

Montevideo, 18 de febrero de 2020.

Señores  
Blanvira S.A.  
Presente.-

De la mayor consideración:

Por la presente cúmpleme responder a la consulta formulada acerca de la regularidad jurídica y efectos de las iniciativas locales a través de las cuales se pretende que la Junta Departamental respectiva prohíba en determinadas localidades del país “el pasaje y tránsito de los trenes y formaciones ferroviarias del llamado Proyecto Ferrocarril Central que unirá el Puerto de Montevideo con la ciudad de Paso de los Toros”.

A fin de analizar sistemáticamente la cuestión planteada, se transitará el siguiente orden expositivo:

- a) alcance de las iniciativas locales;
- b) distribución de competencias entre los ámbitos nacional, departamental y local o municipal; y
- c) naturaleza del transporte ferroviario e incompetencia de las autoridades locales para su regulación y prohibición.

A partir de las referidas premisas, se podrán extraer las correspondientes conclusiones.

## **1 ALCANCE DE LAS INICIATIVAS DEPARTAMENTALES Y LOCALES**

- 1.1 **A título introductorio**, cabe tener presente que, de acuerdo a nuestra Constitución, “El carácter representativo del tipo de gobierno (ejercicio de la soberanía de la Nación indirectamente por los Poderes representativos, art. 82, inc. 2º) es simultáneo a la existencia de los institutos de gobierno directo, de manera que la soberanía es también ejercida por el Cuerpo

Electoral” (así: José Aníbal CAGNONI – “El Derecho Constitucional Uruguayo”, Montevideo, 2006, pág. 240).

En tal sentido, la citada norma constitucional alude a “los casos de elección, iniciativa y referéndum”.

Con específica referencia a la iniciativa en el ámbito de la descentralización territorial, ésta es objeto de tratamiento en los arts. 304, inc. 2º y 305 de la Constitución (ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Autoridades Departamentales y Municipales”, A.M.F., Montevideo, 2010, pág. 143 y sigtes.).

- 1.2 **Respecto a la iniciativa departamental**, según lo dispuesto por el art. 304, inc. 2º de la Constitución, “También podrá la ley, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, instituir y reglamentar la iniciativa popular en materia departamental” (ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial”, A.M.F., Montevideo, 2015, volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, págs. 187 y 188).

Con antecedente en la Carta de 1952, la iniciativa departamental ya había sido disciplinada previamente en el art. 79 de la ley orgánica departamental Nº 9.515 de 28 de octubre de 1935, a cuyo tenor “El quince por ciento de los inscriptos residentes en una localidad, tendrá el derecho de iniciativa ante su respectiva Junta en asuntos de dicha jurisdicción”.

Por tanto, *el objeto* de la misma es que se dicte, reforme o revoque un acto jurídico dictado por una autoridad departamental.

No existe determinación positiva de *la causal habilitante* de la iniciativa departamental, razón por la cual la misma puede responder tanto a razones de juridicidad como de mérito.

Conforme al mentado art. 79 de la ley Nº 9.515, *la legitimación* corresponderá al “mismo porcentaje de inscriptos residentes en un Departamento”, aludiendo al fijado en el art. 78 en el quince por ciento para la iniciativa local.

A estar a dicho texto legal, *el órgano competente* para pronunciarse respecto a la iniciativa es la Junta Departamental.

Respecto al *procedimiento*, establece la norma que la Junta Departamental “deberá pronunciarse dentro de los sesenta días de recibida la iniciativa y, en caso de resolución negativa, lo hará saber al Intendente a fin de que proceda de conformidad con lo dispuesto por el artículo 76”, es decir, para que convoque a referéndum. “Procederá

también así el Intendente en caso de que vencido el término a que se refiere el inciso anterior, la Junta no hubiere adoptado resolución, bastando al efecto el requerimiento de cualquiera de los firmantes de la iniciativa que acredite en forma los extremos correspondientes”

Quiere decir que, desde el punto de vista sus *efectos*, si la iniciativa departamental es acogida logra su objetivo. En cambio, en caso omiso o denegado, la misma desemboca en el referéndum.

1.3 **Con relación a la iniciativa local**, la situación es diferente (ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial” cit., volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, págs. 188 y 189).

