

## COORDINADORES

*SERGIO MOLINA HINCAPIÉ - DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO*

---

# DISCUSIONES ACTUALES SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA

## AUTORES

*SERGIO MARTÍN TAPIA ARGÜELLO*  
*CAROLINA ROMERO BURBANO*  
*REBECA KARINA APARICIO ALDANA*

*EMILIO JOSÉ IDROBO ENRÍQUEZ*  
*JORGE ARMANDO CRUZ BUITRAGO*  
*JAVIER BASSI*

## AEQUITAS

*Colección de la Facultad de Derecho*  
*Universidad Santiago de Cali*



---

---

DISCUSIONES ACTUALES SOBRE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA

*AEQUITAS*

*COLECCIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI*

---

---

---

---

I.S.B.N 978-958-56690-9-3

I.S.B.N Digital 978-958-56972-0-1

- © Sergio Martín Tapia Argüello
- © Carolina Romero Burbano
- © Rebeca Karina Aparicio Aldana
- © Jorge Armando Cruz Buitrago
- © Emilio José Idrobo Enríquez
- © Javier Bassi
- © Universidad Santiago de Cali 2019  
editor@usc.edu.co
- © Librería Jurídica Diké S.A.S. 2019  
www.libreriajuridicadike.com

---

**Librería Jurídica Diké S.A.S.**

Calle 35 No 66 A 44 Sector Unicentro - Tel.: (4) 351 6161 - Cel.: 318 291 2943  
Edificio José Félix de Restrepo 1<sup>er</sup> piso - Alpujarra  
Carrera 52 # 42-73 - Teléfono: 262 61 08 - Cel.:301 242 7320  
e-mail: dikealpujarra@gmail.com - dikesascomercial@gmail.com  
Medellín - Colombia

**Bogotá D.C. Librería**

Calle 12 B No 6 - 21 oficina 401 4to piso Tel.: 286 0342  
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

**San José de Costa Rica**

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23  
e-mail: jadguzman@yahoo.com  
editorialdike@hotmail.com

**Caracas-Venezuela**

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010 /  
info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04  
RIF: J-30797099-5

**Panamá**

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad  
de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

**Diseño y diagramación**

Lucio F. Chunga Cheng  
e-mail: cmya.disenoydiagramacion@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

---

---

---

---

## AUTORES

SERGIO MARTÍN TAPIA ARGÜELLO    JORGE ARMANDO CRUZ BUITRAGO  
CAROLINA ROMERO BURBANO        EMILIO JOSÉ IDROBO ENRÍQUEZ  
REBECA KARINA APARICIO ALDANA    JAVIER BASSI

## COORDINADORES

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ  
DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

# DISCUSIONES ACTUALES SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA

## AEQUITAS

*COLECCIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI*



---

---

## COORDINADORES

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en Derecho por la Universidad Santiago de Cali. Licenciado en Filosofía por la Universidad del Valle. Abogado por la Universidad Santiago de Cali.

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Es Master of Laws (LL.M.) y Doctorando en Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) en el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional; Especialista en Derecho Penal y Abogado por la Universidad Santiago de Cali y Profesional en Estudios Políticos y Resolución de Conflictos por la Universidad del Valle. Calificado como Investigador Asociado por Colciencias.

---

---

---

---

## AUTORES

### SERGIO MARTÍN TAPIA ARGÜELLO

Licenciado en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Maestro en Sociología por el Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades Alfonso Vález Pliego y en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Candidato a magister en *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* por la *Università degli Studi di Génova*. Candidato a Doctor en *Human Rights in Contemporary Society* por el *Centro de Estudos Sociais* de la *Universidade de Coimbra*. Actualmente, poseedor de la beca doctoral PD/BD/114073/2015 del Fondo Social Europeo a través del programa *Human Potential Operating* y la Fundación para la Ciencia y la Tecnología de Portugal.

### CAROLINA ROMERO BURBANO

Abogada de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Especialista en Derecho Administrativo y Comercial de la Universidad del Rosario de Bogotá. Especialista en Seguridad Social de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá. Candidata a Doctora en de la Derecho Universidad de Santo Tomás Bogotá.

### REBECA KARINA APARICIO ALDANA

Doctora (*cum laude*) en Derecho y Máster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España); Máster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional, y Abogada por la Universidad de Piura (Perú); Licenciada en Derecho (Título homologado) Universidad de Alcalá (España). Profesora de Derecho Laboral Especial de la Universidad San Ignacio de Loyola.

