

MARTÍN RISSO FERRAND

ABOGADO

Tel/fax: (598) 29160040
E-Mail: martinrisso@estudiorisso.com.uy

Juncal 1327 D esc.1901.
C.P. 10.000
Montevideo - Uruguay

Montevideo, 30 de diciembre de 2019.

Blanvira S.A.

Presente.

De mi mayor consideración:

Me han solicitado mi opinión jurídica sobre el documento que me entregaron y que se titula "Iniciativa legislativa local, del Municipio "C" de la ciudad de Montevideo, Departamento de Montevideo", conforme el cual se persigue la prohibición del pasaje por zonas urbanas de los trenes y formaciones ferroviarias del llamado "Proyecto Ferrocarril Central".

Concretamente me solicitan que indique si la iniciativa está bien formulada, cuáles son sus alcances y efectos, cuáles serían los pasos siguientes a una eventual recolección de las firmas solicitadas y si es idónea, por sí misma, para impedir el tránsito de los ferrocarriles por zonas urbanas.

A los efectos de responder la consulta procederé de la siguiente forma:

- a) En primer lugar, analizaré el documento titulado "iniciativa local", procurando definir su alcance y objeto.
- b) Luego, analizaré someramente la regulación constitucional de los institutos de gobierno directo, procurando extraer las conclusiones necesarias para analizar el tema consultado. En este punto se precisará el alcance de cada uno de los institutos en nuestro Derecho Constitucional.
- c) A continuación, procederé al estudio de la Ley Orgánica Municipal, Nº 9.515, analizando sus consecuencias en materia de democracia directa, su compatibilidad con las sucesivas constituciones, qué está en vigor en la actualidad y qué consecuencias tiene.

- d) Luego, analizaré la incidencia que en la cuestión tiene el artículo 16 de la ley 19.272.
- e) Con base en lo anterior sintetizaré las pautas generales, constitucionales y legales necesarias para el análisis del caso consultado.
- f) Responderé luego las siguientes consultas:
 - a. ¿La definición del “pasaje y tránsito de trenes y formaciones ferroviarias del llamado Proyecto Ferrocarril Central” es competencia nacional, departamental o local?
 - b. ¿Desde el punto de vista procedimental está bien articulada la iniciativa y, en caso afirmativo, cuál sería su objeto y sus consecuencias?
 - c. ¿Se puede llegar por esta vía o como consecuencia de esta a la prohibición del pasaje de ferrocarriles del Proyecto Ferrocarril Central por zonas urbanas como se solicita?

La iniciativa

1. **(La iniciativa)** Del texto de la iniciativa que me entregó surge lo siguiente:
 - a. Se invoca en el título que se trata de una iniciativa *local*, pero se dirige al Presidente de la Junta Departamental.
 - b. Se invocan, ente otras normas, el artículo 305 de la Constitución, genéricamente la ley 9.515 y la ley 19.272. No hay referencias a las contradicciones, inconstitucionalidades y derogaciones que se producen entre dichos cuerpos normativos.
 - c. Se solicita que se apruebe un decreto con fuerza de ley en su jurisdicción con la prohibición de pasaje y tránsito de los ferrocarriles por zona urbana. Pero no de todos los ferrocarriles, sino de algunos, los comprendidos en el Proyecto Ferrocarril Central.
2. **(Primeros comentarios)** A primera vista se advierten algunos problemas en la iniciativa. Sin perjuicio de mayor desarrollo puede señalarse ahora:
 - a. El artículo 305 de la Carta prevé el derecho de iniciativa de los inscriptos residentes en una *localidad o circunscripción* en asuntos

de dicha jurisdicción. Establece que el destinatario de la iniciativa son los órganos del Gobierno Departamental.

- b. El artículo 78 de la ley 9.515, que refiere a la iniciativa local en asuntos de dicha jurisdicción, establece que se presenta ante las Juntas Locales (hoy municipios). Esto es, la ley (si bien es anterior al artículo 305) precisa a qué “órganos del Gobierno Departamental” refiere el artículo 305. No hay posibilidad de iniciativas locales frente a la Junta Departamental.
- c. El artículo 79 de la ley 9.515 (sobre la constitucionalidad primero y derogación después de este artículo volveré luego) refiere a la iniciativa departamental, a cargo del 15% de los inscriptos residentes en el Departamento (no en la localidad) que sí se presenta ante la Junta Departamental.
- d. Tenemos entonces dos cuestiones distintas: i) la iniciativa departamental del artículo 304 inciso 2 de la Constitución y artículo 79 de la ley 9.515, a cargo del 15% de los inscriptos residentes en el Departamento, que se dirige a la Junta Departamental; y ii) la iniciativa local del artículo 305 de la Constitución (disposición invocada expresamente en la iniciativa) y el artículo 78 de la ley 9.515, a cargo del 15% de los inscriptos residentes en una localidad, que refiere a temas locales y se sustancia frente a las autoridades locales.
- e. La ley 19.272, de penosa redacción, en su artículo 16 entreveró la cuestión pues habla de iniciativa local ante la Junta Departamental. Esta disposición podría interpretarse de dos formas: i) entender que de conformidad con el artículo 305 solo puede ser objeto de iniciativa local lo que refiera a la materia municipal o local, salvo en lo referido a la creación de nuevos municipios en cuyo caso se dirige a la Junta Departamental (hipótesis en cuyo análisis no ingresaré), o ii) que la iniciativa local puede llevarse a la Junta sin distinguir entre la materia departamental y municipal ni en la doble regulación que surge de la Constitución. La única alternativa interpretativa compatible con la Constitución es la primera por lo que por ella deberá optarse.
- f. Por supuesto que la jurisdicción, materia o similar municipal o local, no refiere a cualquier tema que interese a los habitantes del lugar (estos pueden estar interesados en muchas cosas), sino a

cuestiones que formen parte de las competencias de las autoridades locales.

