

LA DEFINICIÓN DE LAS INDETERMINACIONES CONSTITUCIONALES RELACIONADAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL*

THE DEFINITION OF CONSTITUTIONAL INDETERMINACIES
RELATED TO THE SOCIAL SECURITY

DEFINITION DES INDETERMINATIONS DANS
LES CONSTITUTIONS LORSQU'ELLES ONT RAPPORT
AVEC LA SECURITE SOCIALE

Kenia Yasbeth AGUILAR CISNEROS**
César Alejandro RINCÓN MAYORGA***

RESUMEN: Los autores analizan que las constituciones reconocen ciertos derechos y principios; sin embargo, estos no suelen estar definidos con precisión, lo cual trae consigo el riesgo de que se vulneren derechos. Los autores argumentan que estas indeterminaciones deben atenderse con leyes que las resuelvan. En caso de no existir una determinación legal, entonces los tribunales autónomos habrán de hacerlo. Los autores, al reconocer como fundamental el derecho a la seguridad social, estudian un ejemplo en México respecto del problema de la indeterminación y la solución que proponen.

* Recibido el 10 de marzo de 2021 y aceptado para su publicación el 1 de septiembre de 2021.

** Abogada egresada de la Universidad de Guadalajara, maestra en derecho con especialidad en derecho constitucional y amparo por la misma universidad; doctorante en derecho por la Universidad de Guadalajara; becaria Conacyt; profesora de asignatura en el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, e investigadora en temas de derecho migratorio y laboral; socia legal del corporativo MSN Consultores; académica de número de la Academia Mexicana de Derecho de la Seguridad Social.

*** Maestro en derecho, con orientación en derecho constitucional, egresado de la Universidad Nacional Autónoma de México; doctorante en derecho, por la misma universidad; director general en Rincón Mayorga Román, abogados litigantes.



Revista Latinoamericana de Derecho Social
Núm. 34, enero-junio de 2022, pp. 29-48

Palabras clave: Constitución, indefinición, derecho, seguridad social, México.

ABSTRACT: The authors analyze those constitutions contain diverse principles and rights. However, they are rarely defined with precision. This, in turn, creates the risk of rights being violated. The authors argue that such vagueness should be mended by legislature. Nonetheless, in case that doesn't happen, autonomous courts are obliged to do so. The authors recognize social security rights as fundamental rights, and, as such, subject to vagueness. Thus, the authors study a Mexican case regarding social security rights vagueness and the solution they propose to solve it.

Keywords: Constitution, vagueness, law, social security, Mexico.

RÉSUMÉ: Dans ce travail, les auteurs ont procédé à une analyse qui montre que les Constitutions reconnaissent certains droits et principes mais que ces derniers sont généralement si mal définis et imprécis qu'ils peuvent être remis en question. Il est donc nécessaire de remédier à ces indéterminations par des lois qui les supprimeraient. Si l'on ne prend pas la peine de s'atteler à cette tâche, il reviendra aux tribunaux autonomes de s'en charger. Les auteurs, partant du principe que la sécurité sociale est un droit fondamental, étudient en détail un cas au Mexique où l'indétermination pose problème et suggèrent une solution pour le résoudre.

Mots-clés: Constitution, indétermination, droit, sécurité sociale, Mexique.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las indeterminaciones.* III. *Determinación de indefiniciones constitucionales.* IV. *¿Es la seguridad social un derecho fundamental?* V. *El Sistema de Aborro para el Retiro en México.* VI. *Devolución de la cuenta individual a trabajadores extranjeros en México.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de las indeterminaciones no es claro como tal. Así que, para el propósito de este artículo, consideramos que la indeterminación significa la falta normativa (Constitución y leyes reglamentarias) de regular claramente las situaciones de hecho que se generan con el devenir diario. En el quehacer diario de nuestras labores como juristas, nos encontramos ante principios o derechos constitucionales que no se encuentran claramente defi-

nidos; probablemente tengamos una idea sobre qué pudieren contener, y es a partir de ella por la cual habremos de dotarlos de contenido y límites.

Es así como el presente artículo busca responder las siguientes interrogantes: ¿la indeterminación normativa obstaculiza el fin del derecho?, ¿cómo es posible que el derecho opere ante las indeterminaciones constitucionales?, ¿qué deber tienen los tribunales cuando se encuentran ante una indeterminación?, ¿el derecho a la seguridad social es fundamental?, ¿qué ha hecho México para resolver las indeterminaciones en materia de seguridad social?

El trabajo presentado genera información útil para efecto de conocer la realidad de las Constituciones no solo de América latina, sino del mundo entero. En los textos constitucionales se plasman una serie de principios y derechos, pero la misma naturaleza de los principios y derechos constitucionales dejan al legislador el deber de definir sus alcances. Sin embargo, ¿qué pasa cuando la definición de las indeterminaciones no se logra?

Primero, definiremos las indeterminaciones constitucionales como aquellos principios y derechos cuyos contenido, alcances y límites no han sido claramente determinados. El primer obligado a resolver tales indeterminaciones es el legislador, sin embargo, puede haber casos en los que ni siquiera el legislador lo ha hecho. De ello propondremos una posible solución a cargo de los tribunales a dicho problema.

