

HELIODORO FIERRO-MÉNDEZ

Profesor de Postgrado de Derecho Procesal Penal

**BIBLIOTECA
ENRIQUE LOW MURTRA**

**EL
ARGUMENTO
Y LA
FUNDAMENTACIÓN
JURÍDICA**

**LEYER**

ÍNDICE GENERAL

PRIMERA PARTE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

TÍTULO I ARGUMENTACIÓN, LÓGICA Y DERECHO

I. Los contextos jurídicos son más que argumentación o formalismo lógico	9
A. El derecho no es sólo lenguaje en actividad	10
B. La argumentación jurídica es una lógica compleja que necesita de las escuelas	11
C. Sistematización y exhibición de las propiedades fundamentales	13
D. La lógica, una necesidad para el razonar jurídico	14
1. El concepto	14
2. Modalidades	15
II. Justificantes para la argumentación jurídica	15
III. Causas que inciden en el mal entender de la hermenéutica del derecho	17
A. Constitucionalismo contemporáneo	18
B. Paso del estado legislativo al estado constitucional	19
C. Filosofía analítica del lenguaje	21
D. La distinción entre razón comunicativa y razón práctica	24
E. La no correspondencia entre normatividad y racionalidad	25
F. La disputa entre sociólogos, juristas y filósofos	28
IV. El problema cardinal del derecho a la diversidad de criterio	29
A. Utilitarismo	30
B. El pragmatismo	36
C. El existencialismo	38
1. Individualismo moral	38
2. La acción individual subjetiva	39
3. Elección y compromiso	39

4. Imitación, angustia y náusea.....	40
5. Algunos representantes del existencialismo.....	40
6. Existencialismo y literatura.....	41
7. Jurisprudencia constitucional fundamentada en el existencialismo.....	43
V. El derecho al reconocimiento y normativización de la homogenidad sexual en la postmodernidad.....	46
A. El pensamiento débil: GIANNI VATTIMO.....	46
B. Perspectiva de igualdad de género.....	49
1. Evolución del concepto.....	49
2. La perspectiva de género vertida en el Código de la Infancia y de la Adolescencia.....	60
VI. La hermenéutica.....	60
A. La hermenéutica de la antigüedad o filológica.....	62
B. La hermenéutica teológica de la edad media.....	65
C. La hermenéutica científica del renacimiento y la ilustración.....	67
D. La hermenéutica romántica y la hermenéutica historicista del Siglo XIX.....	70
VII. Posmodernidad.....	79

TÍTULO II

EL LENGUAJE COMO EXPRESIÓN DEL ARGUMENTO

I. La lingüística.....	83
A. Sistema.....	83
B. Literatura y lenguaje.....	84
C. Lingüística del texto.....	86
II. La gramática.....	87
A. La gramática de nebrija.....	87
B. Gramática de port royal.....	89
III. El estructuralismo.....	92
A. Clases de estructuralismo.....	92
1. Estructuralismo antropológico.....	93
2. Estructuralismo filosófico.....	94

3. Estructuralismo lingüístico.....	94
B. Corrientes estructuralistas lingüísticas.....	95
1. Estructuralismo europeo.....	96
2. Estructuralismo ruso	97
3. Estructuralismo inglés.....	102
4. Estructuralismo norteamericano	103
5. Fonología estructuralista	103
IV. Círculos lingüísticos.....	106
A. Círculo de praga o teoría fonológica	106
B. Círculo de Copenhague	110
V. Gramática generativa transformacional.....	111

TÍTULO III

LA ARGUMENTACIÓN COMO INSTRUMENTO

I. El silogismo y el sofisma como argumento	115
A. El silogismo	115
B. El sofisma	118
II. El artificio del argumento retórico.....	120
A. El razonamiento verosímil.....	123
B. Contexto	123
C. Condiciones del discurso.....	123
D. Géneros discursivos retóricos.....	124
E. Estructura del discurso retórico.....	124
F. Contenido del argumento.....	126
G. Estrategias de expresión retóricas.....	128
H. Formas o estilos de expresión retóricos	128
1. Licencias	129
2. Intensificaciones.....	130
I. Formas de tensión retórica	130
III. La retórica cambia por el nombre de teoría de la argumentación	131
A. Lógica informal.....	132
1. El lenguaje natural.....	132
2. El punto cardinal, medular de la lógica informal	132

