

# ÍNDICE GENERAL

## Primera Parte LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

### Capítulo I El argumento y el proceso de adecuación normativa

I. Los contextos jurídicos.....	9
1. Diferencias entre debatir en derecho y controvertir en otras ciencias.....	9
2. El derecho no es solo lenguaje activo.....	10
3. El contexto jurídico es complejo y necesita acudir a escuelas jurídicas.....	11
4. Sistematización y exhibición de las propiedades fundamentales .....	14
5. La lógica, una necesidad para el razonar jurídico .....	14
5.1. El concepto .....	14
5.2. Modalidades.....	15
II. La argumentación jurídica y sus justificantes.....	16
1. Justificante interna.....	16
2. Justificante externa.....	17
III. Causas que inciden en el mal entender la hermenéutica del derecho .....	18
1. Constitucionalismo contemporáneo.....	18
2. Paso del Estado legislativo al Estado constitucional.....	20
3. Filosofía analítica del lenguaje.....	21
4. Distinción entre razón comunicativa y razón práctica .....	24
5. No correspondencia entre normatividad y racionalidad .....	26
6. La disputa entre sociólogos, juristas y filósofos .....	29
IV. El problema cardinal de la argumentación en la diversidad de criterio.....	29
1. Utilitarismo .....	31
2. Pragmatismo.....	36
3. Existencialismo .....	38
3.1. Individualismo moral .....	39

3.2. La acción individual subjetiva.....	39
3.3. Elección y compromiso .....	39
3.4. Imitación, angustia y náusea.....	40
3.5. Algunos representantes del existencialismo .....	40
3.6. Existencialismo y literatura.....	42
3.7. Jurisprudencia constitucional fundamentada en el existencialismo .....	43
V. La argumentación en el derecho al reconocimiento y normativización de la homogenidad sexual en la postmodernidad.....	46
1. El pensamiento débil: Gianni Vattimo.....	46
2. Perspectiva de igualdad de género .....	49
2.1. Evolución del concepto .....	49
2.2. La perspectiva de género vertida en el Código de la Infancia y de la Adolescencia .....	60
VI. La argumentación como base de la hermenéutica .....	61
1. La hermenéutica de la antigüedad o filológica.....	62
2. La hermenéutica teológica de la Edad Media .....	66
3. La hermenéutica científica del Renacimiento y la Ilustración .....	68
4. La hermenéutica romántica y la hermenéutica historicista del siglo XIX.....	70
VII. La argumentación en el marco de la posmodernidad.....	79
1. Características de la posmodernidad .....	80
2. El propósito de la posmodernidad.....	81
3. Comunicación en masa.....	82
VIII. El argumento como arma silenciosa para la manipulación .....	82
1. Estrategia de la distracción .....	84
2. Estrategia de crear un problema, propiciar la reacción y la solución.....	84
3. Estrategia de la gradualidad o la degradación progresiva o el poco a poco .....	84
4. Estrategia del acontecimiento inevitable diferido y propiciar la resignación.....	85

5. Estrategia de dirigirse al público como criaturas de poca edad.....	85
6. Utilizar el aspecto emocional y no la reflexión.....	85
7. Mantener al público en la ignorancia y la mediocridad y a ser complaciente con la mediocridad .....	86
8. Reemplazar la acción por la autoculpabilidad y por el individualismo.....	86
9. Conocer a los individuos mejor de lo que ellos mismos se conocen.....	86
10. Manipular el lenguaje .....	87

## Capítulo II

### El lenguaje como expresión del argumento

I. La lingüística.....	89
1. Sistema .....	89
2. Literatura y lenguaje .....	90
3. Lingüística del texto.....	92
II. La gramática .....	93
1. La gramática de Nebrija.....	93
2. Gramática de Port Royal.....	96
III. El estructuralismo.....	99
1. Clases de estructuralismo .....	99
1.1. Estructuralismo antropológico.....	99
1.2. Estructuralismo filosófico .....	100
1.3. Estructuralismo lingüístico .....	100
2. Corrientes estructuralistas lingüísticas .....	101
2.1. Estructuralismo europeo.....	102
2.2. Estructuralismo ruso.....	103
2.3. Estructuralismo inglés .....	108
2.4. Estructuralismo norteamericano .....	109
2.5. Fonología estructuralista.....	109
IV. Círculos lingüísticos .....	112
1. Círculo de Praga o teoría fonológica .....	112
2. Círculo de Copenhague .....	116
V. Gramática generativa transformacional .....	117