Posteriormente, estudiaremos la esencia del derecho a la seguridad social. Argumentaremos que este es un derecho fundamental, el cual puede estar reconocido en una Constitución o, en su caso, en instrumentos protectores de derechos fundamentales. Así veremos que, tal derecho puede ser objeto de indeterminaciones.

Así, analizaremos el caso de México y la forma de resolución que tomó la Suprema Corte de Justicia de dicho país ante una indeterminación relacionada con el derecho a la seguridad social. Es importante puntualizar que se consideró un análisis específico en México, con el afán de hacer un estudio de caso, partiendo de la idea que, en ese país, mediante jurisprudencia, se ha resuelto un tema de gran trascendencia en materia de seguridad social. De ese modo, se demostrará que mediante procedimientos judiciales se puede resarcir un derecho de seguridad social vulnerado ante la indefinición constitucional y legal. Este país nos sirve como muestra para generar propuestas que partan de la idea que el derecho, aún con sus indeterminaciones, puede proteger a todo ser humano sin distinción alguna. Generaremos datos e información que justifican la necesidad de la participación eficaz de los tribunales, como órganos garantes del cumplimiento del fin del derecho: la justicia.

Estaremos planteando el abordaje de las indeterminaciones constitucionales desde un diseño jurídico-social. De este modo, buscamos que el respeto de los derechos de seguridad social deje de ser una aspiración internacional y se conviertan en una realidad exigible a través de las instancias gubernamentales, lo que contribuiría al logro de la defensa legal y el acceso a la justicia de toda persona.

La técnica principalmente utilizada en el presente artículo es la documental, obteniendo información de fuentes primarias y secundarias, incluyendo aquellos textos publicados con aprobación científica.

II. LAS INDETERMINACIONES

Las constituciones son una expresión del conglomerado de los grupos existentes que ejercen el poder en ese determinado momento y dentro de ese determinado territorio, conociéndoseles a éstos como los factores reales de poder.¹ En una Constitución se recogen elementos culturales de la sociedad en la que regirá, por lo que se convierte en un reflejo de la misma.² Los principios que se insertan en la Constitución son los medios que la sociedad se fija a sí misma para lograr las metas sociales, específicamente el bien común.³ En ella convergen las diversas posturas políticas y sociales, allí es donde se señalan los principios y objetivos que deben cumplirse para lograr el bienestar social. Entonces, la Constitución debe interpretarse conforme a las razones que corresponden a sus fundamentos, no solo debe tomarse en cuenta la realidad social al momento en la que fue adoptada, esta debe visualizarse desde su rol único en la configuración de la imagen social a través de las generaciones.⁴ El diseño de la Constitución no termina una vez agotado el proceso constituyente, sino que este continúa mediante el desarrollo jurídico tanto de sus derechos fundamentales como de los principios que contiene.⁵

¹ Lasalle, F., *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Rocés, México, Ediciones Coyoacán, 1994, p. 52.

² Häberle, P., *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 86.

³ Barak, A., *Proporcionalidad, los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra Editores, 2017, pp. 70 y 71.

⁴ *Idem*.

⁵ Webber, G., *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, 2009, p. 54.

La Constitución contiene los objetivos que habrán de plantearse para lograr el bienestar social, y allí es donde convergen las diversas posturas políticas y sociales. La validez de la Constitución depende de que el contenido de ella encuentre eficacia real en el desarrollo de la vida estatal y social. Por ello es por lo que los operadores estatales se encuentran constreñidos a buscar el acercamiento de la acción estatal a la Constitución. A su vez, el acercamiento de la acción del Estado a la Constitución generaría un acercamiento entre ella y la sociedad.

Es lógico considerar que la legitimidad de una Constitución depende de la eficacia de sus principios y objetivos. Tener una carta fundamental que no sea una expresión fiel a los factores políticos, económicos y culturales que rigen un Estado, generará que la misma no cuente con valor ni sea duradera.⁶ De esto obtenemos que la legitimidad de la Constitución será el presupuesto de su validez, generándose la eficacia de la misma.⁷ Una Constitución no será válida únicamente por virtud de su fuerza normativa, sino que es necesario que la misma sea emanada de un poder constituyente y establecida por la voluntad de ese poder, por lo que la Constitución valdrá cuando su esencia sea justa en cuanto a que a quien regula —al pueblo— es quien se la ha dado, por lo que es necesario que la fuerza y autoridad del constituyente sea reconocida socialmente.⁸ De esto obtenemos que la legitimidad de la Constitución depende de los principios de democracia y derechos fundamentales. En ella se contienen los deseos políticos y sociales respecto de qué se necesita para garantizar los citados principios.⁹

Si la sociedad no considera que sus valores primordiales son protegidos por la Constitución, entonces la ejecución de los actos de autoridad ajustados a la Constitución no tendrá legitimidad; por consecuencia, tampoco tendría legitimidad la Constitución misma. Como vemos, la relación entre la Constitución, actos de autoridad y sociedad depende de qué tan cerca se encuentren uno de los otros. Las constituciones deben mantener cierta capacidad evolutiva para garantizar su perpetuidad, pues la actualización de sus principios a las necesidades sociales actuales procurará la vigencia de la Constitución. Parte de la

⁶ Vila Casado, I., *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2012, pp. 3 y 4.

