

LAS CLAUSULAS DEL PROGRESO EN MATERIA PREVISIONAL¹.

Por Patricio Alejandro Maraniello².

SUMARIO: Introducción.- I. Cláusula del Progreso o de prosperidad. - I.1. Antecedentes históricos.- I. 2. Constitución histórica 1853-60.- I. 3. Reforma constitucional de 1994 y el fortalecimiento del constitucionalismo social. II. tratados internacionales con jerarquía constitucional. III- Los derechos sociales sustentables como de cuarta generación. IV.- Componentes de la cláusula del progreso.- V Los fines del Estado y las necesidades públicas. VI. – Restricciones al poder de policía de bienestar y progreso.- VII.- Las cláusulas de progreso en materia previsional.- VIII. Conclusión.

INTRODUCCIÓN:

Las últimas modificaciones del sistema previsional, con basamento en la cláusula del progreso, regulados en el art. 75 inc. 18 y 19, tuvieron como fin la prosperidad, la modernización y la transparencia del sistema.

La ley 24241 crea el Sistema de Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJN) conformado por: 1) un régimen previsional público fundamentado en el otorgamiento de prestaciones por parte del Estado, que se financia a través de un sistema, llamado “régimen de reparto” y 2) un

¹ Conferencia dada en el panel sobre régimen de capitalización individual en el marco del “IV Congreso Argentino de Provisional Social” realizado entre los días 17 al 19 de septiembre de 2006, en la Ciudad de Catamarca.

² Profesor de Grado y Posgrado de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Profesor del Doctorado de la Universidad del Salvador. Profesor de la Escuela Judicial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Nación

régimen previsional basado en la capitalización denominado “régimen de capitalización”.

En estos últimos, la función principal del Estado ha sido el de controlar que las empresas de capitalización no alteren derechos constitucionales amparados en los arts. 14 bis, 42, 75 inc. 18, 19 y 23 de la CN.

Pero el interrogante que nos planteamos es ¿que ocurre si estos entes privados no llegan a cubrir las necesidades de sus afiliados?. Debería actuar el Estado o siguen siendo una cuestión netamente privada con una responsabilidad que comienza y termina en las AFJP.

Ello requiere de una respuesta clara y precisa, si nos inclinamos hacia el primero supuesto el particular deberá hacer valer sus derechos contra el Estado directamente, mientras que en otro caso las AFJP será las responsables de mejorar las condiciones de su rentabilidad. La respuesta la encontraremos en la conocida cláusula del progreso.

I.- CLAUSULA DEL PROGRESO O DE PROSPERIDAD:

I.1. ANTECEDENTES HISTORICOS:

Su origen constitucional se remonta al art. 67 inc. 16 de la Constitución histórica de 1853-60, que hoy la encontramos bajo la nueva numeración del art. 75 inc. 18, con el agregado complementario del inc. 19 incorporado luego de la reforma del año 1994. Ello como potestad del

Estado Federal, pero también esta facultad la ostentan las provincias según el art. 107 actual art. 125 de la Constitución Nacional, con el agregado del último párrafo del artículo citado sobre el desarrollo humano.

La cláusula del progreso no ha sido tomada de la Constitución de EEUU como la Cláusula del Comercio –art. 75 inc. 13 de la CN-³, sino fue inspirada del proyecto de Constitución del publicista Juan Bautista Alberdi.

I. 2.- CONSTITUCIÓN HISTORICA 1853-60:

Como ya dijimos de las ideas progresistas de Alberdi ha nacido la cláusula del progreso o de la prosperidad, que fuera luego reguladas por los arts. 67 inc. 16 y 107 (hoy 125) de la Constitución histórica de 1853-60. Como una idea no tan liberal económicamente hablando, sino con una interferencia del Estado, más precisamente del congreso en regular para el progreso económico del país.

En ellos le otorgaba al Estado Federal las facultades de regular lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, mediante leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensa –art. 75 inc. 18 de la CN (anterior art. 67 inc. 16)-. Pero estas facultades no eran exclusivas de la Nación sino

³ Art. 1 Sección 8 párrafo 3 de la Constitución de EEUU: “El Congreso tendrá facultad para regular el comercio con las naciones extranjeras, así como entre los Estados Unidos y con las tribus indias..”.

eran facultades concurrentes con las provincias –art. 125 de la CN (anterior art. 107)-.