Al tenor del art. 305 de la Constitución, “El quince por ciento de los inscriptos residentes en una localidad o circunscripción que determine la ley, tendrá el derecho de iniciativa ante los órganos del Gobierno Departamental en asuntos de dicha jurisdicción”.

Se trata de una disposición que reconoce precedentes desde la Carta de 1918, repitiéndose en el art. 78 de la ley Nº 9.515 el texto del art. 266 de la Constitución de 1934.

La iniciativa local se concreta en *el objeto* de que se dicte, reforme o revoque un acto jurídico emanado, en principio, de una autoridad local o que, proviniendo de otros “órganos del Gobierno Departamental”, refiera a asuntos municipales “de dicha jurisdicción”.

En la medida que ni la Constitución ni la ley delimitan *la causal habilitante* de la iniciativa local, es preciso inferir que la misma puede responder a razones de legitimidad o de mérito.

*La legitimación* es definida por el citado art. 78 en los siguientes términos: “El quince por ciento de los inscriptos residentes en una localidad, tendrá el derecho de iniciativa ante su respectiva Junta en asuntos de dicha jurisdicción”.

Teniendo en cuenta lo previsto en dicho art. 78, el órgano competente para recibir la iniciativa es la autoridad local. No obstante, el art. 305 de la Carta habilita más ampliamente a ejercer “el derecho de iniciativa ante los órganos del Gobierno Departamental en asuntos de dicha jurisdicción”.

Desde el punto de vista del *procedimiento*, presentada la iniciativa por el quince por ciento de los inscriptos residentes en la localidad, el órgano respectivo “deberá considerar las proposiciones formuladas, dándoles

trámite ante las autoridades competentes”, o sea, ante el Intendente o ante la Junta Departamental, según corresponda.

Interesa destacar que, hasta que se dicte la ley a la que remite la norma constitucional, *los efectos* de la iniciativa local no están determinados.

De acuerdo al art. 16 de la ley N° 19.272 de 18 de setiembre de 2014, se incluye como objeto posible de la iniciativa local la constitución de un Municipio, estableciéndose el procedimiento a seguir en el caso.

## 2 DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS

2.1 **Desde el punto de vista conceptual**, la competencia es un concepto técnico jurídico, propio de la Teoría de la Organización, que opera a la vez como ámbito de actuación que el ordenamiento jurídico confiere al órgano, como impulso al proceso decisorio de la organización, y como límite a la actuación orgánica (ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General”, A.M.F., Montevideo, 2015, volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 244 y sigtes.).

En su mérito, puede definírsela como la atribución de poderes jurídicos en una determinada materia para ser ejercidos en un determinado territorio o ámbito espacial.

Considerada la competencia como una medida de cantidad, es el quantum de poderes jurídicos atribuidos por el ordenamiento jurídico a un órgano para el cumplimiento de determinados fines, ya sea en razón de materia, de territorio, de tiempo, o de grado.

Consecuentemente, el primero de los componentes de la competencia a destacar es la atribución de los *poderes jurídicos*, concernientes a las funciones jurídicas del Estado: legislativos, jurisdiccionales y administrativos, pudiendo estos últimos ser de decisión, de asesoramiento, de consulta, de representación o de control.

En segundo lugar, la *materia* refiere a los cometidos o tareas confiados al órgano o entidad personificada, para cuyo desenvolvimiento se les dota de los poderes jurídicos necesarios. Ello no implica que el cumplimiento de la materia asignada sea optativo o facultativo, constituyendo un deber.

En tercer lugar, el *territorio* es el ámbito espacial en que las personas jurídicas y sus órganos actúan, pudiendo no coincidir el de aquella con el de estos (como ocurre en nuestro Derecho, por ejemplo, con los órganos Municipios respecto a las personas jurídicas Gobiernos Departamentales).

En cuarto lugar, el *tiempo* puede ser un componente de la competencia cuando la misma se acota o determina en atención a ciertos lapsos (como cuando los órganos actúan por turnos).

En quinto lugar, en la doctrina italiana es habitual aludir al *grado* como un componente de la competencia, entendiendo por tal la posición que ocupa el órgano dentro de la organización jerárquica.