- g. En definitiva, en la iniciativa se dice que es "local", se invoca expresamente el artículo 305 de la Constitución (iniciativa local), pero se dirige a la Junta Departamental lo que en términos constitucionales es contradictorio.

Y no se olvide que habilitar una iniciativa local frente a los órganos no locales es claramente inconstitucional. Si se quiere promover una iniciativa departamental, se debe ir por la vía del artículo 304 inciso 2 de la Carta y artículo 78 de la ley 9.515, y esto solo lo podrá hacer el 15% de los inscriptos residentes en todo el Departamento.

Regulación constitucional de los institutos de gobierno directo

- 3. **(Los institutos de gobierno directo en la Constitución)** La Constitución establece los siguientes institutos de democracia directa:

- a. Iniciativa popular, que puede ser constitucional (artículo 331), en materia legislativa (artículo 79 inciso 2), en materia de Gobierno Departamental (artículo 304 inciso 2), en asuntos de jurisdicción local (artículo 305).
- b. Plebiscito de ratificación constitucional (artículo 331), en términos técnicos se trata de un referéndum constitutivo, aunque la Constitución lo denomina plebiscito. El plebiscito o referéndum constitutivo, puede ser independiente de todo otro instituto de gobierno directo o estar vinculado a otro. En materia constitucional, en el plebiscito frente a una iniciativa popular, vemos coexistir dos institutos de gobierno directo (iniciativa y plebiscito), pero si falta texto expreso debe considerarse que son independientes entre sí.
- c. El recurso de referéndum, que puede ser contra las leyes (artículo 79 inciso 2) o contra los decretos de las juntas departamentales (artículo 304).
- d. También está el caso especial del artículo 303, pero no vale la pena que me detenga en esto.

4. **(Consecuencias de la regulación constitucional sintetizada)** Limitándome a la Constitución y a los institutos de gobierno directo a nivel departamental y local se desprende de lo anterior lo siguiente:
- a. El referéndum departamental (dice el artículo 304 inciso 1 que: *“la ley, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, reglamentará el referéndum como recurso contra los decretos de las Juntas Departamentales”*), aparece como un derecho contenido en una norma preceptiva, y por ende operativa, que debe aplicarse aun sin ley reglamentaria (artículo 332)¹.
 - b. La iniciativa departamental (dice el artículo 304 inciso 2 que: *“También podrá la ley, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, instituir y reglamentar la iniciativa popular en materia de Gobierno Departamental”*), es una norma no preceptiva, meramente facultativa, y solo existirá esta iniciativa si es establecida por ley con la mayoría exigida por la disposición constitucional.
 - c. La iniciativa local (dice el artículo 305: *“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”*), norma preceptiva aplicable directamente aun a falta de reglamentación legal. Es claro que se dirige a los órganos locales con jurisdicción local.
 - d. Los institutos de gobierno directo son de excepción y solo son posibles dentro de los parámetros en que la Constitución los habilita. Agregar cualquier otro instituto sería inconstitucional.
5. **(Contenido y alcance de cada instituto)** En nuestra Constitución cada instituto tiene un contenido muy claro y preciso y, salvo la utilización de la expresión plebiscito para el referéndum constitucional, coincidente con lo que es habitual en el derecho comparado. Veamos:
- a. El referéndum puede ser constitutivo, o si se prefiere el paso final para el perfeccionamiento de un acto jurídico (es el caso del llamado plebiscito de ratificación constitucional) o un recurso contra un acto existente (es el caso del referéndum contra las leyes

¹ Real, Alberto Ramón, “Iniciativa popular y referéndum en materia legislativa (artículo 79 inciso 2º de la Constitución”, en *Temas Jurídicos*, FCU, 1968, pp. 225-229.

del artículo 79 inciso 2 o contra los decretos de las juntas departamentales del artículo 304 inciso 2).

- b. La iniciativa popular refiere al primer paso de un procedimiento para la expedición de un acto jurídico. A nivel de leyes nacionales la iniciativa corresponde a los legisladores, Poder Ejecutivo o iniciativa popular (sin perjuicio de algún otro caso especial). La iniciativa popular nacional tiene el mismo efecto que la iniciativa de un legislador, esto es, da estado parlamentario a la iniciativa que se transforma en proyecto cumpliendo con la primera etapa del procedimiento legislativo. A nivel departamental y local (no ingreso aún en la normativa legal de esta iniciativa) la cuestión es la misma y el único efecto de la iniciativa es el de comenzar el proceso de aprobación del acto que luego seguirá según las normas generales. El receptor de la iniciativa popular no está obligado a aprobarla, sino solo a considerarla como cualquier otro proyecto presentado conforme a derecho.

Es cierto que en materia constitucional la iniciativa popular terminará en un plebiscito, pero esto no es consecuencia de la iniciativa, sino de que la Constitución vincula a este instituto de gobierno directo con otro, como lo es el plebiscito (referéndum de ratificación).

Algunos autores, como Korzeniak, distinguen la iniciativa de la petición y dicen que en la primera hay obligación de pronunciarse a cargo del receptor y de lo contrario se produce un pronunciamiento popular², pero no tengo el gusto de compartir esta posición.

El instituto de la iniciativa popular es muy claro en el derecho comparado y esta se agota en sí misma, significa el inicio de un proceso de elaboración de la norma de que se trate. Biscaretti, en su obra clásica, señalaba que la iniciativa solo obliga al receptor a pronunciarse³. Muchos autores contemporáneos aceptan que la iniciativa se agota en sí misma, completando la primera fase del procedimiento para la elaboración de un acto, salvo que el ordenamiento jurídico la asocie con otro instituto de gobierno

² Korzeniak, José, *Primer curso de Derecho Público*, FCU, 2006, p. 403 y ss.

³ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Tecnos, 1973, p. 421 y ss. También se mueve en esta línea, aunque no expresamente, Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, tomo IX vol. 2, p. 156 y ss. También parece que Cassinelli, equipara claramente la iniciativa legislativa a las otras formas de iniciativa legislativa (*Derecho Público*, FCU, 1999, p.61 y 62).

directo (como pasa en nuestro país con la iniciativa popular en materia constitucional que está asociada a un referéndum de ratificación o plebiscito en la jerga constitucional).

Díaz Revorio⁴ señala que la iniciativa permite a los ciudadanos participar en el proceso de decisión de una ley, aunque la decisión final no queda en sus manos. Esta iniciativa es similar a la que tienen los legisladores o el gobierno.

Restrepo Medina⁵, por su parte, señala que la iniciativa legislativa es el primer paso del proceso de formación de las leyes. Es la facultad de presentar proyectos ante las Cámaras. Agrega que tienen iniciativa los legisladores, el Gobierno nacional, la Corte Constitucional, etc. y añade un dato especial e interesante del derecho colombiano que consiste en que los proponentes tienen derecho a designar un vocero que será oído en todas las etapas del proceso legislativo.

Altman⁶ señala como principales institutos de gobierno directo al plebiscito, referéndum, *recall* o referendos revocatorios, iniciativas populares, etc., destacando que la iniciativa popular es el ejemplo clásico en la materia. Los ciudadanos reúnen firmas y proponen una alteración del *statu quo*, pero no tienen la palabra final. Hay sí un subtipo de iniciativa en que los ciudadanos obligan a los legisladores a aceptar el proyecto, pero esto requiere texto expreso pues excede la iniciativa en sentido estricto.

En definitiva, nuestra Constitución establece cuatro tipos de iniciativas populares (constitucional, legal, departamental y local) y solo en la primera el procedimiento termina en un pronunciamiento popular, mientras que, en las restantes, como toda iniciativa que se presente por un funcionario competente a nivel legislativo, departamental o local, no tiene previsto una consulta popular posterior.

4 Francisco Javier Díaz Revorio, "Democracia, representación y participación ciudadana, a la búsqueda de un equilibrio que la Constitución no logró", en *Revista de Derecho Público*, UNED, enero-abril 2018, p. 253.

5 Manuel Alberto Restrepo-Medina, "Concepto y titularidad de la iniciativa legislativa. Precisiones de la jurisprudencia constitucional", en *Universitas*, Nº 118 de enero junio de 2009, Bogotá, Colombia, p. 232 a 240.

6 Altman, David, "Democracia directa en el continente americano: ¿autolegitimación gubernamental o censura ciudadana?", en *Política y Gobierno*, vol. XII, nº 2, p. 211.

Sostener lo contrario conduciría a que un cuerpo electoral, nacional o departamental o local, tendrían competencia para “crear” actos jurídicos (leyes, decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, u otros), pero esto no surge de la Constitución. Por el contrario, la Carta establece que las leyes las aprueba el Legislativo y promulga el Ejecutivo, así como los decretos con fuerza de ley en su jurisdicción los aprueba la Junta Departamental y promulga el Intendente. Una excepción a la distribución constitucional de competencia para expedir estos actos requeriría texto expreso que no existe en el caso en estudio.

Posiblemente el artículo 79 de la ley 9.515, de 1935, haya contribuido a crear alguna confusión, pero no es el caso de la regulación constitucional que establece con precisión la iniciativa popular y solo hay pronunciamiento popular posterior en la constitucional.

Tampoco la regulación del referéndum, que por definición es resuelto por el pueblo, puede generar confusiones con la iniciativa.

Incluso adviértase que a nivel nacional el artículo 79 inciso 2 de la Constitución impone un plazo de un año dentro del cual puede interponerse el recurso de referéndum. Si la iniciativa popular también terminara en una consulta popular no tendría sentido el plazo del referéndum, pues los interesados podrían interponer un recurso de referéndum dentro del año y luego una iniciativa con similar contenido. Sería una conclusión interpretativa absurda.

Es muy claro que, salvo en materia constitucional en que expresamente se asocia la iniciativa con otro instituto de gobierno directo, la iniciativa popular se agota en sí misma y no conduce a ningún pronunciamiento popular.

Regulación legal

6. Pasando ahora la regulación legal de la iniciativa popular departamental y local se debe comenzar por la ley 9.515 que distinguió entre la iniciativa departamental y la local.
7. **(Iniciativa popular departamental)** Esta variante se encuentra regulada en el artículo 79 de la ley 9.515 que dispone:

El mismo porcentaje de inscriptos residentes en un Departamento, tendrá igual derecho de iniciativa ante la respectiva Junta Departamental.

Esta 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.

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 acreditare en forma los extremos correspondientes.

Este artículo presentaba dos problemas: a) no tenía base en la Constitución de 1934 por lo que era inconstitucional, como unánimemente ha reconocido nuestra doctrina⁷ y b) la vinculación de la iniciativa con un pronunciamiento popular en caso de rechazo de la iniciativa o de no pronunciamiento, excede el concepto de iniciativa popular (segunda inconstitucionalidad).

Hace muchos años sostuve que la inconstitucionalidad del artículo 79 de la ley 9.515 respecto a la Constitución de 1934 se transformó en derogación con el advenimiento de la Carta de 1942⁸. O sea, la cuestión dejó de ser de inconstitucionalidad y pasó a ser de derogación⁹ y la norma derogada no renace en 1952 cuando se habilitó la iniciativa departamental.