VI. Semiótica .....	120
---------------------	-----

### Capítulo III

## La argumentación como instrumento

I. El silogismo y el sofisma como argumento .....	121
II. El artificio del argumento retórico .....	126
1. El razonamiento verosímil .....	128
2. Contexto.....	129
3. Condiciones del discurso .....	129
4. Géneros discursivos retóricos .....	129
5. Estructura del discurso retórico.....	130
6. Contenido del argumento.....	131
7. Estrategias de expresión retóricas .....	134
8. Formas o estilos de expresión retóricos.....	134
8.1. Licencias .....	135
8.2. Intensificaciones.....	135
9. Formas de tensión retórica .....	136
III. La retórica se transforma en teoría de la argumentación .....	137
1. Lógica informal.....	137
1.1. El lenguaje natural.....	138
1.2. El punto cardinal, medular de la lógica informal .....	138
1.3. Falacias y sofismas .....	138
2. Chaïm Perelman y su tratado de la argumentación .....	139
2.1. La argumentación como base de las sentencias .....	140
2.2. La retórica como lógica de discusiones no formales .....	140
2.3. Contexto en el que emerge la obra de Chaïm Perelman .....	141
IV. Inadmisibilidad de la teoría de la argumentación para la ciencia jurídica.....	143
1. Entre construcción y verificación de hipótesis.....	143
2. Entre consenso y adhesión .....	146
3. Los medios de comunicación como fuente de argumentos.....	151
V. El modelo de argumentación a partir del foro de São Paulo.....	152
1. Surgimiento del foro de São Paulo.....	153

2. Objetivo del foro de São Paulo .....	155
3. Componentes estructurales del modelo de argumentación del foro de São Paulo .....	155
4. Principios que estructuran el modelo de argumentación del foro de São Paulo .....	156
VI. Los argumentos desde el tercer poder .....	156
1. Sectores y movimientos sociales .....	157
2. Las masas incorporadas a la arena política .....	159
3. Las ONG.....	159

Segunda Parte  
**LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**

I. Teoría de la fundamentación.....	165
1. Argumentación y fundamentación .....	165
2. La proposición del fundamento .....	166
II. La filosofía como fundamento .....	173
1. Círculo de Viena.....	173
1.1. Principio de verificación .....	176
1.2. Lenguaje lógico .....	177
1.3. Unificación de la ciencia.....	179
1.4. Inducción probabilística .....	179
2. Filosofía analítica .....	179
2.1. Positivismo lógico .....	180
2.2. Empirismo lógico (Escuela de Varsovia) .....	181
2.3. Racionalismo crítico de Popper .....	181
a) Diálogo racional.....	181
b) La falsación .....	184
2.4. Bifurcación de la filosofía analítica: empirismo lógico y filosofía del lenguaje cotidiano.....	190
3. Constructivismo .....	195
3.1. Narrativo.....	196
3.2. Plural.....	197
3.3. Radical .....	197
3.4. Post-moderno.....	198

3.5. Social .....	198
3.6. Concepción filosófica del constructivismo.....	199
3.7. Concepción social del constructivismo .....	199
4. Escuela de Frankfurt y la teoría crítica .....	200
III. La sociología como fundamento.....	207
1. Contenidos sociológicos.....	207
2. Sociología de la religión y el gobierno .....	207
3. Escuela estructuralista funcional .....	212
4. Sociología evolucionista .....	216
5. Los procesos sociales .....	219
6. Teoría del rol social o de las esferas .....	221
7. Teoría de la acción comunicativa.....	223
8. El modelo social de Versalles.....	224
8.1. Guliano Mazzarino.....	225
a) La política exterior .....	225
b) La política interior .....	226
8.2. Luis XIV.....	228
a) La Corte de Versalles.....	230
b) El Estado soy yo.....	236
9. El modelo nacionalsocialista .....	239
9.1. Tercer Reich.....	243
9.2. La propaganda y la captación de las masas.....	244
9.3. Joseph Goebbels y sus estrategias propagandísticas .....	246
IV. La Constitución como fundamento.....	247
1. Primacía de la Constitución.....	247
2. Bloque de constitucionalidad.....	250
2.1. Conformación del bloque de constitucionalidad .....	251
2.2. Bloque de constitucionalidad en estricto sentido .....	252
2.3. Bloque de constitucionalidad en sentido extenso .....	252
2.4. Los tratados como parte del bloque de constitucionalidad .....	252
3. Derechos fundamentales .....	253
3.1. El derecho fundamental de los Estados.....	253
3.2. El derecho fundamental de los seres humanos .....	256