2.2 **Desde el punto de vista constitucional**, en lo que interesa a los efectos de este dictamen, corresponde detenerse en el criterio seguido por la Carta para diferenciar la materia nacional de la departamental y de la local.

2.2.1 En primer lugar, la *materia nacional* es la atribuida a los órganos y organismos de ámbito nacional, definiéndose positivamente (por atribución al Estado y demás entes descentralizados por servicios) y negativamente (por asignación a los distintos niveles de la Administración descentralizada territorialmente).

2.2.2 En segundo lugar, de acuerdo al art. 262, inc. 3º de la Constitución, se dispone que “La ley establecerá la materia departamental y la municipal, de modo de delimitar los cometidos respectivos de las autoridades departamentales y locales, así como los poderes jurídicos de sus órganos, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 273 y 275”.

Consecuentemente, la *materia departamental* se caracteriza por su referencia a toda actividad pública en la que exista un interés del Departamento que predomine sobre el interés del Estado y no haya sido asignada a otro órgano del Estado, de modo que también se perfila a través de un criterio negativo (materia excluida por haber sido asignada a órganos nacionales) y de un criterio positivo (materia incluida por disposición expresa de la Constitución o delimitada por la ley en cabeza de la Junta Departamental y del Intendente).

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha delimitado la materia departamental en base a un criterio que ella misma ha calificado como evolutivo e histórico (así: sentencia N° 120 de 2 de agosto de 1971). Más explícitamente, en su sentencia N° 10 de 22 de febrero de 1989 dijo que “nuestro ordenamiento constitucional no ha precisado cuál es la materia propia del gobierno y administración de los Departamentos reservada en exclusividad a las autoridades departamentales... más la ley que la Constitución determinan la materia departamental... y ésta no tiene un perfil rígido sino evolutivo, que atiende a las variantes de la organización política, social y económica del país... La competencia departamental en

nuestro régimen institucional está limitada a la regulación de asuntos que tengan un concreto y preciso interés para esa particular región”. En similares términos, la sentencia N° 276 de 5 de setiembre de 1988 reiteró que “En razón de un criterio evolutivo histórico, lo que antes tenía un interés prevalentemente local, hoy lo tiene nacional”.

Sin que signifique un mayor aporte a la distinción entre la materia departamental y la local, el art. 6° de la ley N° 19.272 establece que “La materia departamental estará constituida por:

- a) los cometidos que la Constitución de la República y las leyes asignen a los Gobiernos Departamentales;
- b) los asuntos que emerjan de acuerdos entre el Gobierno Nacional y el Departamental;
- c) la protección del ambiente y el desarrollo sustentable de los recursos naturales dentro de su jurisdicción;
- d) la definición y diseño de las políticas referidas al ordenamiento territorial, en el marco de las disposiciones de la Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible, así como la legislación vigente en materia nacional y departamental;
- e) la definición de la política de recursos financieros;
- f) el diseño y la conducción de la política de recursos humanos; y
- g) la generación de programas presupuestales municipales enmarcados en el presupuesto departamental”.

2.2.3 En tercer lugar, a partir del citado art. 262, inc. 3° de la Constitución, cabe caracterizar a la *materia municipal* por su referencia a todos aquellos asuntos de predominante interés local, frente al interés departamental (propio de la materia departamental) o nacional (propio de la materia atribuida a los órganos nacionales).

Al respecto, el art. 7° de la ley N° 19.272 establece que “La materia municipal estará constituida por:

- a) los cometidos que la Constitución de la República y la ley determinen;
- b) los asuntos que le son propios dentro de su circunscripción territorial, incluyendo:

- el mantenimiento de la red vial local, de pluviales, de alumbrado y de espacios públicos, y el control de fincas ruinosas;
  - el servicio de necrópolis, salvo la existencia de disposiciones departamentales que lo excluyan;
  - el seguimiento y control de la señalización del tránsito, de su ordenamiento, en el marco de las disposiciones nacionales y departamentales vigentes; y
  - el seguimiento y control de la recolección de residuos domiciliarios y su disposición, asumiendo directamente la tarea, salvo la existencia de disposiciones departamentales que lo excluyan.
- c) la administración de los recursos financieros establecidos en su programa presupuestal, que deberán estar incluidos en el presupuesto departamental;
  - d) la administración de los recursos humanos dependientes del Municipio, sin perjuicio de lo dispuesto por el num. 5º del art. 275 de la Constitución de la República;
  - e) la articulación con los vecinos y la priorización de las iniciativas existentes, en los que puedan intervenir;
  - f) la relación con las organizaciones de la sociedad civil en su jurisdicción;
  - g) la celebración de convenios dentro del área de su competencia;
  - h) el conocimiento de las obras públicas a implantarse en su jurisdicción;
  - i) los asuntos que, referidos a cuestiones locales, el Poder Ejecutivo, por intermedio del respectivo Gobierno Departamental, acuerde asignar a los Municipios;
  - j) la participación en proyectos de cooperación internacional que comprendan a su circunscripción territorial;

- k) los asuntos que resulten de acuerdos que pueden concretarse entre más de un Municipio del mismo Departamento, con autorización del Intendente;
- l) los asuntos que resulten de acuerdos entre los Gobiernos Departamentales para ejecutarse entre Municipios de más de un Departamento;
- m) los asuntos que el respectivo Gobierno Departamental asigne a los Municipios; y
- n) los proyectos de desarrollo comprendidos dentro de los nums. 11 y 12 de este artículo, que obtengan financiamiento de cooperación que sean respaldados por el 30 % de los inscriptos en la respectiva circunscripción o por unanimidad de los integrantes del Municipio y que no comprometan el Presupuesto quinquenal del Gobierno Departamental, los que deberán ser habilitados para su ejecución”.

2.3 **Desde el punto de vista lógico**, vinculando cuanto viene de decirse en este capítulo con lo dicho en el anterior, es evidente que el objeto de la iniciativa local debe estar referido a la jurisdicción de la localidad de los firmante promotores de la misma, es decir, a la materia local (así: Fulvio GUTIERREZ – “Manual Jurídico sobre los Gobiernos Departamentales”, F.C.U., Montevideo, 2012, pág. 139).

En el caso bajo examen, la contradicción al respecto es evidente ya que, por un lado, se promueve una iniciativa local pero, por otro lado, lo que se pretende es el dictado por la Junta Departamental respectiva de un decreto con fuerza de ley en su jurisdicción, ingresando así en el ámbito de la materia departamental, sin perjuicio -como se verá- de la afectación de la materia nacional, ajena al ámbito competencial de los órganos de los Gobiernos Departamentales.

### 3 ENFOQUE APLICATIVO

3.1 **El denominado Proyecto Ferrocarril Central** a que aluden las papeletas en las que se recogen las firmas promoviendo las iniciativas locales para que se dicten decretos con fuerza de ley por las Juntas Departamentales de los departamentos por los que atraviesa el trazado de la línea férrea que unirá el Puerto de Montevideo con la ciudad de Paso de los Toros (Montevideo, Canelones, Florida y Durazno) pretendiendo prohibir el pasaje y tránsito de trenes y formaciones ferroviarias, refiere a la ejecución del contrato adjudicado al cabo de la licitación pública internacional N°

35/2017 convocada por el Estado, a través del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTO), para la contratación del tramo ferroviario "Puerto de Montevideo – Paso de los Toros" bajo la modalidad de Participación Público Privada (PPP) conforme a la ley N° 18.786 de 19 de julio de 2011 y sus reglamentaciones.

Al respecto, procede realizar un primer deslinde necesario ya que dicho Proyecto implica dos aspectos diferentes: el tendido de una línea férrea y el transporte bajo el modo ferroviario a través de la misma, una vez finalizada la obra.

Parece claro que el primer aspecto, aunque es aludido, está fuera del ámbito de las iniciativas locales bajo examen, las cuales parecen apuntar a impedir el uso posterior de dicha vía férrea por trenes y formaciones ferroviarias (lo que encierra un absurdo ya qué sentido tiene contar con la infraestructura si luego no se la puede usar).

- 3.2 Siendo así, corresponde referirse a la **naturaleza del transporte ferroviario** en nuestro Derecho, la cual reconoce distintos momentos (ver: Carlos E. DELPIAZZO – "Derecho Administrativo Especial" cit., volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 612 y sigtes.).