Alberto Pérez Pérez no compartió lo anterior considerando que en 1942 solo se plebiscitaron enmiendas a la Constitución de 1934 y no una nueva Constitución. Nunca he tenido el gusto de compartir esta posición. En efecto, la Constitución de 1934 no fue modificada mediante el procedimiento previsto a tales efectos, sino que, golpe de Estado mediante, se estableció a partir de 1942 una nueva Constitución que

7 Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución nacional*, tomo IX, vol 2, editorial Medina, p. 156 y ss. El mismo autor en *La Constitución de 1952*, Cámara de Senadores, 1995, p. 589 y 590. Tealdi, Jean-Paul, "Los actos de los gobiernos departamentales y su control por los mecanismos de gobierno directo", en *Revista de Derecho Público*. Año 28, nº 55, Julio de 2019, UdelaR, p. 79.

8 Riso, Martín, *Derecho Constitucional*, FCU, p. 811 y ss. El artículo 79 originalmente era inconstitucional pues carecía de habilitación constitucional fue derogado por la Constitución de 1942. Al estar derogado el 79, esta iniciativa popular departamental no existe y no es más que una posibilidad para el legislador.

9 Al respecto: anterior Cassinelli Muñoz, Horacio, *Oposición Superveniente: ¿Derogación o Inconstitucionalidad?*, en "Rev. D.J.A." t. 55 pág. 157 y ss. Cassinelli Muñoz, Horacio, *Dos notas prácticas sobre abrogación constitucional* en "Rev. D.J.A." t. 65 pág. 92 y ss. Pérez Pérez, Alberto, *Derogación de normas legales por una Constitución posterior*, en "Rev. D.J.A." tomo 67. Esteva, Eduardo, *La vigencia de la ley en la fecha del caso concreto como requisito para la declaración de inconstitucionalidad*, en "Rev. D.J.A." tomo 74 pág. 147 y ss. Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución Nacional*, tomo X, edit. Medina. Gros Espiell, Héctor, Nota de jurisprudencia en "Rev. D.J.A." tomo 52, pág. 189. También mi libro *Derecho Constitucional tomo I ... cit.*

contenía muchas disposiciones similares a las de 1934 y otras nuevas. Tanto es así que es frecuente en Uruguay que la doctrina y la jurisprudencia hablen de la "Constitución de 1942", y, especialmente, ha sido nuestro propio derecho constitucional el que ha resuelto la cuestión con algo muy parecido a una interpretación auténtica. Así, la Disposición L original (hoy ha sido sustituida) de la Constitución de 1967 decía:

Los juicios en trámite iniciado contra los funcionarios y el órgano del Estado de que depende, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución aprobada por plebiscito de ratificación el 29 de noviembre de 1942, proseguirán en adelante exclusivamente contra el órgano del Estado demandado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente Constitución.

O sea, a mi juicio es incuestionable que el artículo 79 de la ley orgánica municipal de 1935 fue derogado en 1942 y no ha renacido en su vigor.

La segunda inconstitucionalidad del artículo 79, por agregar una consulta popular en caso de rechazo de la iniciativa popular en materia departamental, tampoco es trascendente por la referida derogación de la disposición, aunque, aun cuando se rechace mi posición de la derogación en 1942, deberá considerarse al artículo 79 derogado a partir de 1952, pues la Constitución de dicho año tampoco asoció la iniciativa a un sistema de consulta posterior lo que también lo hacía inconstitucional.

En definitiva, la iniciativa popular departamental no existe en la actualidad y, siendo el artículo 304 inciso 2 una norma meramente facultativa, no es posible ejercer el derecho de iniciativa a nivel departamental.

8. **(Iniciativa local)** Pasando ahora a la iniciativa local el artículo 78 establece:

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. La Junta local deberá considerar las proposiciones formuladas, dándoles trámite ante las autoridades competentes.

Este artículo, que aclara que la iniciativa popular se ejerce ante las juntas locales (hoy municipios), no presenta mayores problemas y solo debe repararse en que:

- A) La autoridad local solo debe darle trámite a la iniciativa ante las autoridades competentes. Nada más tiene que hacer.
- B) El inciso final del artículo 79 que extendía la consulta popular en caso de rechazo, ha quedado derogado y no resulta aplicable en este caso. Además, en casos como el

consultado sería de imposible realización. Veamos: se presenta una iniciativa ante una autoridad local y esta le da trámite a las autoridades competentes (nacionales o departamentales), ¿qué sentido puede tener una consulta a los inscriptos en la localidad? Una localidad no puede ejercer competencias de autoridades nacionales o departamentales por la vía de una iniciativa local.

9. **(La ley 19.272)** El artículo 16 de esta ley dispone:

El 15% (quince por ciento) de los ciudadanos inscriptos en una localidad o circunscripción tendrá el derecho de iniciativa ante el Gobierno Departamental en los asuntos de su competencia, incluida la que corresponde para constituirse en Municipio. Las firmas serán presentadas ante la Junta Departamental y posteriormente enviadas por ésta a la Corte Electoral para su validación.

En este caso la Junta Departamental, previa opinión preceptiva del Intendente, emitida dentro de los sesenta días de validada la iniciativa, podrá disponer la creación del Municipio respectivo, aunque se trate de una población de menos de 2.000 habitantes. Transcurrido dicho plazo, la Junta Departamental resolverá sobre la creación del Municipio por una mayoría especial de dos tercios de sus integrantes.

Sin perjuicio de lo previsto en el inciso anterior, la Junta Departamental por igual mayoría, podrá disponer la creación de un Municipio, requiriéndose también en este caso, la opinión previa preceptiva del Intendente.

El problema aparece en el inciso 1 (los restantes refieren a la creación de municipios). Véase que reconoce que los residentes en una localidad tendrán el derecho de iniciativa ante el Gobierno Departamental en los asuntos de su competencia. La mala redacción del texto es evidente. ¿De qué está hablando? ¿Iniciativa de los habitantes de una localidad en asuntos departamentales o siempre es en asuntos locales? La primera posibilidad interpretativa conduciría a considerar la disposición como inconstitucional pues, en materia departamental, la iniciativa refiere a todos los residentes en el departamento. La segunda, parece la más apropiada (salvo para el caso de creación de municipios el objeto de la iniciativa local debe ser material local y ser competencia de estos órganos). Entre dos interpretaciones posibles, y si una conduce a la inconstitucionalidad de la disposición legal y la otra no, se debe optar por esta última.