---

---

## JORGE ARMANDO CRUZ BUITRAGO

Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor del Departamento de Derecho público. Jefe del Área de Derecho Internacional Público, Universidad Santiago de Cali. Integrante del Grupo de Investigación GICPODERI y coordinador del semillero de investigación en Derecho Internacional Público, SIDIP. Fue Becario en varias oportunidades en el Instituto Internacional de Derechos Humanos, René Cassin (Francia), en los seminarios sobre: “La Interdicción Internacional de la Discriminación Racial (2010)”, “El curso de verano sobre los Derechos de los Refugiados (2012)” y el seminario anual sobre “Religión y el derecho internacional de los derechos humanos (2013)”. También fue becario en el Instituto Internacional de Derechos Humanos y de la Paz en Caen-Francia (2013). Contacto: [jorge.cruz00@usc.edu.co](mailto:jorge.cruz00@usc.edu.co)

## EMILIO JOSÉ IDROBO ENRÍQUEZ

Abogado de la Universidad Santiago de Cali, Magister en Derecho Público de la misma casa de estudios. Integrante del semillero de investigación en Derecho Internacional Público, SIDIP, adscrito al Grupo de Investigación GICPODERI. Contacto: [sisifo8500@gmail.com](mailto:sisifo8500@gmail.com); [emilio.idrobo00@usc.edu.co](mailto:emilio.idrobo00@usc.edu.co)

## JAVIER BASSI

Profesor de la Universidad de Mendoza (Argentina). Psicólogo por la Universidad Nacional de San Luis (Argentina). Doctor en psicología social por la Universidad Autónoma de Barcelona. Correo electrónico: [javier.e.bassi@gmail.com](mailto:javier.e.bassi@gmail.com)

**CUERPO DIRECTIVO DE LA  
EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD  
SANTIAGO DE CALI**

**CARLOS ANDRÉS PÉREZ GALINDO**  
*Rector*

**ROSA DEL PILAR COGUA ROMERO**  
*Directora General de Investigaciones*

**DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ**  
*Decano Facultad de Derecho*

**EDWARD JAVIER ORDÓÑEZ**  
*Editor en jefe*

**COMITÉ EDITORIAL**

**ROSA DEL PILAR COGUA ROMERO**

**MONICA CHÁVEZ VIVAS**

**EDWARD JAVIER ORDÓÑEZ**

**LUISA MARÍA NIETO RAMÍREZ**

**SERGIO MOLINA HINCAPIE**

**SAÚL RICK FERNÁNDEZ HURTADO**

**SERGIO ANTONIO MORA MORENO**

**FRANCISCO DAVID MOYA CHÁVES**



## ÍNDICE

PRESENTACIÓN .....	17
<i>Sergio Molina Hincapié</i>	
<i>Diego Fernando Tarapués Sandino</i>	
LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA CRÍTICA JURÍDICA LATINOAMERICANA .....	21
<i>Sergio Martín Tapia Argüello</i>	
INTRODUCCIÓN .....	21
LA CRÍTICA JURÍDICA LATINOAMERICANA .....	23
LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CRÍTICA JURÍDICA .....	26
<i>El discurso escéptico sobre los derechos humanos</i> .....	26
<i>Los problemas de las perspectivas críticas para analizar a los     derechos humanos</i> .....	29
EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS .....	32
<i>La dimensión filosófica de los derechos humanos</i> .....	35
<i>La dimensión política de los derechos humanos</i> .....	38
<i>La dimensión normativa de los derechos humanos</i> .....	42
CONCLUSIONES .....	44
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	47
DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMÉRICA. CAMBIO DE PARADIGMA EN LA CONCEPCIÓN DE SUJETO DE DERECHOS .....	57
<i>Carolina Romero Burbano</i>	
INTRODUCCIÓN .....	57

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS .....	58
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMÉRICA .....	59
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	63
CRITERIOS PARA DETERMINAR UN DERECHO FUNDAMENTAL .....	64
LA REFORMULACIÓN DEL PARADIGMA DEL SUJETO.....	68
CONCLUSIONES .....	71
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	73
DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES INESPECÍFICOS A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. ESPECIAL REFERENCIA AL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA CASATORIA LABORAL PERUANA, DE 10 DE MARZO DE 2017 .....	75
<i><b>Rebeca Karina Aparicio Aldana</b></i>	
INTRODUCCIÓN .....	75
DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y DERECHO A LA INTIMIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES .....	76
USO DEL ORDENADOR EN LA EMPRESA: UN DESARROLLO DOCTRINAL.....	79
ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.....	85
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CASATORIA LABORAL N° 14614 – 2016 – LIMA .....	95
<i>Resumen del pronunciamiento</i> .....	95
CRÍTICA A LA SENTENCIA.....	99
CONCLUSIONES .....	101
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	103
EXILIO Y RETORNO IMPOSIBLE EN EL CONO SUR LATINOAMERICANO .....	107
<i><b>Emilio José Idrobo Enríquez</b></i>	
<i><b>Jorge Armando Cruz Buitrago</b></i>	