En una primera etapa, el transporte ferroviario fue considerado una *actividad privada*, realizada por empresas particulares.

En una segunda etapa, a partir de las nacionalizaciones en la materia, se empezó a entender que se trataba de un *servicio público* a cargo de la Administración de Ferrocarriles del Estado (AFE), creada como Ente Autónomo del dominio industrial y comercial del Estado por la ley N° 11.859 de 19 de setiembre de 1952.

A partir de tal calificación del transporte ferroviario como un servicio público a cargo de AFE, se planteó la cuestión de si el mismo le fue atribuido en exclusividad o si, en cambio, podía ser concedido a terceros.

Sobre el particular, la interpretación clásica de la ley N° 11.859 y del decreto ley N° 14.396 de 1° de julio de 1975, por el que se aprobó la actual Carta Orgánica del ente, fue que AFE gozaba de exclusividad para la prestación del servicio de transporte ferroviario, sin perjuicio de poder contratar con terceros prestaciones de carácter accesorio. Consiguientemente, se postuló que AFE no podía celebrar concesiones con terceros, posición que se mantuvo hasta la aprobación del art. 752 de la ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996 que, al habilitar concesiones para la "prestación de servicios ferroviarios", puso fin a la exclusividad.

En una tercera etapa, se entendió que el transporte ferroviario perdió la condición de servicio público, revirtiendo a la *actividad privada*, aunque a cargo primordialmente de un organismo estatal, a partir de la "discontinuación de los servicios de pasajeros" según la resolución del Poder Ejecutivo N° 546/987 de 16 de diciembre de 1987 ya que, por definición, el servicio público atiende a satisfacer necesidades impostergables de la población y debe prestarse en forma continua, ininterrumpida, con regularidad y en igualdad de condiciones.

Dicha posición se reafirmó con la sanción del art. 21 de la ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000, que facultó al Poder Ejecutivo a "autorizar la utilización de las vías férreas por parte de empresas" que abonen un peaje por ello. En la medida que todo acto de autorización habilita para ejercer un derecho preexistente, se ha sostenido que la actividad ferroviaria ha perdido el carácter de servicio público en la medida que la disposición citada admite que los privados la puedan realizar mediante autorización y ya no mediante concesión (así: Carlos LABAURE - "El servicio público de ferrocarril", en Aspectos administrativos en las leyes de urgencia y de presupuesto. Homenaje a la memoria del Prof. Héctor Barbé Pérez, Grafinel, Montevideo, 2002, pág. 149 y sigtes.).

Por lo tanto, al presente, el transporte ferroviario puede ser cumplido por la Administración pública que lo tiene atribuido (AFE) en competencia con los particulares que deseen desarrollarla en tanto cumplan las condiciones requeridas para ello y obtengan la habilitación correspondiente.

- 3.3 Cualquiera sea la naturaleza que se le atribuya, **la regulación del transporte ferroviario corresponde a la materia nacional** por estar atribuida al Estado y no a los Gobiernos Departamentales.

Prescindiendo de otros antecedentes, además de las normas legales ya citadas relativas a AFE, corresponde hacer referencia a la competencia atribuida a la Dirección Nacional de Transporte Ferroviario como órgano desconcentrado del MTOP, a la cual el art. 173 de la ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011, con la redacción dada por el art. 109 de la ley N° 19.535 de 25 de setiembre de 2017, le asigna los siguientes cometidos principales:

- a) asesorar al Poder Ejecutivo en materia de política de transporte ferroviario;
- b) establecer los requisitos para ser operador ferroviario y habilitar los operadores ferroviarios que cumplan con dichos requisitos;

- c) reglamentar los requisitos para ser conductor ferroviario y habilitarlos;
- d) definir los recorridos de cada operador en la red y establecer los criterios de prioridad entre los diferentes operadores, determinando las preferencias sobre cada canal de circulación o tramo de infraestructura, así como los límites de dichas preferencias;
- e) proponer al Poder Ejecutivo el establecimiento de los cánones y tarifas a abonar por los operadores habilitados y los criterios sobre los cuales se deberán calcular los peajes a abonar por el derecho de uso de la infraestructura ferroviaria; y
- f) en general, establecer y controlar el cumplimiento de los reglamentos, resoluciones e instrucciones necesarias para el correcto funcionamiento del modo ferroviario y su correspondiente régimen de sanciones.