En otras palabras, si bien el artículo 16 refiere a iniciativas que se presentan frente a la Junta Departamental su objeto siempre será asuntos comprendidos en la materia municipal y no en la departamental.

Si la última es la interpretación correcta habría que sostener que este artículo 16 ha derogado el artículo 78 de la ley 9.515. En la medida que el artículo 16 no refiere a ninguna consulta popular, nuevamente debería rechazarse que una iniciativa popular pueda terminar en una consulta popular.

Síntesis de la regulación constitucional y legal

10. **(La Constitución)** De la Constitución, a nivel de departamentos y localidades, surge:

- a. Se establecen dos iniciativas populares: a nivel departamental (está supeditada a la existencia de ley) y a nivel local (que se aplica aun a falta de ley).
- b. Se trata de iniciativas populares simples pues, a diferencia de la materia constitucional, la iniciativa se agota en sí misma, constituyendo la primera fase del procedimiento de elaboración de una disposición.

11. **(Las leyes)** Sobre la ley 9.515 y la ley 19.272:

- a. El artículo 79 se encuentra derogado.
- b. El artículo 78, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, si estuviera en vigor, no permite la realización de una consulta popular en caso de rechazo (esta es una hipótesis de gobierno directo no prevista ni autorizada por la Constitución a nivel departamental ni local).
- c. Asimismo, este artículo 78 puede considerarse derogado por el artículo 16 de la ley 19.272.
- d. Por último, y prescindiendo de la creación de municipios que no interesan en este caso, los problemas interpretativos del artículo 16 deben ser superados de forma de conciliar la disposición legal con la Constitución. Esto significa que la iniciativa local que se establece refiere solo a asuntos que forman parte de la jurisdicción local y en

ningún caso este procedimiento puede terminar en una consulta popular.

Las preguntas

12. ¿La definición del “pasaje y tránsito de trenes y formaciones ferroviarias del llamado Proyecto Ferrocarril Central” es competencia nacional, departamental o local?

La definición del contenido de las materias “nacionales”, “departamentales” y “municipales”, siempre ha sido problemática en nuestro país. En efecto la referencia del primer inciso del actual artículo 262 (y sus antecedentes en Constituciones anteriores), siempre plantearon el problema de saber cuál era el alcance de la materia municipal que la Carta reconoce como competencia propia de los Gobiernos Departamentales bajo el concepto general de “gobierno y administración de los Departamentos con excepción de los servicios de seguridad públicas”¹⁰.

En la reforma en vigor desde 1997 se modificó el artículo 262, y el actual inciso 3 establece: *“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 artículos 273 y 275”*. Este nuevo inciso nos pone de manifiesto que ahora la cuestión es más precisa técnicamente, pero también agrega una variante: la diferenciación de las materias departamental y municipal (o local propiamente dicha) dentro de cada Gobierno Departamental.

La determinación de estas materias debe, necesariamente, partir de la Constitución, y de ella podemos extraer sin dificultades pautas precisas.

En primer término, existe un cometido estatal expresa y evidentemente excluido de la órbita departamental que son los servicios de seguridad pública (artículo 262 inciso 1) por lo que analizando esta norma armónicamente con los artículos 85 y 168 (entre otros) se aprecia que estos cometidos forman parte de lo que podríamos llamar materia nacional, a cargo de autoridades nacionales.

¹⁰ Como ha señalado Martins, hasta la reforma en vigor desde 1997, se ha presentado siempre en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de confusión o mal uso de expresiones tales como “municipio” o “municipal”, fuera de su acepción técnica.

Un segundo caso lo encontramos respecto al Poder Judicial, ya que de la lectura del artículo 233 y siguientes se concluye sin dificultades en que: (a) la función jurisdiccional (salvo las excepciones expresas establecidas en la propia Carta) corresponde al sistema orgánico del Poder Judicial; y (b) el Poder Judicial es uno solo y con jurisdicción nacional, sin perjuicio de la distribución de competencia interna entre los órganos que lo componen.

Fuera de los casos anteriores, muchas son las veces en que encontraremos en la Constitución la atribución de competencia a órganos nacionales. Esta atribución expresa de competencia implica una directiva constitucional ineludible para el intérprete y que excluye toda pretensión de que sea considerada nacional, departamental o local si otra cosa surge del texto constitucional. En este sentido y a mero título de ejemplo podría mencionarse:

- (a) la función legislativa nacional (artículo 85 y concordantes) y sus contenidos, salvo en lo que refiere a la jurisdicción de las Juntas Departamentales que nunca podrán invadir la atribución de competencia expresa a la Asamblea General;
- (b) el contralor de la actividad financiera pública y privada a cargo del Banco Central conforme el artículo 196 de la Carta;
- (c) todo tipo de actividad industrial y comercial estatal, ya que conforme el artículo 185, esta debe prestarse bajo la forma de un ente autónomo o servicio descentralizado, sin perjuicio de otras variantes siempre en el ámbito nacional (el ejemplo de Jiménez de Aréchaga es claro: un Gobierno Departamental no puede tener un banco comercial o si se prefiere no puede haber un banco municipal);
- (d) la enseñanza pública en todos sus niveles: Superior, Secundaria, Primaria, Normal, Industrial y Artística estará regida por entes autónomos conforme el artículo 202 y siguientes; etc.

En el polo opuesto, como señala Cassinelli Muñoz¹¹, encontramos aquellos casos en que la Constitución atribuye competencia a los órganos departamentales, lo que no podrá ser modificado. Ejemplo de esto lo tenemos en el artículo 297 en cuanto a la potestad tributaria departamental, entre otras normas.