3. Falacias y sofismas.....	132
B. CHAÏM PERELMAN	134
IV. Inadmisibilidad de la teoría de la argumentación para la ciencia jurídica.....	135
A. Entre construcción y verificación de hipótesis.....	136
B. Entre consenso y adhesión	139

SEGUNDA PARTE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

TÍTULO I

TEORÍA DE LA FUNDAMENTACIÓN

I. Argumentación y fundamentación.....	147
II. La proposición del fundamento.....	148

TÍTULO II

LA FILOSOFÍA COMO FUNDAMENTO

I. Círculo de Viena	157
A. Principio de verificación.....	159
B. Lenguaje lógico.....	160
C. Unificación de la ciencia	162
D. Inducción probabilística	162
II. Filosofía analítica.....	163
A. Positivismo lógico	164
B. Empirismo lógico (escuela de varsovia).....	164
C. Racionalismo crítico de POPPER	164
1. Diálogo racional	165
2. La falsación	167
D. Bifurcación de la filosofía analítica: empirismo lógico y filosofía del lenguaje cotidiano.....	174
III. Constructivismo.....	178
A. Narrativo	180
B. Plural.....	180
C. Radical.....	181
D. Post-moderno.....	182
E. Social.....	182

F. Concepción filosófica del constructivismo.....	182
G. Concepción social del constructivismo.....	183
IV. Escuela de Frankfurt y la teoría crítica.....	183

TÍTULO III

LA SOCIOLOGÍA COMO FUNDAMENTO

I. Contenidos sociológicos.....	191
II. Sociología de la religión y el gobierno.....	191
III. Escuela Estructuralista Funcional.....	196
IV. Sociología evolucionista.....	200
V. Los procesos sociales.....	203
VI. Teoría del rol social o de las esferas.....	205
VII. Teoría de la acción comunicativa.....	207
VIII. El modelo social de Versalles.....	208
A. Guliano Mazzarino.....	209
1. La política exterior.....	209
2. La política interior.....	210
B. Luis XIV.....	212
1. La Corte de Versalles.....	214
2. El Estado soy yo.....	220
IX. El modelo nacionalsocialista.....	223
A. Tercer Reich.....	227
B. La propaganda y la captación de las masas.....	228
C. Joseph Goebbels y sus estrategias propagandísticas.....	230

TÍTULO IV

LA CONSTITUCIÓN COMO FUNDAMENTO

I. Primacía de la constitución.....	233
II. Bloque de constitucionalidad.....	236
A. Conformación del bloque de constitucionalidad.....	236
B. Bloque de constitucionalidad en estricto sentido.....	237
C. Bloque de constitucionalidad en sentido extenso.....	237
D. Los tratados como parte del bloque de constitucionalidad.....	238
III. Derechos fundamentales.....	238

A. El derecho fundamental de los estados.....	239
B. El derecho fundamental de los seres humanos	241
1. Requisitos esenciales:	241
2. Criterios de distinción	243
a. Criterios analíticos o de razonabilidad de distinción.....	243
b. Criterios fácticos o de razonabilidad	249
C. Los derechos fundamentales en la doctrina laica	249
D. Los derechos fundamentales en la doctrina eclesiástica católica	250
E. El ser humano al servicio del estado o el estado al servicio del ser humano	251
1. El ser humano como medida de todas las cosas.....	251
2. El Estado como medida de todas las cosas	255
IV. Principios fundamentales.....	255
A. Clasificación de los principios.....	256
B. Fuerza normativa de los principios y valores constitucionales	257
C. Diferencia entre principios y normas constitucionales	257
V. La intimidad	257
A. Concepto del derecho a la intimidad	258
B. Proyección del derecho a la intimidad.....	259
C. Titular del derecho a la intimidad.....	259
D. La expectativa razonable de intimidad	260
E. Expectativa de intimidad de quien está de visita en una morada	273
F. Intimidad y habeas data.....	274
1. Oportunidad de la información.....	275
2. La información que se difunde tiene que ser confirmada.....	275
3. Información judicial de los medios de comunicación	275
4. Derecho a la rectificación	276
G. La intimidad es un derecho disponible.....	276
H. Intimidad económica	276
I. Libros de contabilidad y demás documentos privados	277
J. Intimidad familiar.....	277