Confirmando la competencia nacional en la materia, el Decreto N° 280/2018 de 5 de setiembre de 2018 no incluye a los Gobiernos Departamentales en el marco institucional del sistema ferroviario (art. 3°) y ubica en cabeza del Poder Ejecutivo y sus dependencias el régimen de licencias de los operadores ferroviarios (art. 4° y sigtes.), los permisos de circulación ferroviaria (art. 12 y sigtes.), y la adjudicación de la capacidad ferroviaria (art. 19 y sigtes.), sin perjuicio de los aspectos referidos a la infraestructura (art. 30 y sigtes.), la seguridad, salud ocupacional y tutela del medio ambiente (art. 49 y sigtes.).

Consecuentemente, con relación a la cuestión que da mérito a este dictamen, es evidente que las Juntas Departamentales carecen de competencia para normatizar a su respecto y, siendo así, la lógica conclusión es que estarán inhibidas de pronunciarse acerca de las iniciativas locales bajo examen.

En el hipotético caso de que lo hicieran, no sólo incurrirán en el vicio de incompetencia sino que comprometerán la responsabilidad pública.

- 3.3.1 En efecto, conforme a nuestra mejor doctrina, el vicio de incompetencia apareja la *nulidad absoluta* del acto que se dicte en la materia (así: Julio A. PRAT - "Derecho Administrativo", Acali, Montevideo, 1978, tomo III, volumen 2, pág. 174; Felipe ROTONDO TORNARIA - "Manual de Derecho Administrativo", Ediciones del Foro, Montevideo, 2002, edición ampliada y actualizada, pág. 216; y Augusto DURAN MARTINEZ - "El contencioso

administrativo de anulación en el Derecho uruguayo", en Anuario de Derecho Administrativo, tomo VIII, pág. 120).

Según se ha destacado, cuando una persona pública dicta un acto exorbitando el campo de sus atribuciones, violando las reglas de competencia, el acto está viciado de incompetencia, en principio, el más grave y el de mayor entidad de los vicios jurídicos (así: Héctor GIORGI - "El contencioso administrativo de anulación", Montevideo, 1958, pág. 199), y, por ende, merece la tacha de *ilegitimidad*.

Es que es presupuesto de Derecho del dictado de un acto "la existencia de una norma atributiva de competencia a un órgano estatal. Si no existe una norma que atribuya la potestad de dictar el acto de que se trata, éste estará viciado por incompetencia" (así: Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - "Sobre Derecho Administrativo", F.C.U., Montevideo, 2012, tomo II, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 24 y sigtes.).

"En virtud de que las disposiciones que adjudican la competencia en razón de la materia integran un verdadero orden público administrativo, el acto viciado de este tipo de incompetencia configura una nulidad absoluta y, como tal, es insusceptible de saneamiento" (así: Juan Carlos CASSAGNE - "Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, tomo II, págs. 195 y 196).

### 3.3.2 Adicionalmente, la conducta ilegítima no solo vicia lo resuelto sino que compromete la *responsabilidad del ente público*.

El fundamento de tal responsabilidad se asienta en el principio de juridicidad, el cual delimita el marco en el cual una persona pública puede y debe actuar. Cuando un acto de la misma vulnera la regla de Derecho, nace la obligación de reparar los daños producidos por el actuar antijurídico.

Ello es así porque mientras el hombre -como entidad sustantiva- puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, porque es un centro natural de actividad que *halla en la ley su límite* pero no el principio de su acción, las personas jurídicas en general y los entes estatales en particular *hallan en el Derecho la fuente de legitimidad* de su acción (ver: Héctor FRUGONE SCHIAVONE - "Introducción al estudio de la organización administrativa. Bases para una teoría del órgano", en Rev. Uruguay de Estudios Administrativos, Año I, Nº 2, pág. 61).

Es que mientras que en el campo de la actividad privada rige el principio de la libertad, en el campo de la actividad pública rige el principio de especialidad, según el cual los organismos públicos sólo pueden actuar

válidamente en las materias que les están expresamente asignadas (ver: Alberto Ramón REAL - "Especialidad de las personas jurídicas", en Estudios en Memoria de Juan José Amézaga, Montevideo, 1958, pág. 378).