a) Requisitos esenciales.....	256
b) Criterios de distinción.....	257
1º) Criterios analíticos o de razonabilidad de distinción.....	258
2º) Criterios fácticos o de razonabilidad.....	263
3.3. Los derechos fundamentales en la doctrina laica .....	264
3.4. Los derechos fundamentales en la doctrina eclesiástica católica .....	265
3.5. El ser humano al servicio del Estado o el Estado al servicio del ser humano .....	266
a) El ser humano como medida de todas las cosas .....	266
b) El Estado como medida de todas las cosas.....	269
4. Principios fundamentales .....	270
4.1. Clasificación de los principios.....	270
4.2. Fuerza normativa de los principios y valores constitucionales .....	272
4.3. Diferencia entre principios y normas constitucionales .....	272
5. La intimidad .....	272
5.1. Concepto del derecho a la intimidad .....	273
5.2. Proyección del derecho a la intimidad .....	274
5.3. Titular del derecho a la intimidad .....	274
5.4. La expectativa razonable de intimidad .....	275
5.5. Expectativa de intimidad de quien está de visita en una morada .....	288
5.6. Intimidad y habeas data.....	289
a) Oportunidad de la información.....	290
b) La información que se difunde tiene que ser confirmada.....	290
c) Información judicial de los medios de comunicación .....	290
d) Derecho a la rectificación.....	290
5.7. La intimidad es un derecho disponible .....	291
5.8. Intimidad económica .....	291
5.9. Libros de contabilidad y demás documentos privados .....	291
5.10. Intimidad familiar .....	292
5.11. La intimidad y las requisas carcelarias .....	292
5.12. La intimidad en las inspecciones y registros corporales en el derecho comparado .....	295

6. La intimidad corporal .....	309
6.1. Intimidad e inspección corporal .....	312
6.2. Intimidad y registro personal.....	320
6.3. Intimidad y obtención de muestras .....	327
6.4. La intimidad y los exámenes físicos realizados a la víctima .....	329
7. La condición de víctima.....	334
7.1. Concepto de víctima .....	335
7.2. El daño directo como fuente de responsabilidad.....	339
7.3. El concepto de víctima “directa” como límite de atribución de derechos.....	340
7.4. Derechos de las víctimas, en su condición de interviniente especialmente protegido.....	341
7.5. Teoría de la concepción amplia de los derechos de las víctimas.....	342
8. El pluralismo como contexto justificante .....	347
8.1. El papel de la sociedad civil y la opinión pública .....	347
a) La legitimación social .....	347
b) El mal y su legitimación social .....	348
c) El totalitarismo .....	352
d) Teoría pluralista.....	352
e) Políticas de concertación y de expectativas .....	353
8.2. El pluralismo en la jurisprudencia constitucional.....	353
9. La eficacia de la justicia.....	356
9.1. Amplias facultades para sancionar .....	357
9.2. Acuerdos o estipulaciones entre partes.....	357
9.3. Actos irregulares .....	357
V. La fundamentación y la interpretación en el contexto de las escuelas de derecho .....	380
1. Importancia de las escuelas de derecho en la construcción del fundamento .....	380
2. Escuela del derecho natural.....	381
2.1. Corriente naturalista clásica o concepción teleológica.....	384
2.2. Corriente naturalista racional del derecho .....	411
a) Edad antigua.....	412

b) En la Edad Media .....	421
c) Edad Moderna .....	449
d) Inserción de la corriente naturalista racional en la Escuela Clásica del Derecho Penal.....	468
e) Conclusión de la corriente racional del derecho natural .....	477
3. Escuela del derecho positivo.....	478
3.1. Positivismo .....	478
3.2. Racionalismo.....	480
3.3. Desarrollo de las ideas positivistas y racionalistas .....	481
a) Edad Moderna .....	481
b) Edad Contemporánea .....	495
1º) El Iluminismo .....	495
2º) Racionalismo sociológico .....	502
3.4. Inserción del racionalismo en la Escuela del Derecho Positivo .....	505
a) El derecho alemán anterior a la escuela histórica.....	505
b) Escuela histórica o espíritu del pueblo.....	506
c) Corriente pura del derecho.....	507
3.5. Escuela Positiva del Derecho Penal.....	508
4. Escuela de los derechos humanos .....	511
4.1. Humanismo .....	511
4.2. Dignidad humana .....	513
a) Formación del vocablo dignidad .....	514
b) Aceptación política y social .....	514
c) Aceptación religiosa o teológica en el cristianismo .....	518
d) Su comprensión en la modernidad.....	520
e) Juicio normativo de dignidad humana .....	522
f) Juicio valorativo de dignidad humana.....	523
g) Principio normativo de dignidad humana .....	523
h) Concepto valorativo de dignidad humana.....	526
4.3. Derecho internacional humano .....	528
4.4. Derecho internacional humanitario .....	535
a) Concepto .....	535
b) Ámbito de aplicación .....	537