K. La intimidad y las requisas carcelarias.....	278
L. La intimidad en las inspecciones y registros corporales en el derecho comparado.....	280
VI. La intimidad corporal.....	295
A. Intimidad e inspección corporal.....	297
B. Intimidad y registro personal.....	305
C. Intimidad y obtención de muestras.....	312
D. La intimidad y los exámenes físicos realizados a la víctima.....	314
VII. La condición de víctima.....	319
A. Concepto de víctima.....	321
B. El daño directo como fuente de responsabilidad.....	324
C. El concepto de víctima «directa» como límite de atribución de derechos.....	325
D. Derechos de las víctimas, en su condición de interviniente especialmente protegido.....	326
E. Teoría de la concepción amplia de los derechos de las víctimas.....	327
VIII. El pluralismo como contexto justificante.....	332
A. El papel de la sociedad civil y la opinión pública.....	333
1. La legitimación social.....	333
2. El mal y su legitimación social.....	333
3. El totalitarismo.....	337
4. Teoría pluralista.....	337
5. Políticas de concertación y de expectativas.....	338
B. El pluralismo en la jurisprudencia constitucional.....	338
IX. La eficacia de la justicia.....	342
A. Amplias facultades para sancionar.....	342
B. Acuerdos o estipulaciones entre partes.....	342
C. Actos irregulares.....	343

TÍTULO V

LA FUNDAMENTACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN EN EL CONTEXTO DE LAS ESCUELAS DE DERECHO

I. Importancia de las escuelas de derecho para la construcción del fundamento.....	367
--	-----

II. Escuela del derecho natural.....	368
A. Corriente naturalista clásica o concepción teleológica	371
B. Corriente naturalista racional del derecho	398
1. Edad antigua.....	399
2. En la edad media.....	408
3. Edad moderna	436
4. Inserción de la corriente naturalista racional en la escuela clásica del derecho penal	455
5. Conclusión de la corriente racional del derecho natural.....	465
III. Escuela del derecho positivo.....	466
A. Positivismo	466
B. Racionalismo.....	468
C. Desarrollo de las ideas positivistas y racionalistas.....	469
1. Edad moderna	469
2. Edad contemporánea.....	483
a. El iluminismo	483
b. Racionalismo sociológico	489
D. Inserción del racionalismo en la escuela del derecho positivo	493
1. El derecho alemán anterior a la escuela histórica	493
2. Escuela histórica o espíritu del pueblo	494
3. Corriente pura del derecho.....	495
E. Escuela positiva del derecho penal	496
IV. Escuela de los derechos humanos.....	499
A. Humanismo.....	499
B. Dignidad humana	501
1. Formación del vocablo dignidad.....	502
2. Aceptación política y social	502
3. Aceptación religiosa o teológica en el cristianismo.....	506
4. Su comprensión en la modernidad	508
5. Juicio normativo de dignidad humana.....	510
6. Juicio valorativo de dignidad humana	511
7. Principio normativo de dignidad humana.....	511

8. Concepto valorativo de dignidad humana	514
C. Derecho Internacional Humano	516
D. Derecho Internacional Humanitario.....	523
1. Concepto	523
2. Ámbito de aplicación.....	525
3. Tiempo de aplicación	527
4. Principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario	529
5. Principales Tratados que forman el Derecho Internacional Humanitario	529
6. Origen del Derecho Internacional Humanitario	530