⁷ Huerta Ochoa, C., *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 27.

⁸ Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 2015, pp. 137 y 138.

⁹ Webber, G., *op. cit.*, p. 24.

condición evolutiva de las constituciones es el equilibrio entre su “precisión” y la “apertura”.¹⁰ Entendemos a estos, por un lado, como los principios ya establecidos por el constituyente y, por otro, la posibilidad de que el operador jurídico construya sobre lo ya determinado por el constituyente mediante el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

III. DETERMINACIÓN DE INDEFINICIONES CONSTITUCIONALES

Los objetivos constitucionales son expresados como principios, y estos, a diferencia de las reglas, son aspiraciones sociales que gozan de ductilidad; sus alcances obligatorios dependen de un ejercicio interpretativo.¹¹ La prescripción de un principio puede ser llevada a cabo en una mayor o menor medida; esto es, existen distintos niveles de su cumplimiento. Sin embargo, el deber de las autoridades es ajustarse en la mayor medida posible al principio en cuestión. Por esta razón es que los principios deben *optimizarse*.¹² Los principios permiten la apertura de una Constitución y, por consecuencia, su actualización.

Las reglas, por su parte, ordenan el cumplimiento de algo: se cumple o no, no hay términos medios.¹³ Es fácil identificar las reglas, pues estas no dejan lugar a duda cuando se están incumpliendo. Sin embargo, las reglas no permiten una labor interpretativa que las mantenga actualizadas a la realidad, cuestión que sí es factible con los principios.

La actuación de los órganos constituidos deberá ajustarse a los principios constitucionales, por lo que deben acercarse al núcleo esencial del principio en cuestión. Como ya lo vimos, a diferencia de las reglas, no es fácil determinar si se cumplen o no los principios. Los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales, cartas de derechos o constituciones requieren de mayor construcción —sea interpretativa o legislativamente— para definir los

¹⁰ Aragón Reyes, M., “Dos problemas falsos y uno verdadero: ‘Neoconstitucionalismo’, ‘Garantismo’ y ‘aplicación judicial de la Constitución’”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 16 y 17.

¹¹ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 110.

¹² Cianciardo, J., “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 108, 2003, p. 895.

¹³ *Idem*.

alcances y límites de ellos.¹⁴ Dicho de otra forma, los derechos constitucionales, al ser expresados como principios, quedan sin una clara línea que establezca sus alcances o límites: los derechos quedan indeterminados. A pesar de su indeterminación, los entes del Estado se encuentran obligados a ajustar su actuación a tales principios.

Ahora los principios constitucionales deben ser definidos para garantizar que la acción estatal se encuentre ajustada a ellos. Consideramos que los principios, una vez definidos sus límites, son absolutos dentro de ese límite. Es decir, en abstracto, los principios no pueden considerarse absolutos, pues está pendiente la definición de sus límites. Sin embargo, una vez definidos los alcances de un principio, entonces ese principio será absoluto dentro de ese enfoque.¹⁵ Al respecto, Jeremy Waldron señala que las cartas de derechos no siempre resuelven de manera clara el alcance de los principios ahí contenidos:

Suponemos que la carta de derechos no resuelve los desacuerdos existentes en la sociedad sobre los derechos individuales y de minoría. Trata acerca de ellos, pero no los resuelve. A lo sumo, los términos abstractos de la carta de derechos son reductos popularmente escogidos para desarrollar disputas acerca de estos asuntos. La cuestión que venimos considerando es quién debe resolver los asuntos que se disputan en esos reductos.¹⁶

Incluso, él propone que estas indeterminaciones sean definidas vía un mecanismo que permita la discusión social sobre el tema en cuestión: “Argumentaré que, en lo atinente a estos supuestos, la sociedad en cuestión deberá resolver los desacuerdos sobre los derechos de sus miembros recurriendo a sus instituciones legislativas”.¹⁷

De manera similar, Carlos Santiago Nino también reconoce que las Constituciones contienen principios que, muchas veces, no se encuentran determinados. Incluso, él también sostiene que las indeterminaciones habrán de ser resueltas, preferiblemente, por la vía democrática:

¹⁴ Webber, G., *op. cit.*, p. 167.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Waldron, J., *Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, trad. de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2018, p. 108.

¹⁷ *Idem.*

Los principios de respeto a los derechos humanos y a los procedimientos democráticos que son moralmente válidos como parte de la Constitución ideal pueden ser invocados para resolver las indeterminaciones inevitables que permanecen en una constitución, incluso aquella concebida como una práctica o convención. Estas indeterminaciones le permiten a una práctica constitucional mejorar y evolucionar hacia formas más aceptables de legitimidad ya que es a menudo posible encontrar soluciones que son normativamente preferibles.