Esta impronta también está establecido para el Poder Ejecutivo donde ¹ el art. 99 inc. 9 – anterior art. 86 inc. 12-, establece para el tratamiento de las cláusulas del progreso podrá solicitar la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convoca a sesiones extraordinarias.

I. 3. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y EL FORTALECIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL:

Los convencionales constituyentes lejos estuvieron en querer limitar el accionar del Estado en procura de un bienestar general para todos los ciudadanos, sino por el contrario ha ampliado y reformulado el Constitucionalismo Social de Derecho a través de la inclusión de un nuevo inciso 19 del art. 75 y el párrafo agregado al art. 125. Además de los arts. 41, 42 y art. 75 incs. 2, 8 y 23.

Aquí se ha dado nacimiento, dentro del género de las cláusulas del progreso, la cláusula del desarrollo humano con justicia social. Facultad esta –juntamente con la cláusula del progreso económico- que es concurrente con las Provincias y la Ciudad de Bs. As., atento lo establecido en el art. 125 “in fine” de la C.N.

De este modo se le ha dado marcados límites al derecho económica de ideología liberal individualista, para pasar a una ideología solidaria, equitativa, igualdad (art. 75 inc. 2 párrafo segundo), integral (art. 14 bis), planificador (art. 75 inc. 8) y como ya dijimos, con especial trascendencia en el desarrollo humano.

Sin duda Walter Carnota⁴ es el jurista que mejor ha tratado esta temática y entre sus argumentos dice que una de las principales falacias del discurso jurídico economicista (“law and economics”) ha sido pretender que el texto constitucional es indiferente o neutro a un determinado programa social.

Ya la Constitución originaria de 1853-1860 contenía un orden económico determinado, representado fundamentalmente por el ideario albertiano de la prevalencia de las libertades económicas clásicas. La famosa norma del ex art. 67 inc. 16 (actual art. 75 inc. 18), rotulada por la doctrina como “cláusula del progreso”, es -en este sentido- emblemática⁵.

Podemos afirmar, entonces, que ya la Constitución histórica contenía una “constitución económica”, es decir, un modo de ordenación de los recursos humanos y materiales del Estado.

⁴ Copyright © eDial.com - editorial albrematica

⁵ Carnota Walter, op. cit.

Craso error es argüir que el constitucionalismo clásico era aséptico en punto a las relaciones económicas. La pretendida neutralidad escondía “per se” una toma de posición⁶.

El agregado del art. 14 bis realizado en 1957 configuró la aceptación de un “constitucionalismo social de mínima”, que encima aparecía impugnado inicialmente por los defectos formales de dicha revisión constitucional, que hizo caso omiso -al darse en época “de facto”- del mecanismo consagrado por el art. 30.

Precisamente, una de las grandes contribuciones de la empresa reformista de 1994 fue tomar como punto de partida o de arranque al art. 14 bis, y mejorarlo con disposiciones que entendemos complementarias (art. 75 incs. 19, 22, 23 y cc., C.N.)⁷.

II. TRATADOS INTERNACIONALES CON JERARQUIA CONSTITUCIONAL.

Además de los artículos incorporados en la Constitución Nacional también debemos mencionar lo dispuestos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Tales son los casos de los arts. 2.1, y, 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos

⁶ Carnota, Walter, op. cit.

Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (desarrollo progresivo) y art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Sin lugar a dudas los tratados mencionados han efectuado un muy importante aporte a la cláusula del progreso, regulando, ampliando y obligando a los Estados partes a llevar medidas positivas tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, en beneficio del bienestar general de todos los países de América.

En un mundo globalizado si se suscitan crisis económicas o políticas en un país las consecuencias serán sufridas en forma inmediata en los estados vecinos y luego en forma mediata al resto del continente, es por ello, que el desarrollo y progreso de sus miembros se basan en la ayuda y cooperación mutua en sus diferentes aspectos económicos, sociales y, educativos.