INTRODUCCIÓN .....	107
HACIA UNA “LECTURA NO HIDRÁULICA” DE LA MIGRACIÓN Y SUS TIPOLOGÍAS.....	108
DICTADURAS MILITARES EN EL CONO SUR: CHILE (1973-1990), ARGENTINA (1976-1983) Y URUGUAY (1973-1985) .....	117
EMIGRACIÓN, INMIGRACIÓN Y RETORNO: LA TRAGEDIA DEL EXILIO EN TRES ACTOS.....	125
RETORNO IMPOSIBLE: LA CATEGORÍA IGNORADA EN LA TAXONOMÍA DEL RETORNO .....	130
CONCLUSIÓN .....	135
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	137
LA AMENAZA DEL ANTIRREPRESENTACIONISMO: EL DERECHO HA MUERTO, ¡VIVA EL DERECHO! .....	143
<i>Javier Bassi</i>	
INTRODUCCIÓN .....	143
UNA DENSA MADEJA DE CONCEPTOS .....	144
EL ANTIRREPRESENTACIONISMO EN FILOSOFÍA .....	151
ANTIRREPRESENTACIONISMO Y DERECHO .....	157
LA CAJA DE LOS TRUENOS .....	168
SÍ A TODO, NO A TODO .....	176
CHOQUE DE TRENES .....	188
<i>La construcción social del orden legal</i> .....	188
<i>Personas, sujetos, casos</i> .....	194
<i>La responsabilidad</i> .....	200
¿QUÉ FORMA HABRÍA DE TOMAR UN DERECHO ANTIRREPRESENTACIONISTA?.....	201
TRAZAS DE ANTIRREPRESENTACIONISMO (UNA ESPECIE DE CIERRE) .....	204
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	209

## PRESENTACIÓN

Presentamos a la comunidad académica el libro: “Discusiones actuales sobre los derechos fundamentales en América Latina”, el cual hace parte de “Aequitas: Colección de la Facultad de Derecho” de la Universidad Santiago de Cali. Aequitas surgió inicialmente como revista científica que sirvió para socializar los trabajos de investigación adelantados por docentes y estudiantes de la Maestría en Derecho de la Universidad Santiago de Cali. En la fase actual de Aequitas retomada desde el año 2016, se ha apostado a la consolidación de una Colección de la Facultad de Derecho, donde la discusión académica se ha ampliado a docentes y egresados de los programas de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. En este segundo libro se amplía la participación con autores provenientes de otros países que han sido docentes visitantes de nuestra Facultad.

En lo que respecta a la diversidad de temas, perspectivas y metodologías se puede decir que los temas tratados son de gran interés actual para el derecho y la política. En la presente publicación se abordan asuntos relacionados con los derechos humanos y fundamentales, desde una perspectiva amplia, como también delimitada a los derechos laborales y a las prerrogativas del patrono, asimismo se trata el tema de la migración y el antirrepresentacionismo. Todos los trabajos son abordados desde enfoques teóricos o perspectivas metodológicas poco frecuentes en el campo jurídico nacional, en ese sentido encontramos reflexiones jurídicas y sociojurídicas que van desde la crítica jurídica latinoamericana hasta el deconstruccionismo, pasando por el uso de la literatura con base en una perspectiva subjetivista y de un análisis político; por supuesto, sin descuidar la perspectiva normativista y jurisprudencial.

También vale resaltar que para garantizar la rigurosidad y calidad de los capítulos aquí agrupados, cada texto pasó por una evaluación adelantada por pares académicos anónimos. Todo lo anterior nos permite sostener que tanto la ampliación de interlocutores que se han venido uniendo a la discusión académica dada en el espacio propiciado por la presente Colección, como la actualidad teórica y metodológica de los textos, y los criterios de calidad académica seguidos, son bondades del presente libro.