c) Tiempo de aplicación.....	538
d) Principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario .....	541
e) Principales Tratados que forman el Derecho Internacional Humanitario .....	541
f) Origen del Derecho Internacional Humanitario .....	542
VI. Fundamentación e interpretación en el contexto de la adecuación normativa .....	554
1. Norma y proceso de adecuación.....	554
1.1. Norma .....	554
1.2. Contenidos del proceso de adecuación .....	554
2. Integración normativa.....	555
2.1. Concurso de normas .....	556
2.2. Importancia de su estudio .....	557
2.3. Clases de concurso .....	557
a) Concurso real o efectivo .....	557
b) Concurso aparente.....	558
2.4. Ausencia de ley.....	558
a) Analogía.....	559
b) Doctrina constitucional .....	560
c) Reglas generales del derecho.....	560
d) Equidad.....	560
e) Sin justa causa no puede haber enriquecimiento.....	561
f) Buena fe exenta de culpa.....	561
g) El error común hace ley .....	561
h) Nadie puede abusar de un derecho .....	562
2.5. Aplicación de la ley en el tiempo .....	563
2.6. Los derechos y los hechos en el tiempo.....	564
a) Derechos adquiridos.....	565
b) Hechos cumplidos .....	565
2.7. Aplicación de la ley en el espacio .....	566
2.8. Aplicación de la ley según las personas.....	566
3. Interpretación de la ley .....	571
3.1. Escuelas antiguas de interpretación.....	572
3.2. <i>Corpus iure civile</i> .....	572

3.3. Interpretación antes del <i>corpus iure civile</i> .....	575
a) Según las materias que lo integraban .....	575
b) Según la forma como se regulan las relaciones.....	576
c) Según los pareceres imperiales y la pública opinión .....	578
d) Según la ley de citas .....	578
3.4. <i>Corpus iuris canonici</i> .....	585
3.5. Escuelas actuales de interpretación .....	585
a) Por el origen de la interpretación.....	587
b) Por el objeto a ser interpretado .....	589
3.6. Disección del tipo o norma .....	594
4. Falta de aplicación, error de existencia, o exclusión evidente.....	595
4.1. Interpretación errónea .....	597
4.2. Aplicación indebida o error de selección.....	600
VII. La jurisprudencia como fundamento.....	604
1. El precedente judicial.....	604
2. Carácter obligatorio de la jurisprudencia.....	607
2.1. Criterio auxiliar .....	607
2.2. Es fundamento para justificar por sí sola una decisión .....	616
2.3. Es fuerza vinculante o “teoría fuerte del precedente” .....	617
2.4. Importancia de la unidad de jurisprudencia.....	617
2.5. Significado de la motivación de las providencias.....	620
2.6. El concepto de autonomía e independencia del juez ante el precedente judicial.....	620
2.7. Las decisiones de la Corte Suprema .....	625
a) Como valor normativo .....	625
b) Forma como resulta de obligatorio cumplimiento.....	628
c) Cuándo puede variar la jurisprudencia .....	629
2.8. La confianza legítima en la administración de justicia.....	631
VIII. El capital intelectual en la fundamentación y la interpretación judicial.....	638
1. Capital intelectual.....	638
2. Perfil del trabajador del conocimiento.....	638
3. Pilares culturales del valor .....	638

4. El capital estructural como activo útil .....	639
5. Formas usuales de expresión del pensamiento .....	639
5.1. Narrativo.....	639
a) Elementos de la narración. Sus enfoques .....	640
b) Desarrollo de la acción.....	641
c) Características y técnicas narrativas .....	641
d) Ritmo narrativo .....	642
e) Género narrativo .....	642
5.2. Descriptivo.....	642
a) Características de la descripción .....	643
b) Usos de la descripción.....	643
c) Estrategias descriptivas .....	644
d) Elementos que se emplean para soporte de la descripción .....	644
e) Técnicas descriptivas .....	645
5.3. Exposición.....	646
6. La asepsia mental .....	646
6.1. Corrientes éticas .....	646
6.2. Los valores.....	647
a) Valor en conciencia o íntima convicción .....	650
b) La moral como valor de conocimiento.....	651
1º) Moral social.....	651
2º) Moral jurídica.....	655
3º) Moral religiosa.....	657
c) Factores que inciden en la valoración .....	686
1º) Factores internos .....	686
2º) Factores externos .....	688
6.3. Procesos mentales de cognición .....	692
6.4. El pensamiento complejo .....	692
a) Mente .....	693
b) Potencial humano.....	693
c) Inteligencia .....	693
1º) Inteligencia lingüística.....	693
2º) Inteligencia lógico matemática .....	694
3º) Inteligencia espacial.....	695
4º) Inteligencia intrapersonal .....	695

5º) Inteligencia interpersonal .....	695
6.5. El pensamiento sistémico .....	696
6.6. Forma de hacer las cosas .....	697
a) Enfoque generalista .....	697
b) Enfoque especialista .....	698
6.7. Raciocinio .....	698
6.8. Experiencia.....	698