III. LOS DERECHOS SOCIALES SUSTENTABLES COMO DE CUARTA GENERACION.

Con estas nuevas perspectivas previsionales lo podemos ubicar para un mejor funcionamiento en los derechos de cuarta generación, y no como derechos de segunda generación, pues de este modo ayudamos a un mejoramiento procesal con la posibilidad de iniciarse acciones colectivas o

⁷ Carnota Walter, op.cit.

class actions, agrupando y agilizando los tiempos en los juicios, en materia de seguridad social.

Prueba de ello, el art. 75 inc. 23 de la CN, estipula que el congreso federal deberá legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

En esta última regulación es cuando internacionalizamos los derechos sociales (art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), así como otros derechos que apliquen principios del derecho internacional y órganos con facultades jurisdiccionales a organismos internacionales.

Además de la sustentabilidad que de un análisis extensivo del art. 41 donde al hablar de que las actividades productivas que deben satisfacer las necesidades presentes sin comprometer a las futuras, los aportes que estas hagan tiene que servir para beneficiar a las generaciones presentes y futuras.

IV. - COMPONENTES DE LA CLAUSULA DEL PROGRESO:

Según Bulit Goñi⁸, de las cláusulas constitucionales enunciadas en el art. 75 inc. 18 y 19, existen dos ordenes de componentes: los fines y los

⁸ Bulit Goñi, Enrique: “ La cláusula del progreso y la materia tributaria”, ED 203:911.

medios: a) De los *fines*, los dos primeros son generales (proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias), el tercero es específico y parece enunciar su propio medio (proveer al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria), y los demás son de contenido básicamente económico (promover la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores). b) Como *medios* se mencionan a “leyes protectoras de estos fines”, “concesiones temporales de privilegios” y, “recompensas de estímulo”, “concesiones de recompensas que, desde luego, también deben concederse mediante leyes, ya que así actúa el Congreso Nacional, que de él trata la Cláusula (art. 75 inc. 18 “in fine” de la CN).

V. LOS FINES DEL ESTADO Y LAS NECESIDAD PÚBLICAS.

El Estado tiene como meta principal el dar cumplimiento a los fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución Nacional como ser: afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común y, promover el bienestar general. Estos a su vez se encuentran complementados con los artículos 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 33, 75 inc. 18 y 19, entre muchos otros.

Para la observancia de dichos fines necesita proveerse de ciertos medios, y cuanto mayor sean los fines mayor va a ser el despliegue de la actividad administrativa del Estado, implementando nuevas técnicas intervencionista desconocidas o no generalizadas en el siglo XIX, y provoca la invasión del derecho público en el campo privado.

Es por ello que la Argentina ha tenido una intervención irregular por parte del Estado. En una etapa inicial el Estado Liberal “abstencionista” realizaba su casi exclusivo cometido: el mantenimiento del orden público, mediante medidas de policía administrativa por medio de mandatos y prohibiciones. Ese aspecto autoritario de la intervención estatal se desvanece cuando la Administración presta servicios públicos en forma generalizada. A mediados del Siglo XX el Estado no se limita a prestar servicios públicos sino que participa en toda la actividad económica, industrial y comercial. Luego en el siglo XXI comienza la era de las privatizaciones de los servicios públicos que pasan en su totalidad a manos privadas, reteniendo el Estado el control de los servicios a través de ente reguladores⁹.

Ahora bien, uno de los fines más amplios y más significativos que tiene el Estado Federal es el bienestar general o bien común de todos los ciudadanos. Y para que ese fin pueda llevarse a cabo la Constitución

⁹ Argentina fue uno de los pocos países del mundo que en su afán de modernizar su economía paso a manos privados no solamente los servicios públicos sino también los recursos naturales –petróleo, gas y agua- patrimonio de nuestro país.

Nacional le ha otorgado entre los diferentes herramientas necesarias –entre otras- las denominadas “cláusulas del progreso”.