[...] es preferible solucionar este problema de acuerdo con los principios de respeto a los derechos y a los procedimientos democráticos que son moralmente válidos.¹⁸

Ahora, consideramos que es imposible que todas las indeterminaciones constitucionales sean resueltas legislativamente, mucho menos mediante un procedimiento similar a la democracia deliberativa. Lo sostenemos porque en un universo de desenlaces que un principio constitucional puede tener, es humanamente imposible que el debate legislativo —aún más imposible el social— abarque todas las posibilidades. Si bien lo idóneo es que las indeterminaciones constitucionales sean resueltas mediante mecanismos de participación ciudadana como lo propone Nino, el resto de las indeterminaciones constitucionales debe resolverse casuísticamente. Las indeterminaciones constitucionales se hacen patentes hasta que se presenta una cuestión que requiere de la aplicación de algún principio o derecho aún indefinido. Por la misma naturaleza de las funciones que realiza, es la judicatura quien atiende el mayor número de controversias en las que podría encontrarse ante una indefinición de un principio constitucional. A razón de ello, el deber del juzgador es optimizar los principios y derechos mediante su labor interpretativa.

La garantía jurisdiccional de la Constitución es uno de los elementos esenciales para considerar que un determinado sistema jurídico se encuentra impregnado por normas constitucionales; esto es, con la ausencia de medios de control de la constitucionalidad no sería siquiera concebible la constitucionalización.¹⁹ La aplicación directa de la Constitución garantiza que en los casos sometidos a la jurisdicción estos sean resueltos conforme a los principios constitucionales. Esta postura cobra relevancia sobre todo cuando algún principio no se encuentra definido. Ante una situación así, no es válido que el

¹⁸ Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, Valencia, Gedisa, 2003, p. 60.

¹⁹ Guastini, R., *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 50.

juzgador se abstenga de resolver y se quede esperando a que ello sea resuelto por la vía del procedimiento democrático. Sobre el particular, Diego Younes Moreno ha dicho:

Ante este dilema, el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico, social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional.²⁰

Al encontrarse ante una indeterminación constitucional, los tribunales se encuentran obligados a definir los alcances del principio constitucional. En razón de esto, los juzgadores deben tomar en consideración los valores que fueron adoptados por la sociedad en la Constitución.²¹ Los principios constitucionales se convierten para el juzgador en el punto de partida para la interpretación, por lo que él podría integrar el derecho a partir de ellos; de cierto modo, los neoconstitucionalistas proponen que su labor es inventiva.²² Hay posturas, como la garantista, que proponen una labor creativa del juzgador limitada a que el principio sujeto a la creatividad tenga algún sustento legislativo o constitucional.²³ A pesar de esto, creemos que el juzgador no está facultado para disponer libremente de la Constitución, pues su facultad interpretativa se encuentra limitada por la Constitución misma, por lo que su interpretación habrá de ser jurídica y no moral o política.²⁴

²⁰ Moreno Younes, D., *Derecho constitucional colombiano*, 14a. ed., Bogotá, Legis, 2016, p. 93.

²¹ Redondo, M., "El juez humanista: el nuevo guardián del derecho en el paradigma neoconstitucional", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 40, 2019, p. 148.

²² Salazar Ugarte, P., "Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, México, núm. 34, 2011, p. 597.

²³ *Idem*.

²⁴ Aragón Reyes, M., *op. cit.*, pp. 22 y 23.

Las posturas a las que acabamos de hacer mención no consideran válido que el juzgador deje sin resolver por el simple hecho de que el principio a que refiere el problema sometido a su jurisdicción no se encuentra definido. Por ello, el juzgador primero tendría que definir el tema sobre lo que trata la indeterminación en la que se encuentra el principio constitucional en análisis. Luego, el juzgador tendrá que definir los límites del principio ante el cual se encuentra. Al realizar esta labor, el juzgador se encuentra obligado a optimizar el derecho fundamental que es sometido a su jurisdicción. Esta definición, evidentemente, únicamente será vinculante para el caso que se pretende resolver. El riesgo que se corre con esta clase de resoluciones de indeterminaciones constitucionales es que, al no ser emitidas por un solo tribunal, existan contradicciones en sus resoluciones. Como veremos adelante, al analizar un asunto en materia de derecho a la seguridad social, ello es común.

Con lo hasta ahora señalado, consideramos que los juzgadores sí se encuentran obligados a ejercer una función interpretativa para definir las indeterminaciones constitucionales. Además, esta obligación jurisdiccional habrá de realizarse de tal modo que se proteja lo más posible el núcleo del derecho o principio en cuestión.

IV. ¿ES LA SEGURIDAD SOCIAL UN DERECHO FUNDAMENTAL?

El propósito de toda política de Estado debiera ser el proteger a su población garantizándoles un nivel mínimo de bienestar sin distinción de su condición económica, social, o laboral, de forma tal que no dependan únicamente de su situación ventajosa o desventajosa de inserción en el mercado laboral o de adquisición de habilidades y conocimientos para vivir en condiciones mínimas de decoro.

Los principios básicos de las políticas de bienestar fueron establecidos originalmente en Inglaterra en el Informe Beveridge, documento pionero en la materia y altamente influyente en las políticas sociales adoptadas alrededor del mundo. De acuerdo con Carmelo Mesa-Lago estos principios son: universalidad en la cobertura; igualdad, equidad o uniformidad en el trato; solidaridad y redistribución del ingreso; comprensividad y suficiencia de las prestaciones; unidad, responsabilidad del Estado, eficiencia y participación en la gestión; y sostenibilidad financiera.²⁵ Por su parte, la Organización Internacional de

²⁵ Di Tella, T. et al., *Diccionario de ciencias sociales y políticas*, Buenos Aires, Ariel, 2004.