11 Cassinelli Muñoz, Horacio, *Derecho Público ... cit*, p. 330 y ss.

Fuera de lo anterior queda lo que podía aparecer como una zona sin regulación expresa para casos concretos, pero esto no significa que no haya normativa constitucional que guíe al intérprete en la cuestión, sino que, por el contrario, encontramos pautas importantes.

Ya bajo la Constitución de 1942, Jiménez de Aréchaga analizó el tema llegando a algunas conclusiones importantes entendiendo que había que recurrir al concepto técnico de la "materia municipal", pero siempre reconociendo la primacía del texto constitucional (señalaba, por ejemplo, que es habitual en el derecho comparado que la enseñanza primaria y los hospitales correspondieran o ingresaran dentro de la materia municipal, pero esto no puede conducir a desautorizar soluciones expresas de la Carta uruguaya). En otras palabras, hay un concepto técnico de materia municipal que no puede ser ignorado por la ley salvo cuando haya soluciones constitucionales en contrario; (c) además, la historia ayuda a ir perfilando un concepto de materia nacional, departamental y municipal más apropiado para el Uruguay¹².

También Korzeniak ha reconocido la pertinencia de utilizar lo que denomina "cierta lógica histórica", lo que significa que los asuntos que siempre fueron resueltos por los municipios constituirán su propia materia. Incluso señala que los antecedentes legislativos históricos (entre los que menciona la propia ley 9.515) "tienen extensas disposiciones que perfilan la materia municipal"¹³ (más técnicamente la "departamental").

Pero en la reforma de 1997 se incorporó el actual inciso 5 al artículo 262 que establece: *"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 artículos 273 y 275"*.

Este nuevo inciso se debe relacionar, además, con el inciso que se incorporó al artículo 50 que dispone: *"Asimismo, el Estado impulsará políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general"*.

Esta última norma, que implica la incorporación de la expresión "políticas" en el sentido de orientaciones o directivas (y no en el

¹² Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución nacional*, tomo IX, vol. I, pág. 65 y ss.

¹³ Korzeniak, José, *Primer curso de derecho público. Derecho Constitucional*, FCU, Montevideo, 2001, pág. 356 – 357.

sentido tradicional de la expresión en nuestro país) y de la expresión descentralización en un sentido más amplio (como política u orientación y no en su acepción jurídico formal), distinto al que habitualmente ha usado la doctrina uruguaya en derecho público¹⁴, orienta la interpretación del artículo 262.

Con lo anterior, y concentrándonos en la Constitución vigente, podemos afirmar sin mayores dificultades que la determinación de cuál es la materia departamental no es algo totalmente librado a la ley (el legislador no tiene total discrecionalidad en la materia), sino que la ley estará condicionada por previsiones constitucionales expresas que no podrá desconocer. Estas disposiciones podrán indicar a veces que determinada competencia es departamental o bien que no puede serlo por ser atribuida a un órgano nacional. Fuera de lo anterior, respecto a las zonas no reguladas expresamente por la Carta (cuando no haya solución constitucional expresa en cuanto a que determinada actividad sea nacional, departamental o local), hay varios elementos a tener en cuenta a la hora de definir cuál es el concepto natural y obvio de la materia departamental. A saber:

- A) El contenido técnico de la expresión, especialmente la forma en que el mismo ha sido utilizado por la doctrina uruguaya, es trascendente.
- B) La evolución histórica en nuestro país de la materia departamental (lo que ha sido siempre materia nacional o departamental), y especialmente las soluciones que se han ido plasmando en las distintas soluciones constitucionales y legislativas, van dando el perfil, las características principales de qué es materia departamental. Si un cometido ha sido históricamente considerado como departamental o municipal, no puede el legislador transformarlo en nacional, pues estaría limitando la materia departamental y afectando, en forma inconstitucional, la autonomía departamental.

La ley 19.272 no aclaró mucho, en especial respecto al tema consultado. En el artículo 6 reconoció injerencia departamental en lo

14 Al respecto: Esteva Gallicchio, Eduardo, "Las políticas de descentralización (artículos 50, 230 inc. 5, 298 num. 2 y DT y E "x")", *Reforma constitucional 1997*, Universidad Católica del Uruguay, Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Industria Nuevo Siglo, 1997, pág. 111 y ss.

referido al ordenamiento territorial, pero es claro que la iniciativa en análisis no refiere a esto, sino a la prohibición de que trenes vinculados a una empresa transiten por la ciudad (esto no es una norma de ordenamiento territorial). A su vez, el artículo 7 no considera materia municipal o local el tema objeto de la iniciativa.

Respondiendo ahora la pregunta cabe señalar que:

- A) El tendido de vías férreas y la administración de la actividad ferroviaria es una actividad comercial e industrial de naturaleza nacional y atribuida expresamente a entes autónomos o servicios descentralizados (artículo 185 y ss. de la Constitución). La competencia nacional se refuerza en el artículo 85 numeral 3 que da competencia a las leyes nacionales en varias actividades que, en consecuencia, no serán departamentales ni municipales.
- B) Lo anterior, proviene de la historia nacional, pues siempre se consideró a los ferrocarriles como asunto nacional, lo que parece incuestionable advirtiendo que los ferrocarriles atraviesan varios departamentos y hacen a las comunicaciones internacionales del país.
- C) La historia también demuestra que, desde hace décadas y a veces más de un siglo, las vías férreas y los ferrocarriles atraviesan centros poblados. Esto ha sido siempre así en Uruguay y en cualquier ciudad del mundo se ven las vías férreas que la atraviesan y muchas veces las estaciones están en lugares céntricos.
- D) Asimismo, debe repararse en una suerte de contradicción de la iniciativa, pues no se busca impedir la circulación de ferrocarriles en una ciudad, sino solo los vinculados al Proyecto Ferrocarril Central o, directamente, los vinculados a la actividad de la nueva planta de celulosa que se planea construir. Si no son de este proyecto podrían pasar decenas de ferrocarriles diarios. La oposición a un proyecto empresarial no es materia departamental ni local.
- E) Lo anterior conduce, además, a que la iniciativa sea contraria al principio constitucional de igualdad, en la medida que excluye ferrocarriles que trabajen para una empresa, pero no los que

presten servicios a otros. La violación de este principio es evidente.¹⁵

- F) Para terminar este punto cabe preguntarse: ¿podrían los habitantes de una localidad impedir la construcción de un aeropuerto o exigir que se modifique el emplazamiento de uno existente? ¿Podrían cuestionar un puerto existente o proyectado? La respuesta es siempre negativa: no estamos ante materia departamental ni local, sino nacional.