Ante esta concurrencia de facultades entre la Nación y las Provincias, sumadas a su obligatoriedad internacional, han transformado a esta cláusula en una de las que más debatidas, cuyos alcances y contenidos han logrado mayor claridad en estos diez años de reforma constitucional.

Muy recientemente la Corte Suprema de Justicia en el caso “Boto” ha dicho que en principio, el Congreso Nacional puede prohibir con base en la "cláusula del progreso", que una provincia fije el salario mínimo de los médicos que trabajan - en el territorio de dicha provincia - en relación de dependencia de una obra social regulada por normas federales. Esto es así, pues, en esta hipótesis, las normas federales deben prevalecer sobre las provinciales, a raíz de lo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional¹⁰.

En consecuencia una ley federal podrá declararse inconstitucional si fuese dictada con la intención de obtener fines nacionales reduciendo irrazonable las facultades propias de los poderes provinciales, es decir, si con el afán de producir un beneficio general adquiere facultades que van más allá del bien común pretendido, seguramente esa ley resultara claramente inconstitucional. De igual forma no tendría validez constitucional las leyes dictadas por las provincias dirigidas a contrariar las

¹⁰ CSJN in re: “*Boto, Armando c/ Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros*”. Tomo: 320 Folio: 786 Ref.: Leyes nacionales. Leyes provinciales. Obras sociales. Médicos. Remuneraciones. Provincias. Mayoría: Moliné O'Connor, Petracchi, López, Bossert, Vázquez. Disidencia: Nazareno, Fayt, Belluscio, Boggiano. Abstención: 06/05/1997

facultades otorgadas al Gobierno Federal por la propia Constitución Nacional, con limitaciones que impidan u obstaculice de manera efectiva y concreta la realización del fin teniendo en cuenta por el Estado Federal, para la implementación de políticas dirigida al progreso y la prosperidad de todo el Estado en su conjunto.

VI. - RESTRICCIONES AL PODER DE POLICIA DE BIENESTAR Y PROGRESO:

Los límites a estas facultades la podemos dividir en dos: las adjetivas y las sustantivas. Las primeras son las que resultan incompatibles en su formulación legislativa, como pueden ser: a) leyes que otorguen concesiones de privilegios sin un límite preestablecido de tiempo, aunque estas sean renovadas por otro periodo de tiempo, deberá contener obligatoriamente un plazo de finalización (art. 75 inc. 18); b) la ley que no provee el crecimiento armónico de la Nación y las provincias que tiendan a no equilibrar el desigual desarrollo, y cuya cámara de origen sea la Cámara de Diputados (art. 75 inc. 19 párrafo segundo). Como complemento de la primera las segundas hacen al espíritu y contenido de la norma, y esto se desarrolla a través del control de constitucionalidad en la razonabilidad de la norma, si bien no podrá el Poder Judicial, analizar el mérito o conveniencia de la medida adoptada, si podrá establecer que la ley federal altera arbitraria

e irrazonablemente otros derechos constitucionales (art. 28 de la CN) o, limita facultades provinciales más allá de las necesarias para lograr el bienestar general pretendido (art. 125). Del mismo modo las provincias no podrían establecer leyes que obstaculice el ejercicio de las mentadas facultades (75 inc. 18 y 19).

VII.- LAS CLAUSULAS DE PROGRESO EN MATERIA PREVISIONAL:

Al crearse el sistema de capitalización se ha producido en primer término el achicamiento de los fines del estado, pues su actividad administrativa, tributarista e intervencionista se disminuyo, pasando a manos privadas mentada regulación social, invadiendo el derecho privado cuestiones públicas. Lo mismo ha ocurrido con la salud, la educación y la seguridad.

Ello se pudo hacer atento que dentro de las necesidades públicas existen las relativas y las absolutas, y solamente en las primeras es cuando el Estado puede llegar a delegar, en forma reglada y con un control directo, un determinado rol estadual.

Sin embargo, cuando una empresa privada incumple su función específica, dejando sin cobertura social a los individuos, los particulares podrá accionar contra ellas, pero si estas por medio de la coerción jurídica

sigue incumplimiento y sin intenciones de solución fáctica, su accionar también se podrá dirigir hacia el Estado.

