacía de la poesía romántica²⁴.

²¹Es curioso que a pesar de que el Romanticismo fue un magno movimiento estético, la arquitectura casi no tuvo presencia, es decir, brillo 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.

²²Urdanoz, Teófilo, "El Romanticismo Filosófico. Origen y caracteres", *Historia de la Filosofía, Madrid*, edit. BAC, t. IV, 1975, p. 255.

²³Gras Balague, Menene, *El Romanticismo como Espíritu de la Modernidad*, 2ª. edic., Barcelona, edit. Mesinos, 1988, disponible en: <https://books.google.com.mx/books?id=gjcEqXqLcYC&printsec=frontcover&dq=el+romanticismo&hl=es-419&sa=X&sqi=2&pf=1&ved=0ahUKewixxaOvvbOAhUN6mMKHe0DAtgQ6AEIGjAA#v=onepage&q=el%20romanticismo&f=false> (17 de septiembre de 2016, 13:36 hrs.) p. 17.

²⁴Ibídem 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 fin²⁵, la existencia es un péndulo que oscila entre el caos y orden, porque el caos siempre precede al orden. Para los románticos nada es estático y la conciencia histórica resulta toral, 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 comprenderlo²⁶, mediante el diálogo (razón empática), la narración de la historia se vuelve un punto toral 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 estático²⁷.

La Historia no es una serie de fechas agrupadas linealmente en orden cronológico, sino una serie de sucesos que culminan en épocas objetivas y subjetivas²⁸, no se trata de agrupar fenómenos aislados

²⁵En 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.

²⁶...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*, pp. 14-23, México, Universidad Pedagógica Nacional, p. 18.

²⁷Para 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.

²⁸Las épocas subjetivas son épocas de guerra, de ambición por el poder y las

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 distintas²⁹.

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 irracionales³⁰ (oposición), retorna a la conciencia común para integrarse a ella³¹. 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 todo³².

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.

²⁹Urdanoz, Teófilo, "El Romanticismo Filosófico. Origen y caracteres, *Historia de la Filosofía*, Op. Cit, nota: 18, p. 258.

³⁰En el Fausto de Goethe se identifica como la lucha por la independencia interior.

³¹Esta 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.

³²El animismo es una característica esencial de este pensamiento.

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.

V. LA ESCUELA HISTÓRICA DE 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 en esta concepción del Derecho, además de que su revisión resulta muy interesante porque, como ya se adelantaba en la introducción, con la oleada de neo-constitucionalismo reviven muchos de los pensamientos de esta escuela.

La Escuela Histórica Alemana fruto del pensamiento del Romanticismo, revitaliza al Derecho y lo convierte en un ente animado por el espíritu del pueblo *volkegeist*. 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 Savigny³³, Jorge Federico Puchta y Gustavo Hugo. El Derecho es producto de la evolución histórica, al respecto escribe Savigny:

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

³³La ciencia jurídica es primordialmente la creación de los jurisconsultos alemanes de mediados y fines del siglo XIX y evolucionó naturalmente a partir de las ideas de Savigny. Merryman, Jhon Henry y Pérez Perdomo, Rogelio, La tradición jurídica romano-Canónica, op. cit, nota: 14, p. 113.

de tal modo que pudiera ser ésta o 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 a 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 fue 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 histórica³⁴.

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, Savigny³⁵ rechaza la idea de la Codificación, porque la compilación de

³⁴Savigny, EichornGierke, Stammler, Rudolf, *La Escuela Histórica del Derecho, Tres Artículos*, Madrid, Biblioteca Victoriano Suárez, trad. R. Atadar, Madrid, Biblioteca Victoriano Suárez, 1908, disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/escuelaHistoricaDelDerecho.pdf> (16 de septiembre de 2016 20: 48 hrs).

³⁵Savigny se declaró oficialmente detractor del Movimiento Codificador en Europa, en su libro de *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*. Se avoca a desarrollar una minuciosa crítica del Código de Napoleón, el Código Civil de Prusia y el Código Civil de Austria. Para mayor abundancia en el tema se sugiere consultar: Savigny, Friedrich Von Karl, *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*, España, edit. Granada-Comares, 2008.

La historia general del Derecho, tácitamente supuesta por él, acaso pudiera

las leyes entorpece el libre desarrollo de éstas y torna estática su construcción. La Codificación corresponde a lo estático racional y no a lo dinámico vital³⁶. 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 especial³⁷.

El Derecho tiene su fundamento en la vida espiritual del

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 á los cuales, como es natural, el Derecho romano no significa absolutamente nada. *Ibidem*, 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 de 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 deroga por el desuso. Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 11^a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 113.

³⁶Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21^a. edil, de la 1^a. reimp., México, Porrúa, 2012.

³⁷Savigny, EichornGierke, Stammler, Rudolf, *La Escuela Histórica del Derecho, Tres Artículos*, Op. Cit, nota: 34, p. 75. Recuperado: 17 de septiembre de 2016 20:55 hrs).

pueblo, de suerte que torna 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 social³⁸.

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 dejan de ser para ser, 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 Codificador³⁹ porque de un plumazo borraba la memoria jurídica y creaba un orden por generación espontánea.

Per se el Derecho como producto de la cultura 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

³⁸Ibídem p. 115

³⁹Durante 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 acogidas por la escuela racionalista que tuvo como preceptoras a las monarquías ilustradas de Europa. Cruz Ponce, Lisandro, Algunos Principios Generales de Nuestra Legislación Civil, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/4/dtr/dtr3.pdf> 16 de julio de 2016 22:43 hrs. p. 39.

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 jurídicas⁴⁰.

La Escuela Histórica del Derecho sostiene que el Derecho no sólo 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 la 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 experiencia⁴¹. Esto quiere decir que es el sujeto es quien le 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 ético⁴² 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.

⁴⁰Von Ihering, Rudolf, *Sobre el Nacimiento del Sentimiento Jurídico*, Madrid, Trotta, 2008, p. 19.

⁴¹Ibídem p. 24

⁴²Ibídem p. 42

V. CONCLUSIONES

1. La cosmovisión del mundo moderno es resultado de un variado y complejo entramado de ideas, corrientes filosóficas y 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 Romanticismo concibe al ser humano libre y autónomo (individualismo), ideas que fueron desarrolladas por la Ilustración, empero el Romanticismo dilucida con mayor precisión la dimensión emocional del ser humano, misma que cayó en el olvido de la mano del racionalismo.

3. Mientras la Escuela Natural del Derecho, el Derecho es una creación de la razón y son las leyes las que se identifica 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 legislatora, 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 y el contexto social y cultural del pueblo en el que será aplicado. Porque el Derecho no nace de lo 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 *volkgeist*, 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 juez, 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 *volkgeist*), 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*, 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* (sentimiento).

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.

8. El Romanticismo no es solo un movimiento estético, sino una cosmovisión, 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 triada dialéctica. El ser humano es razón, pasión, arrebato, 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 *volkegeist*.

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.

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 del 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 interprete 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 *volkgeist* 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. La Escuela Histórica del Derecho comprende al Derecho como un arquetipo que forma parte de la psique colectiva, se entiende por arquetipo aquella estructura innata en el pensamiento del ser humano y que se hereda de generación en generación, es una figura que se comparte culturalmente en todas las naciones. Idea que se replica en la obra de von Ihering en donde sostiene que el sentimiento jurídico se encuentra alojado de forma natural en el ser humano y que ante el caos, el desorden y la oposición estalla el sentimiento de indignación ante la injusticia, de tal forma que las luchas devienen en cambios que se insertan en la sociedad a manera de perpetua espiral.

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

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