Por ende, las entidades públicas no poseen competencia para actuar fuera del marco de especialidad que les reconocen las normas atributivas de competencia, regla que "configura una de las garantías fundamentales del Derecho administrativo contemporáneo (...) en cuanto representa el principal límite jurídico puesto a la sobreactuación de los entes y órganos administrativos", debiéndose tener presente que "conforme al principio de la especialidad el ámbito de actuación del órgano administrativo se encuentra previamente acotado por la norma (especialmente por su fin) y no puede ser extendido por la mera voluntad del agente público" (Juan Carlos CASSAGNE – "Derecho Administrativo" cit., tomo II, pág. 498).

- 3.4 A mayor abundamiento, cabe agregar que, en el caso que motiva este análisis, se está en ejecución de un contrato legalmente celebrado y refiriendo, en lo relativo al modo ferroviario de transporte, a una actividad que -según viene de verse- puede considerarse amparada por los arts. 7, 10 y 36 de la Constitución, lo que confirma la **inviabilidad de establecer prohibiciones y limitaciones de derechos por los Gobiernos Departamentales.**

En efecto, ni por decreto de la Junta Departamental ni mucho menos por acto administrativo de la Intendencia es posible cercenar o aún limitar el ejercicio de derechos fundamentales (ver: Carlos E. DELPIAZZO – "Derecho Administrativo Especial", A.M.F., Montevideo, 2017, volumen 2, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 559 y sigtes, especialmente 565 y sigtes.).

Con su magistral claridad, enseña el máximo comentarista de nuestra Constitución que sólo la ley expedida por el Poder Legislativo puede limitar las actividades que los particulares realizan en ejercicio de sus derechos fundamentales, por lo que "la regulación de la libertad no puede hacerse por vía de actos regla emanados del poder administrador ni de ningún otro centro de autoridad, sino por vía de actos regla emanados del órgano parlamentario". Agrega que "puede plantearse un problema en relación al art. 239 (hoy es el art. 273) de la Constitución que establece que las Juntas Departamentales tienen poderes de legislación. Podría decirse entonces: si los decretos municipales, que tienen el contenido propio de la ley, por cuanto son actos regla, emanan además de un cuerpo al cual la Constitución reconoce poderes de legislación, los decretos municipales reúnen los dos elementos necesarios para que se les reconozca el poder de regular libertades individuales: son actos regla y emanan de un órgano

con poderes de legislación... Adelanto simplemente que, en mi concepto, no es posible concebir la regulación de derechos fundamentales por decretos de las Juntas Departamentales" (ver: Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - "La Constitución Nacional", Medina, Montevideo, s/f, tomo II, pág. 15 y sigtes.).

Compartiendo dicho criterio, se ha manifestado que el sólo planteo de que puedan coexistir diecinueve regulaciones distintas de la libertad de comercio, trabajo e industria o de cualquier otra "rechina con el sentido común. Sería absurdo, casi grotesco que, por el hecho de vivir en Artigas, unos uruguayos tuvieran más o menos derechos y libertades que los nacidos en Rocha o en San José. Por otra parte, la lectura objetiva del texto de la Constitución y el análisis de su contexto, lleva inequívocamente a la conclusión de que los derechos individuales -las libertades públicas, como a veces se las llama- no pueden ser regulados ni limitados sino por leyes formales sancionadas por el Poder Legislativo" (ver: Gonzalo AGUIRRE RAMIREZ - "Derecho Legislativo", F.C.U., Montevideo, 1997, tomo I, pág. 148 y sigtes.).

No debe olvidarse que cuando la Constitución "dice leyes, el intérprete no puede concluir que quedan comprendidos los decretos legislativos departamentales. En este sentido, el contexto es terminante y resulta suficiente para la demostración con la existencia de los arts. 256 y 260 de la Carta: una cosa son las leyes y otra cosa los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción" (así: Eduardo ESTEVA GALLICCHIO - "La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sobre los decretos de los Gobiernos Departamentales que tienen fuerza de ley en su jurisdicción y la regulación de los derechos consagrados por el art. 7 de la Constitución", en Rev. Uruguay de Derecho Constitucional y Político, tomo IX, N° 49, pág. 81).