Lo que aquí ha ocurrido es justamente la necesidad pública que había pasado temporariamente a manos privadas vuelve al Estado, por medio del llamado “principio de subsidiaridad”.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD:

El vocablo “*subsidiaridad*” deriva de subsidio, que quiere decir ayuda, colaboración, cooperación. En su *aspecto negativo* éste postula que el estado no debe intervenir cuando se encuentra frente a una solución de igual o mayor eficacia en la iniciativa privada, en su *aspecto positiva* reivindica la intervención del estado en orden a la satisfacción del bienestar general (o bien público).

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN:

El Congreso asumió la competencia federal para legislar sobre tres cláusulas:

1. la "cláusula comercial", del art. 75, inc. 13 (antes, art. 67, inc. 12).
2. la "cláusula del progreso", del art. 75, inc. 18 (antes 67, inc. 16) complementada por el inc. 19 del mismo artículo y,

3. “la cláusula sobre del desarrollo humano” (texto 1994) y
Pero similares facultades se le ha otorgado a las provincias,
cuya ampliación regulatoria la encontramos en el art. 125
(anterior 107) -con inclusión de la Ciudad de Buenos Aires-.

Dentro de nuestro federalismo mixto, la Constitución otorga facultades concurrentes y exclusivas, para la Nación, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –luego de la reforma de 1994-. Con relación a las cláusulas del progreso, las facultades concurrentes son las que han producido mayor cantidad de conflictos judiciales, atento las reiteradas interferencias tanto de las provincias hacia la Nación, como esta con las provincias.

Y la reforma de 1994 no ha ayudado demasiado para dilucidar dicha problemática, ya que en el art. 125 “in fine” establece como una garantía de los estados provinciales promover al progreso económico y, el desarrollo humano, con un reforzamiento expreso de las cláusulas de seguridad social, que regula el art. 14 bis y, los tratados internacionales con jerarquía constitucional que podría llegar a trasladar a los derechos de cuarta generación, cuya fundamentación se encuentra en el art. 26 de la Convención Americana de Derecho Humanos, donde establece la llamada “cooperación internacional” para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas,

sociales, y sobre educación, ciencia y cultura contenida en la Carga de la OEA.

En materia provisional, a mi entender la política del Estado debe estar relacionada en forma directa con el bienestar general, cubriendo de este modo las necesidades públicas.

Porque se debe tener claro que un régimen de promoción industrial o un régimen de fomento, con exención impositiva es una clara reducción en el presupuesto nacional que interfiere en la masa coparticipable con perjuicio para todas las provincias, por lo que ello que creemos que dichas políticas deben discutirse en el seno de la Comisión Federal de Impuestos, órgano este que por su tecnicismo se encuentra en mejores condiciones para dilucidar con mayor claridad todas estas cuestiones. De esta forma no solo robusteceremos al Federalismo sino también consolidaremos el crecimiento armónico y solidario de todas las provincias, fortaleciendo los lazos de ayuda y cooperación económica social.

Sin embargo el rasgo positivo de la incorporación del art. 75 inc. 19 -como explica Maria Angélica Gelli¹¹- es la compatibilización efectuada entre el progreso y la estabilidad económica con el desarrollo humano en su más amplia aceptación, reuniendo atribuciones que para alguna crítica parecen, en principio incompatibles. Las incógnitas que deparó esta norma son las mismas que recoge el Informe sobre Desarrollo Humano 95 del

¹¹ Gelli, Maria Angelica, ob.cit.

Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, al puntualizar la necesidad de armonizar aquellos dos objetivos, con la conclusión de que el crecimiento es condición necesaria pero no suficiente para el desarrollo y se afirman que el desarrollo sin crecimiento no es sostenible en el largo plazo.

Finalmente la solución a estas problemáticas parafraseando al maestro German Bidart Campos no la tenemos en la mano invisible del mercado sino en el estado social y democrático de derecho¹².

¹² Bidart Campos, German:” Economía, constitución y derechos sociales” libro colectivo. Ediar. 1997.