En definitiva, considero que la pretensión contenida en la iniciativa en estudio no forma parte de la materia departamental ni municipal y, por ende, no puede ser objeto de una iniciativa popular local. Entiendo que la Junta Departamental destinataria del pedido debería rechazarlo sin darle trámite.

13. ¿Desde el punto de vista procedimental está bien articulada la iniciativa y, en caso afirmativo, tiene un objeto válido?

Deben realizarse algunas distinciones.

(Temas ajenos a la jurisdicción local) A los habitantes de una localidad puede interesarles muchas cosas, pero no todas formarán parte de la jurisdicción local. ¿Qué significa esto? Pues que en una localidad puede haber problemas serios en materia de seguridad pública o de falta de trabajo o déficits en la atención de la salud, pero ninguno de estos casos, por más que esos temas interesen a la población local, podrán ser objeto de una iniciativa popular local. Se trata de temas que corresponden a las autoridades nacionales, competencialmente ajenos al Departamento y al municipio, por lo que el interés de la población debe canalizarse a través del artículo 79 inciso 2 de la Constitución o de otros instrumentos.

Quizás podría entenderse, con base en la parte final del artículo 78 de la ley 9.515, que una iniciativa con el contenido anterior podría ser elevada a los órganos locales, pero estos solo podrán trasladar la iniciativa a las autoridades pertinentes, en el caso de los ejemplos, nacionales. Pero la iniciativa se agota con esa comunicación.

(Temas propios de las autoridades locales) En el polo opuesto, si se promoviera una iniciativa en asuntos competencia de las autoridades locales, la misma sería válida, y la autoridad local debería pronunciarse frente al planteo recibido y, si correspondiera, actuar en consecuencia.

¹⁵ Al respecto: Riso, Martín, *Derecho Constitucional ... cit.*, p. 501-525.

No se podría invocar el inciso final del artículo 79 de la ley 9.515 (derogado) para lograr una consulta popular ante el silencio o rechazo de la autoridad.

(Temas comprendidos en la materia departamental) La Constitución establece que la ley puede establecer la iniciativa popular en materia de gobierno departamental (artículo 304 inciso 2). El artículo 79 de la ley 9.515 (hoy derogado) en lo que fue una solución lógica dio la titularidad de esta iniciativa departamental a un porcentaje de los residentes en todo el Departamento y no en una localidad. Lo local interesa a la localidad y lo que es materia departamental a todo el Departamento.

Pero la derogación del artículo 79 y el advenimiento del artículo 16 de la ley 19.272 complicó la cuestión. El artículo 16 establece un derecho de iniciativa cuya titularidad recae en el 15% de los ciudadanos inscriptos en una localidad, lo que conduce a pensar que nos movemos en el ámbito de la iniciativa local. Luego dice que se presenta ante la Junta Departamental que es la competente para crear municipios. Hasta acá podríamos decir que se trata de una iniciativa local, ante la Junta Departamental, pero en un tema local, como es la creación de un municipio en una localidad.

El problema aparece en el giro del inciso 1 que dice que la localidad tendrá el derecho de iniciativa ante el Gobierno Departamental en los asuntos de su competencia, incluida la que corresponde para constituirse en Municipio. Excluyamos a los municipios y preguntémosnos ¿asuntos de competencia de quién? Dos respuestas son posibles: competencia de cualquier órgano del gobierno departamental (incluyendo la materia departamental y la local, pero nunca la nacional) o competencia de los órganos locales.

Creo que la respuesta correcta es intermedia entre ambos extremos: el artículo 16 refiere a competencias de cualquier órgano departamental que refieran directa y exclusivamente a una localidad en particular. No podría pretender una localidad o municipio obtener una solución respecto a la materia departamental, que afecta a todos los municipios o a todo el departamento, o que invada competencias nacionales.

En la iniciativa en análisis se pretende que ferrocarriles asignados al uso de una empresa determinada no pasen por un área urbana, pese a que en todas las grandes, medianas y pequeñas ciudades los trenes circulan por zonas urbanas y las estaciones más importantes están en áreas

céntricas. Además, en la actualidad, y desde hace muchísimas décadas, los ferrocarriles cruzan las áreas urbanas.

Además, lo que se pretende no es una prohibición total a los ferrocarriles, sino solo a los del Proyecto Ferrocarril Central. Es una prohibición personalizada, lo que se entiende menos. Unos ferrocarriles sí y otros no. Se aprecia a mi juicio que se esconde tras la iniciativa popular una intencionalidad política en contra de la nueva planta de celulosa y que se recurre a esto para frenar dicha instalación y funcionamiento. Esto no puede aceptarse y es muy claro que ninguna localidad tiene competencia para frenar un emprendimiento de tales características.

En definitiva, entiendo que el contenido de la iniciativa popular es inválido, por lo que la iniciativa no puede prosperar ni debería dársele trámite. Es como si la iniciativa consistiera en dejar sin efecto decisiones del Poder Ejecutivo o una ley nacional, lo que no puede intentarse ni plantearse a través de una iniciativa popular local.

El objeto de la iniciativa no es válido o, si se prefiere, la vía de la iniciativa popular local elegida es manifiestamente inidónea para lograr el fin perseguido. La iniciativa no puede prosperar.