**TÍTULO VI
FUNDAMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN
EN EL CONTEXTO DE LA ADECUACIÓN NORMATIVA**

I. Norma y proceso de adecuación	543
A. Norma	543
B. Contenidos del proceso de adecuación	543
II. Integración normativa	544
A. Concurso de normas	545
B. Importancia de su estudio	545
C. Clases de concurso	546
1. Concurso real o efectivo.....	546
2. Concurso aparente	546
D. Ausencia de ley.....	547
1. Analogía	548
2. Doctrina constitucional	548
3. Reglas generales del derecho	549
4. Equidad	549
5. Sin justa causa no puede haber enriquecimiento	549
6. Buena fe exenta de culpa	550
7. El error común hace ley	550
8. Nadie puede abusar de un derecho	551
E. Aplicación de la ley en el tiempo.....	551

F. Los derechos y los hechos en el tiempo	553
1. Derechos adquiridos.....	553
2. Hechos cumplidos	554
G. Aplicación de la ley en el espacio	554
H. Aplicación de la ley según las personas	555
I. Leyes contradictorias (aparente concurso).....	556
III. Interpretación de la ley	560
A. Escuelas antiguas de interpretación	561
B. <i>Corpus iure civile</i>	561
C. Interpretación antes del <i>corpus iure civile</i>	563
1. Según las materias que lo integraban	564
2. Según la forma como se regulan las relaciones	565
3. Según los pareceres imperiales y la pública opinión.....	567
4. Según la ley de citas.....	567
D. <i>Corpus iuris canonici</i>	573
E. Escuelas actuales de interpretación.....	574
1. Clases de interpretación.....	575
a. Por el origen de la interpretación.....	576
b. Por el objeto a ser interpretado	578
F. Disección del tipo o norma	583
IV. Falta de aplicación, error de existencia, o exclusión evidente.....	584
A. Interpretación errónea	586
B. Aplicación indebida o error de selección	589

TÍTULO VII

LA JURISPRUDENCIA COMO FUNDAMENTO

I. El precedente judicial.....	593
II. Carácter obligatorio de la jurisprudencia.....	596
A. Criterio auxiliar	596
B. Es fundamento para justificar por sí sola una decisión.....	605
C. Es fuerza vinculante o «teoría fuerte del precedente»	605
D. Importancia de la unidad de jurisprudencia.....	606

E. Significado de la motivación de las providencias	608
F. El concepto de autonomía e independencia del juez ante el precedente judicial	609
G. Las decisiones de la corte suprema.....	614
1. Como valor normativo	614
2. Forma como resulta de obligatorio cumplimiento.....	617
3. Cuándo puede variar la jurisprudencia.....	618
H. La confianza legítima en la administración de justicia.....	620

TÍTULO VIII

EL CAPITAL INTELECTUAL EN LA FUNDAMENTACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

I. Capital intelectual.....	627
II. Perfil del trabajador del conocimiento	627
III. Pilares culturales del valor	628
IV. El capital estructural como activo útil	628
V. Formas usuales de expresión del pensamiento	628
A. Narrativo	628
1. Elementos de la narración. Sus enfoques	629
2. Desarrollo de la acción	630
3. Características y técnicas narrativas.....	630
4. Ritmo narrativo	631
5. Género narrativo	631
B. Descriptivo.....	632
1. Características de la descripción.....	632
2. Usos de la descripción.....	633
3. Estrategias descriptivas.....	633
4. Elementos que se emplean para soporte de la descripción	634
5. Técnicas descriptivas.....	634
C. Exposición.....	635
VI. La asepsia mental	636
A. Corrientes éticas	636
B. Los valores	637

1. Valor en conciencia o íntima convicción	639
2. La moral como valor de conocimiento	640
a. Moral social	641
b. Moral jurídica.....	644
c. Moral religiosa	646
3. Factores que inciden en la valoración	668
a. Factores internos.....	669
b. Factores externos	670
C. Procesos mentales de cognición	674
D. El pensamiento complejo	675
1. Mente	675
2. Potencial humano	675
3. Inteligencia.....	675
a. Inteligencia lingüística.....	676
b. Inteligencia lógico matemática.....	677
c. Inteligencia espacial	677
d. Inteligencia intrapersonal	677
e. Inteligencia interpersonal.....	678
E. El pensamiento sistémico.....	678
F. Forma de hacer las cosas.....	680
1. Enfoque generalista	680
2. Enfoque especialista	680
G. Raciocinio	680
H. Experiencia.....	681