En el mismo sentido, se ha enseñado que "es incuestionable entonces, que de su contexto surge que cuando la Constitución habla de ley está mentando el acto sancionado por el Poder Legislativo y promulgado por el Poder Ejecutivo. Ese argumento contextual, amén de los históricos que podrán agregarse, demuestra con palmaria evidencia que tal es el significado de esa misma palabra en la Sección II de la Constitución. La privación, limitación o regulación de los derechos que la Constitución reconoce en esa Sección es, por lo tanto, materia reservada a la ley (entendiendo por tal únicamente la sancionada por el Poder Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, conocida tradicionalmente como ley formal), y no a cualquier acto regla o a cualquiera con fuerza de ley" (ver: Juan Pablo CAJARVILLE `PELUFFO - "Limitación de derechos reconocidos por la Constitución por decretos departamentales con fuerza

de ley en su jurisdicción", en Rev. Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho, 2ª época, Año IV, Nº 8, pág. 90).

Concluye dicho autor que: "Para respetar la Constitución, la privación, regulación o limitación de los derechos debe resultar, al menos en sus líneas generales, de la propia ley; quedando al decreto, con fuerza de ley, al regular la materia departamental de que se trate, la adopción de las soluciones específicas que se entiendan adecuadas a las circunstancias de hecho o idóneas para lograr los fines que deben perseguirse, dentro de los lineamientos o márgenes de afectación de derechos contenidos en la ley. La ley habilitante podrá contener entonces la atribución a los Gobiernos Departamentales de una potestad de normación derivada, y nunca de normación inicial u originaria en materia de privación, limitación o regulación de derechos constitucionalmente reconocidos. Esa potestad no puede entenderse implícita en la atribución de una materia al Gobierno Departamental" (así: Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - "Limitación de derechos reconocidos por la Constitución..." cit., pág. 92).

En todo caso, "se puede afirmar que los derechos humanos sólo pueden ser limitados por los decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción si esa posibilidad surge directamente de la Constitución o de una ley, entendida esta expresión en su sentido orgánico formal" (así: Augusto DURAN MARTINEZ – "Limitaciones a los derechos constitucionales por decretos de las Juntas Departamentales", en Estudios de Derecho Público, Montevideo, 2004, volumen 1, pág. 75 y sigtes., especialmente pág. 94). Nada de esto ocurre en la especie que se viene examinando.

#### **4 CONCLUSIONES**

De las consideraciones formuladas en los párrafos precedentes pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) es jurídicamente irrelevante que se alcance el número de firmas previsto para una iniciativa local cuando el objeto de la misma excede el ámbito de la materia municipal, está fuera de la competencia de las Juntas Departamentales e invade la materia nacional (propia de la competencia del Estado);
- b) es jurídicamente improcedente que cualquier órgano de un Gobierno Departamental ingrese al ámbito de competencia de órganos del Gobierno nacional como es el caso del transporte ferroviario y, en caso de hacerlo, su actuación merece la tacha de nulidad y configura un supuesto de responsabilidad;

- c) es jurídicamente ilegítimo que un decreto de cualquier Junta Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción establezca prohibiciones o limitaciones a los derechos fundamentales, que la Constitución reserva a la ley emanada del Poder Legislativo, como ocurre en el caso consultado respecto a los actuales y futuros operadores ferroviarios; y
- d) es jurídicamente ineficaz (además de improcedente e ilegítima) una iniciativa local como la que da mérito a este dictamen.

Quedo a las órdenes para cualquier aclaración o ampliación que se estime necesaria o conveniente.

Saludo a Ustedes muy atentamente,



Dr. Carlos E. Delpiasso  
Director de la Especialización y Maestría  
de Derecho Administrativo y Gestión Pública (UdelaR)  
Profesor Titular de Derecho Administrativo en dicha Maestría (UdelaR)  
Profesor Titular de Derecho Administrativo (UM)  
Ex Decano de la Facultad de Derecho (UCU)  
Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho



\$ 180 PESOS URUGUAYOS  
TIMBRE LEY 17.788  
020834 23