14. *¿Se puede llegar por esta vía o como consecuencia de ella a la prohibición del pasaje de ferrocarriles por zonas urbanas que se solicita?*

Esta tercera pregunta es la más sencilla de responder.

Ya se señaló que el contenido de la iniciativa refiere a competencias nacionales (materia nacional) según surge inequívocamente de la Constitución. Por esta razón, ni los órganos departamentales ni los locales tienen competencia para conocer en la materia, ni puede intentarse una iniciativa popular local a estos efectos.

O sea, la materia no es departamental ni local y la vía elegida no es idónea para alcanzar el fin perseguido.

Entiendo que la Junta Departamental debería rechazar de plano la iniciativa por las dos razones mencionadas.

Si pese a todo la Junta decidiera (no por estar obligada a hacerlo, sino por decisión propia) dar curso a la iniciativa elevándola a las autoridades nacionales, entiendo que: a) esto no tendría otra consecuencia que poner en conocimiento de las autoridades nacionales una inquietud de un grupo

de ciudadanos y b) en ningún caso la petición sería obligatoria ni podría llegarse a una consulta popular.

Conclusiones

En definitiva, respecto a la pretensión de que por la vía de la iniciativa popular local se prohíba el pasaje y tránsito de ferrocarriles de un proyecto empresarial determinado por zonas urbanas, cabe concluir que el planteo resulta jurídicamente inválido en la medida que:

- A) Las decisiones y operaciones de trenes y ferrocarriles en nuestro territorio es una clara competencia nacional, ajena a las jurisdicciones departamentales y locales.
- B) Lo anterior surge, entre otros, del artículo 185 de la Constitución que establece que las actividades del dominio industrial y comercial solo pueden estar a cargo de organismos de jurisdicción nacional (entes autónomos o servicios descentralizados, sin perjuicio de la competencias del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo), así como de la historia centenaria que confirma esto y evidencia que siempre, como ocurre en general en todas las grandes ciudades, los ferrocarriles fueron una cuestión nacional, circulan por zonas urbanas y sus principales estaciones suelen estar en zonas céntricas.
- C) Las leyes en vigor en esta materia no atribuyen ninguna competencia a las autoridades locales o departamentales respecto a pretensiones como la que se analiza. En algún medio de prensa se ha pretendido “crear” la atribución local que falta bajo la forma de una disposición de ordenamiento territorial, pero en este caso no estamos frente a ningún plan, proyecto, norma o directriz de ordenamiento territorial, sino a la simple prohibición de que circulen ferrocarriles de cierto proyecto empresarial (podrían circular cientos de trenes en un mes, pero no algunos pocos que pertenezcan al proyecto empresarial mencionado).
- D) En la iniciativa, además, en la medida que no se busca prohibir la circulación de ferrocarriles por centros urbanos, sino solo los correspondientes a un proyecto privado, se aprecia una incuestionable violación al principio constitucional de igualdad, en perjuicio de un solo emprendimiento empresarial, pero permitiendo cualquier otro.

- E) La oposición a un proyecto empresarial no puede sustanciarse a través de mecanismos de iniciativa popular local, por carecer de competencias las autoridades departamentales y las locales a estos efectos.
- F) Las iniciativas populares locales no refieren a temas que "interesen" a los habitantes de la localidad, sino a temas que formen parte de las competencias de los órganos locales. Los temas nacionales están fuera de esta iniciativa. Es muy claro que la vía elegida es inidónea para obtener el fin perseguido.
- G) Si se presenta una iniciativa con este contenido frente a una Junta Departamental, o incluso frente a una autoridad local, el órgano receptor debería rechazarla de plano, sin darle trámite, en la medida que: a) la cuestión no forma parte de la material departamental y ni de la local, por lo que la Junta es incompetente, b) la iniciativa popular local solo procede respecto a atribuciones de los órganos departamentales y locales, c) la iniciativa viola notoriamente el principio constitucional de igualdad, d) encubre el propósito político de oponerse a un proyecto empresarial privado lo que, en forma alguna, puede realizarse mediante esta iniciativa, y e) los institutos de gobierno directo y sus respectivos alcances están regulados en normas constitucionales especiales y no pueden agregarse otros institutos ni extenderse los que existen conforme a la Constitución.
- H) La Junta Departamental, si lo entiende pertinente, podría rechazar por improcedente la iniciativa popular local en estudio, pero luego comunicar a las autoridades nacionales su contenido. Esta comunicación no tendría ningún efecto jurídico y solo permitiría informar a las autoridades nacionales de una inquietud de un grupo de ciudadanos.
- I) En ningún caso puede considerarse que la autoridad receptora de la petición está obligada a pronunciarse, en primer lugar, por carecer de competencia al respecto y, en segundo lugar, por ser la iniciativa en análisis un medio inválido para obtener el fin que persiguen los promotores.
- J) Por último, en ningún caso podrá conducir esta iniciativa popular local a que se realice una consulta popular a nivel departamental o local, como preveía el artículo 79 de la ley 9.515, en la medida que: a) esta disposición legal, inconstitucional en sus orígenes, ahora debe considerarse derogada por el juego de las Constituciones posteriores y b) la consulta popular conduciría, de acuerdo a como se solicita, a que se aprobara un decreto con fuerza de ley en su jurisdicción por el cuerpo electoral local, hipótesis

no prevista en nuestra Constitución. Nuestra Carta solo permite que un decreto de un gobierno departamental con fuerza de ley en su jurisdicción sea aprobado por una Junta Departamental y promulgado por el Intendente

Quedando a su disposición por cualquier aclaración lo saludo con mi mayor consideración.



Dr. Martín Risso Ferrand

Profesor titular de Derecho Constitucional

(grado y postgrado)

Universidad Católica del Uruguay

Investigador nivel II en el SNI