Trabajo define a la seguridad social como: “el conjunto de instituciones, medidas, derechos y obligaciones cuyo objetivo principal es proporcionar, o tratar de proporcionar, de conformidad con reglas específicas, la seguridad de los ingresos y la asistencia sanitaria a cada miembro de la sociedad”.²⁶

Es así que, para lograr la eficacia de este derecho, los Estados deben generar sistemas que garanticen ingresos básicos ante contingencias como desempleo, enfermedades generales, accidentes de trabajo, vejez, maternidad y muerte, así como garantizar servicios de asistencia médica integral que sumados contribuyan a garantizar en todo individuo una seguridad integral que cubra la imposibilidad de generar ingresos ante riesgos inevitables.

La concepción teórica es sin duda aceptada por todos los gobiernos. Sin embargo, que, problemática real y las indeterminaciones las encontramos en relación con los sistemas de “seguridad social” que en el afán de resultar sostenibles financieramente, han laboralizado el derecho, uniéndolo de forma estricta a una relación laboral. Esto podría tener el alcance de incumplir con el principio de universalidad.

Al respecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establece en el artículo 22 lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho, como miembro de la sociedad, a la seguridad social”. La norma reconoce que “toda persona”, es titular de este derecho, que ni la sociedad en su conjunto ni el Estado pueden arrebatárle su acceso; por el contrario, están obligados a respetarlo, promoverlo, garantizarlo y satisfacerlo. Por esta razón, se le debe reconocer su acceso a toda persona por su sola condición de miembro de la familia humana, inherente a su dignidad, a su valor de persona. No tiene ninguna relación con criterio profesional alguno. Este no es un derecho del trabajador, es un derecho de todo ser humano, situación por la cual se considera importante la deslaboralización del derecho a la seguridad social.

Mucho se ha escrito sobre la necesidad de conceptualizar a la seguridad social como derecho humano, pero en el presente punto se pretende verlo como un derecho fundamental, lo que permite dejar de verlo como una aspiración para convertirse en un derecho judicializable ante la inoperancia en su garantía y respeto. El derecho es el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas de los seres humanos en su interacción social; el derecho hu-

²⁶ Organización Internacional del Trabajo, *Seguridad social para todos. Una inversión en el desarrollo económico y social mundial*, Departamento de Seguridad Social, 2007, p. 5, disponible en https://www.ilo.org/public/spanish/protection/secsoc/downloads/policy_sp.pdf, consultado el 17 de enero de 2021.

mano es una aspiración por parte de la Organización de las Naciones Unidas, que ante todo busca que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (misma que se compone por 30 artículos) sea respetada sin distinción.

Como lo dice Albinson Linares, en el año 2016, hubo un aceleramiento de la crisis de los Derechos Humanos en América Latina, ya que según el informe anual de Amnistía Internacional 2016/2017, el documento registra un alarmante incremento de obstáculos y restricciones de la justicia y libertades fundamentales, así como violentas estrategias de represión en la región. Con frecuencia, los Estados hicieron uso indebido de los sistemas judiciales y de los apartados de seguridad para responder a la disidencia y al creciente descontento de la ciudadanía, y aplastarlos de modo imparable. Países como México, Venezuela, El Salvador, Honduras y Guatemala fueron algunos de los más afectados por los abusos y la impunidad ante las violaciones a los derechos humanos, se dice que en México se ve diariamente una vulneración a los derechos humanos de las personas ya que existen demasiadas irregularidades en los procedimientos judiciales, así como arbitrios de autoridad.²⁷

Para llegar a hablar de un derecho fundamental, de forma primaria debe existir un derecho humano. De ello obtenemos que un derecho fundamental es una garantía que brinda el Estado a toda persona que está dentro de su territorio, otorgando el acceso y defensa a una prerrogativa citada en su norma constitucional. Aquí reside la gran diferencia entre un derecho humano y un derecho fundamental. De acuerdo con Miguel Carbonell, “los Derechos Fundamentales son Derechos Humanos constitucionalizados”,²⁸ el jurista Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”.²⁹ Es así que el derecho fundamental es un derecho humano positivizado (obligatorio) al encontrarse plasmado en la carta magna, lo que permite al individuo exigir un derecho frente al Estado, por lo que

²⁷ Linares, A., “México enfrenta una de las peores crisis de derechos humanos en todo el hemisferio, dice Amnistía Internacional”, *The New York Times*, 2017, disponible en <https://www.nytimes.com/es/2017/02/22/mexico-enfrenta-una-de-las-peores-crisis-de-derechos-humanos-en-todo-el-hemisferio-dice-ammistia-internacional/> consultado el 19 de noviembre de 2020.

²⁸ Carbonell, M., “Los derechos fundamentales y la acción de inconstitucionalidad”, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2474/7.pdf>; consultado el 3 de diciembre de 2020.