Entrando de lleno al contenido de los textos y acorde con sus autores, en el primer capítulo, “Los derechos humanos en América Latina. Una aproximación desde la crítica jurídica latinoamericana”, Sergio Martín Tapia Argüello tiene como objetivo mostrar la manera en que los Derechos Humanos pueden ser y son efectivamente abordados desde la Crítica Jurídica Latinoamericana. Para ello, se desarrollará en un primer momento una breve explicación sobre la existencia y las características del pensamiento jurídico crítico. Con posterioridad, se realizará una aproximación a la visión escéptica de los derechos, para finalmente establecer una conceptualización crítica de los mismos.

En el segundo capítulo, “Derechos fundamentales en Latinoamérica. Cambio de paradigma en la concepción de sujeto de derechos”, Carolina Romero Burbano afirma que en la concepción actual del constitucionalismo latinoamericano, la revalorización de la categoría de sujeto de derechos como centro de clasificación dentro del ordenamiento jurídico, ha sido transformada. El concepto de sujeto como objeto exclusivo de la persona humana, propio de la tradición del liberalismo de occidente, que tiene sus orígenes en la antigüedad de la cultura griega y hoy, por cuenta del desarrollo otorgado a los derechos fundamentales, ha cambiado.

En el tercer capítulo, “Derechos fundamentales laborales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Especial referencia al uso del correo electrónico, a propósito de la Sentencia

Casatoria Laboral Peruana, de 10 de marzo de 2017”, Rebeca Karina Aparicio Aldana tiene como finalidad analizar el ámbito jurídicamente protegible del ejercicio del poder de control del empresario sobre el uso del correo electrónico de sus trabajadores, con el objeto de determinar cuándo dicho poder de control vulnera el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores.

En el cuarto capítulo, “Exilio y retorno imposible en el cono sur latinoamericano”, Emilio José Idrobo Enríquez y Jorge Armando Cruz Buitrago analizan el fenómeno de la migración forzada, concretamente el exilio desde una perspectiva subjetivo existencial, enfocándose en el dolor, la nostalgia y el sufrimiento que arrastra consigo el migrante-exiliado, contrario a la lógica de análisis más frecuente sobre el fenómeno que se centra en un enfoque meramente objetivo. Para lograr dicho fin, los autores reflexionan en torno a algunas dictaduras militares acaecidas en el Cono Sur latinoamericano, en la década del setenta y que forzó al exilio a muchos escritores e intelectuales de esa franja del continente, develando sus reales motivaciones. Finalmente analizan las distintas categorías de la llamada *migración de retorno*, enfocándose en la categoría poco trabajada de “retorno imposible”, pero desde la literatura y el testimonio de escritores que sobrevivieron al exilio, pero no al desexilio.

En el quinto y último capítulo, “La amenaza del antirrepresentacionismo: el derecho ha muerto, ¡viva el derecho!”, Javier Bassi analiza la relación entre el Derecho (en tanto orden normativo y práctica) y el antirrepresentacionismo. A tal fin, presenta la posición antirrepresentacionista y su expresión académico-jurídica en la versión de los *Critical Legal Studies*. Posteriormente, comenta la virulenta reacción que tal posición ha generado por parte de académicos, académicas y practicantes del Derecho, y muestra algunos puntos de conflicto entre ambas esferas. Luego, formula algunas sugerencias acerca de qué forma debería tomar el Derecho si pretendiera ser fiel a los principios antirrepresentacionistas. Al final ar-

gumenta a favor de la idea en virtud de la cual el Derecho ha sido siempre más antirrepresentacionista de lo que parece y que, si no lo es, probablemente no lo será nunca.

Para finalizar queremos agradecer a todos los que han hecho posible la publicación de este segundo libro perteneciente a la colección “Aequitas”. En especial, queremos manifestar nuestro agradecimiento al Rector Carlos Andrés Pérez Galindo por el respaldo y liderazgo institucional que ha tenido durante su gestión y el apoyo incondicional a los procesos académicos e investigativos adelantados en la Facultad de Derecho. De igual modo a todos los miembros de la Facultad de Derecho: directivos, docentes, egresados, estudiantes y administrativos, que en su quehacer cotidiano en la Facultad contribuyen directa e indirectamente y de diversas maneras al propósito colectivo de sacar adelante productos académicos como el presente libro. Asimismo damos las gracias a los miembros de la Editorial USC por su valioso acompañamiento y por la calidad editorial de este libro. Por último, agradecemos especialmente a los autores por su compromiso con la investigación y por sus contribuciones académicas que aportan al enriquecimiento del debate y del análisis jurídico y sociojurídico de nuestra comunidad académica.

***Sergio Molina Hincapié***

Docente de la Facultad de Derecho

***Diego Fernando Tarapués Sandino***

Decano de la Facultad de Derecho  
Santiago de Cali, Colombia, julio de 2018