²⁹ González, L. y Morales, J., “Por una teoría de los derechos fundamentales”, en *id.*, *Derechos humanos: actualidad y desafíos*, México, Fontamara, 2012, pp. 11-38.

sería responsable de su cumplimiento y lo más importante, responder ante su incumplimiento

Tomándose en consideración lo que hemos señalado, el derecho a la seguridad social llega a ser un derecho fundamental en caso de encontrarse reconocido en una carta de derechos o una Constitución. De esta manera, juegan un papel trascendental los tribunales encargados de dirimir no solo controversias prestacionales, sino aquellas derivadas de las imprecisiones legislativas. Mediante sus resoluciones, los juzgadores pueden reducir las grandes brechas de desigualdad e inequidad para con los gobernados.

V. EL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO EN MÉXICO

El sistema pensionario de capitalización individual es un modelo que existe en al menos 31 países, el cual inició en 1980 con Chile.³⁰ En México, este es conocido como Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR). El fin de este modelo consiste en que cada persona ahorre durante su vida “productiva” para su pensión de retiro. Este modelo desliga al Estado de su responsabilidad del pago de pensiones.

Los sistemas de pensiones de capitalización individual nacen como una alternativa ante las debilidades del régimen de reparto. Las cotizaciones de cada persona ya no se destinan para financiar a otros, sino que se ahorran para el momento de retiro del propio cotizante. Este sistema implica que cada persona que trabaja o ha trabajado, por ejemplo, México cuente con un número de identificación (número de seguridad social), con el cual se genera un monto constitutivo con base en su salario y semanas de cotización. Para efecto de control, una cuenta se integra por tres subcuentas identificables como: a) retiro, cesantía en edad avanzada y vejez; b) vivienda, y c) aportaciones voluntarias, las cuales son constituidas para tales fines.

Como ya se ha dicho, la seguridad social es un derecho fundamental: forma parte del grupo de los llamados derechos sociales. Su inclusión en la norma nacional resulta trascendental para armonizar los textos con los internacionales.

³⁰ Kato Vidal, E., “Desempeño del sistema de ahorro para el retiro en México”, *Revista Análisis Económico*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Azcapotzalco, núm. 54, 2008, pp. 157-173, disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/413/41311483008.pdf>, consultado el 17 de enero de 2021.

les, camino que se ha recorrido de buena forma hacia la internacionalización (no así a la universalidad).³¹

Recordemos que la finalidad de este derecho es la protección a los ingresos y la atención sanitaria de las personas, por lo que la actuación de las autoridades debe ser tendiente a materializar tal fin. Por ello, la portabilidad de la cuenta individual, de tal manera que el dinero pueda ser administrado por diversas instituciones de seguridad social para obtener la prestación deseada independientemente de para quien se preste el servicio —ente gubernamental o privado— es una medida que tiende a garantizar el núcleo del derecho a la seguridad social. Si bien aún es difícil alcanzar la portabilidad, so pretexto de la complejidad administrativa y financiera que representa el traspaso, lograr la portabilidad en el plano internacional puede ser posible con voluntad y políticas públicas que muestren el sentido social del bien jurídico tutelado.

Ahora bien, la falta de regulación sobre la portabilidad de la cuenta individual de seguridad social representaría una indeterminación del derecho a la seguridad social, específicamente en lo que respecta a la posibilidad de retirar los fondos ahorrados por el titular de la cuenta. No obstante, la falta de determinación legal no es óbice para que los Tribunales asuman el deber de facilitar una solución que atienda al núcleo del derecho a la seguridad social.

VI. DEVOLUCIÓN DE LA CUENTA INDIVIDUAL A TRABAJADORES EXTRANJEROS EN MÉXICO

Un ejemplo claro de una indeterminación legislativa que trastoca derechos de seguridad social es el destino de la cuenta individual de los extranjeros que trabajaron en México y deciden abandonar el país sin cumplir los requisitos legales para obtener la devolución de recursos de su cuenta individual mediante un crédito de vivienda y/o una pensión en el seguro de cesantía o vejez.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en su artículo 1o. señala que todos los sujetos gozan de los derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales, sin discriminación por motivo de origen étnico, nacional, género, entre otras. Por su parte, el artículo 123, apartado A, fracción XXIX de la CPEUM prevé que los trabajadores

³¹ Kurczyn Villalobos, P., *Seguridad social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2975/14.pdf>, consultado el 17 de enero de 2021.

tienen derecho a gozar de la seguridad social. Entonces, podemos concluir que un extranjero, incluso ante la omisión del cumplimiento de requisitos administrativos de trabajo, tiene derecho a las prestaciones sociales tales como estar inscrito en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el cual es el organismo de seguridad social para trabajadores que no sean del Estado. En consecuencia, los extranjeros que trabajen en México pueden tener una cuenta individual en la cual se acumulen las aportaciones hechas a su favor por concepto de cuotas obrero-patronales y de vivienda.

Para tener derecho a la devolución de los recursos que integran la cuenta individual de la persona beneficiada incluyendo los de vivienda, la legislación reglamentaria solo prevé la entrega de estos cuando el trabajador tenga derecho a gozar de una pensión de cesantía en edad avanzada, vejez, invalidez, incapacidad permanente total o permanente parcial del 50% o más.

No existe ninguna disposición en la legislación mexicana y/o en sus reglamentos que permita la entrega de dichos recursos a los trabajadores extranjeros cuando retornen a su país de origen, sin alcanzar el cumplimiento de los mencionados requisitos legales; tampoco existe una disposición que lo prohíba. Por este motivo, es un deber del operador jurídico definir esta indeterminación al encontrarse ante un caso sobre esta cuestión. Así, conforme a los artículos 1o., 17 y 18 de la Ley Federal del Trabajo en México, cuando un caso no está previsto en las leyes, en los reglamentos o tratados internacionales, se aplicarán los principios de equidad en el más amplio sentido y, en caso de que se suscite duda en las normas de trabajo, estas deben interpretarse de la manera más favorable para el trabajador. Es decir, la misma legislación impone el deber a los operadores jurídicos de ajustar sus decisiones al propio núcleo del derecho a la seguridad social.

Si tomamos en consideración que el artículo 169 de la Ley del Seguro Social mexicana señala que los recursos depositados en la cuenta individual de cada trabajador son de su propiedad, el trabajador podría disponer de ellos sin que el Estado sea obstáculo. Por tal motivo, el trabajador podría iniciar un procedimiento mediante el cual actualmente se pueden recuperar los recursos de la cuenta individual de un trabajador extranjero es mediante juicio seguido ante una Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA). De lo que resuelva ese Tribunal, procedería el juicio de amparo, del cual tocaría conocer un Tribunal Colegiado de Circuito. En los casos referentes a los retiros de recursos contenidos en cuentas individuales de trabajadores extranjeros que regresan a su país de origen, los tribunales a los que referimos se encuentran obligados a

realizar una labor interpretativa del derecho a la seguridad social para optimizar el goce de tal derecho por parte del solicitante.

La jurisprudencia es la interpretación de la ley, y es de observancia obligatoria para los órganos inferiores. En México, esta se obtiene por reiteración mediante cinco criterios resueltos de forma ininterrumpida o por el pronunciamiento ante la contradicción de criterios. En relación con el tema de la devolución de los fondos de ahorro a favor de trabajadores extranjeros, dos Tribunales Colegiados de Circuito sostuvieron criterios contradictorios entre sí con respecto a la viabilidad de que los fondos de ahorro sean retirados por el trabajador extranjero de regreso a su país de origen. Por una parte, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito sostenía que los trabajadores extranjeros tenían derecho a que les regresaran el saldo total de su cuenta individual, argumentando que no obstante que la figura no estuviera prevista en leyes reglamentarias debía atenderse a su calidad migratoria; en otra postura, el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, determinó improcedente la devolución, al considerar que regresar el dinero “debilitaría la estructura del Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR)”.

Como lo dijimos, el deber de los tribunales para definir los alcances de los derechos fundamentales indeterminados tiene el riesgo de que diversos tribunales sostengan consideraciones contradictorias con respecto a un mismo tema. Sin embargo, este problema puede resolverse mediante la unificación de criterios. En el caso, se resolvió la contradicción a la que nos referimos mediante jurisprudencia publicada en el Semanario Judicial de la Federación el 13 de noviembre de 2020, y se emitió jurisprudencia con número de identificación PC.I.L. J/67 L (10a.), cuyo rubro es:

TRABAJADORES EXTRANJEROS. TIENEN DERECHO A LA DEVOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ACUMULADOS EN SU CUENTA INDIVIDUAL DEPOSITADA EN LA ADMINISTRADORA DE FONDOS PARA EL RETIRO (AFORE), ASÍ COMO DE LAS APORTACIONES AL FONDO DE LA SUBCUENTA DE VIVIENDA, CUANDO VUELVAN EN FORMA DEFINITIVA A SU PAÍS DE ORIGEN, SIN QUE LES SEAN EXIGIBLES LOS REQUISITOS PREVISTOS EN LA LEY.

En dicho criterio se da la pauta para entregar los recursos de su cuenta individual a los trabajadores extranjeros que regresen a residir a su país de origen en forma definitiva, argumentando que sólo de esa manera se reconoce

su derecho a la seguridad social y “el goce real de los beneficios sociales que adquirieron con su trabajo en nuestro país”.

Al respecto conviene analizar la consideración que la jurisprudencia sostiene para facilitar el goce de los derechos a la seguridad social para los trabajadores extranjeros:

[...]

Criterio jurídico: El Pleno en Materia de Trabajo del Primer Circuito considera que el monto acumulado de los recursos en las subcuentas de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, así como vivienda, debe ser entregado —con arreglo en la normatividad internacional que resulte aplicable—, a los trabajadores extranjeros que regresen a residir a su país de origen en forma definitiva, con el fin de salvaguardar plenamente su derecho a la seguridad social y garantizar el goce real de los beneficios sociales que adquirieron con su trabajo en nuestro país.

[...] ³²

El texto resulta claro, los tribunales en México buscan ante todo garantizar la igualdad sustantiva, la sentencia de los magistrados indica que, al menos en este asunto, los extranjeros no deben tener el mismo trato que los nacionales, ya que los trabajadores mexicanos al residir en dicho país, sí tendrán la oportunidad de continuar cotizando y eventualmente acceder a esos recursos mediante una pensión, a diferencia de los extranjeros que se regresan para no volver. Incluso, se observa que los Tribunales en México asumieron su deber de resolver las indeterminaciones del derecho a la seguridad social de tal modo que se proteja el núcleo esencial de ese derecho.

VII. CONCLUSIONES

Consideramos que las indeterminaciones de los derechos y principios constitucionales no deben ser obstáculo para que su núcleo esencial sea garantizado. En primer término, tales indeterminaciones deben ser resueltas por la legislación y, como lo proponen Waldron y Nino, con la participación social en un ejercicio democrático. Sin embargo, cuando ello no es factible, entonces será el deber de los Tribunales definir los alcances de los derechos

³² PC.II. J/67 L, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, L. 80, t. II, noviembre de 2020.

y principios constitucionales mediante un ejercicio interpretativo. Este deber habrá de realizarse de tal modo que se garantice el cumplimiento al núcleo esencial del derecho o principio en cuestión.

Definimos al derecho a la seguridad social como uno fundamental, pues su inclusión a las cartas de derechos y constituciones obligan a los Estados a proveer a sus ciudadanos con ciertos servicios para proteger los ingresos económicos y acceso a la salud. Asimismo, su positivización permite que ese derecho pueda ser exigido ante Tribunales. En el siglo XX, el reconocimiento de los derechos sociales de los ciudadanos adquirió gran importancia en la agenda internacional. Los derechos a la alimentación, trabajo, salud, vivienda, educación y seguridad social fueron incorporándose a las Constituciones, y así se plasmó la responsabilidad del Estado en la provisión de los derechos considerados sociales.³³

No obstante, el derecho a la seguridad social no está exento de posibles indeterminaciones que puedan complicar el goce completo de su contenido. De ello, analizamos un caso específico: la devolución de los fondos de ahorro para el retiro solicitada por extranjeros que trabajaban en México y ahora regresan a su país de origen. En ese caso en particular, demostramos que los Tribunales asumieron su obligación de definir un derecho que no se encontraba determinado ni en la Constitución ni en la legislación mexicana.

Concluimos que los Tribunales son fuente del derecho, por cuanto a que ellos serán los últimos responsables para definir las indeterminaciones de principios y derechos constitucionales. Esto conlleva que su actuación sea tendiente a garantizar el fin de los derechos y principios constitucionales.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, M., Dos problemas falsos y uno verdadero: “Neoconstitucionalismo”, “Garantismo” y aplicación judicial de la Constitución, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, 2013.
- BACCA OLAMENDI, L. et al., *Léxico de la política*, México, FLACSO, 2000.
- BARAK, A., *Proporcionalidad, los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra Editores, 2017.
- CARBONELL, M., *Los derechos fundamentales y la acción de inconstitucionalidad*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.

³³ Bacca Olamendi, L. et al., *Léxico de la política*, México, FLACSO, 2000.

- CIANCIARDO, J., “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, núm. 108, 2003.
- DI TELLA, T. *et al.*, *Diccionario de ciencias sociales y políticas*, Buenos Aires, Ariel, 2004.
- GONZÁLEZ, L., y MORALES, J., “Por una teoría de los derechos fundamentales”, *Derechos Humanos: Actualidad y Desafíos*, México, Fontamara, 2012.
- GUASTINI, R., *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, 3a. ed., España, Trotta, 2006.
- HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- HUERTA OCHOA, C., *Teoría del derecho: cuestiones relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- Jurisprudencia PC.I.L. J/67 L, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 80, noviembre de 2020, t. II.
- KATO VIDAL, E., “Desempeño del sistema de ahorro para el retiro en México”, *Revista Análisis Económico*, UAM, Unidad Azcapotzalco, núm. 54, 2008, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/413/41311483008.pdf>, consultado el 17 de enero de 2021.
- KURCZYN VILLALOBOS, P., *Seguridad social*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2975/14.pdf>, consultado el 17 de enero de 2021.
- LASALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, México, Ediciones Coyoacán, 1994.
- LINARES, A., *México enfrenta una de las peores crisis de derechos humanos en todo el hemisferio, dice Amnistía Internacional*, [en línea], *The New York Times*, 2017 disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2017/02/22/mexico-enfrenta-una-de-las-peores-crisis-de-derechos-humanos-en-todo-el-hemisferio-dice-ammistia-internacional/>, consultado el 19 de noviembre de 2020.
- MORENO YOUNES, D., *Derecho constitucional colombiano*, 14a. ed., Bogotá, Legis, 2016.
- NINO, C., *La Constitución de la democracia deliberativa*, España, Gedisa, 2003.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Seguridad social para todos: Una inversión en el desarrollo económico y social mundial*, Departamento de Seguridad Social, 2007, núm 5, disponible en: <https://www.ilo.org/public/>

- spanish/protection/secsoc/downloads/policy_sp.pdf*, consultado el 17 de enero de 2021.
- REDONDO, M., “El Juez humanista: El nuevo guardián del derecho en el paradigma neoconstitucional”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 40, México, 2019.
- SALAZAR UGARTE, P., *Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción*, México, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 34, 2011.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, España, Alianza Editorial, 2015.
- VILA CASADO, I., *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, 2a. ed., Colombia, Legis S.A., 2012.
- WALDRON, J., *Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, trad. de Leonardo García Jaramillo, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2018.
- WEBBER, G., *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, 2009.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011.