

Suma: Formulan consideraciones ante dictamen fiscal.-

SEÑORA JUEZ LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO PENAL ESPECIALIZADO EN CRIMEN ORGANIZADO DE 2º TURNO.-

Amadeo Ottati Folle y Mario Spangenberg Bolívar, Defensores de Fernando Lorenzo Estefan, en la Causa que ante ese Juzgado se le sigue (IUE .Pieza 2-212182012), a la Señora Juez dicen:

Que, en el marco del artículo 126 del Código del Proceso Penal, vienen a formular las siguientes consideraciones, respecto del dictamen del Señor Fiscal Letrado Nacional en lo Penal Especializado en Crimen Organizado de 2º Turno, de fecha 21 de diciembre de 2013, por el que solicita el “...*enjuiciamiento penal de Fernando Lorenzo imputado de un delito de abuso innominado de funciones*”.

### **I – Antecedentes.**

1.- Surge de los presentes obrados (fs. 1 y sgs.) que, en relación a una solicitud de adopción de una “Medida cautelar” en torno al boleto de compra, en subasta pública, de los aviones de la Empresa PLUNA - planteada por el Dr. Gustavo Salle-, de la que se le dio oportuna Vista, el ilustrado Señor Fiscal actuante, con fecha 1º de noviembre de 2012, solicitó a esta Sede que se recibieran las declaraciones de nuestro defendido, en su calidad de Ministro de Economía y Finanzas del Gobierno nacional, y del Señor Presidente del Directorio del Banco de

la República Oriental del Uruguay Ec. Fernando Calloia, “...*en relación al aval otorgado por dicha Institución a la Empresa Cosmo*”, lo que así se dispuso por Resolución de esa Sede, en la misma fecha (fs. 5 a 7).

2.- Cabe acotar que, con bastante anterioridad, se había iniciado un presumario -en esta misma Sede y con la intervención de la misma Fiscalía- a raíz de una denuncia presentada el 30 de mayo de 2012, por nueve Senadores del Partido Nacional “...*por hechos con apariencia delictiva en relación a PLUNA S.A.*”

Asimismo, se dio debido trámite a otra denuncia, presentada por la Presidencia del Directorio de A.N.C.A.P. (por la falta de pago de combustible para las aeronaves de PLUNA S.A.), y a una ampliación de la denuncia original por parte de los Senadores del Partido Nacional,

3.- La actividad presumarial desplegada en torno a los hechos denunciados a que vienen de hacerse mención (iniciada en virtud de un dictamen fiscal de fecha 27 de junio de 2012), se desarrolló intensamente, y sin solución de continuidad hasta el día Sábado 21 de diciembre de 2013, fecha ésta en que, acogiéndose el dictamen del Ministerio Público, la Señora Juez dispuso el procesamiento de cuatro de los indagados, quedando en suspenso la situación de otros dos (entre ellos nuestro defendido), al haberse interpuesto por las respectivas Defensas, la excepción de inconstitucionalidad del delito que les imputara el Señor Representante del Ministerio Público.

4.- Rechazada que fuera, por la Suprema Corte de Justicia (por Sentencia de fecha 19 de febrero del año en curso), la excepción de inconstitucionalidad oportunamente opuesta por esta Defensa, y vueltos los autos a esta Sede, procede que -ante la citación efectuada en virtud del artículo 126 del Código del Proceso Penal- los suscritos defensores formulen los descargos que correspondan, en relación al dictamen fiscal indicado precedentemente.

## II – Precisiones previas.

5.- Antes de ingresar al análisis de la cuestión de fondo, es preciso hacer alusión a lo expresado en el numeral 13 de ese dictamen, en cuanto dice haber requerido a la Sede la **acumulación** de todas esas causas ya mencionadas, por presentarse un “*supuesto objetivo y subjetivo de conexión de acciones*”, a lo que ésta accedió, extremos que –a entender de esta Defensa- no se han verificado en la especie.

6.- Según consta a la Señora Juez, los suscritos decidieron no recurrir la mentada resolución, pese a que –tal como lo habrán de desarrollar seguidamente- discrepan radicalmente con el criterio de la Fiscalía actuante de haber unificado (de hecho) y postergar hasta dicho dictamen, la resolución de diversas situaciones fácticas, que no guardaban conexión entre sí, y cuya investigación había discurrido por carriles diferentes y bien separados en el tiempo. Y es que, animados por la finalidad de no dilatar innecesariamente el transcurso de las actuaciones –ya morosamente suspendidas por la inacción del Ministerio Público, en su afán de esperar la comparecencia de otros indagados, en otra investigación presumarial- y ante la perversa lógica de los hechos consumados sobre ese particular, estos defensores declinaron recurrir la decisión oportunamente adoptada.

7.- Sin embargo, la resolución que dispuso la acumulación de las causas, sí fue recurrida por las Defensas del co-indagado CALLOIA y del imputado SEITUN, resolviendo finalmente la Sede, con la previa conformidad del Señor Fiscal, revocar la primigenia decisión, disponiendo en su lugar, la desacumulación de las Causas, por Decreto 205/2014 de fecha 10 de Marzo del año en curso.

Y es en su mérito, frente al cual, esta Defensa se hace un deber en señalar su plena comunión con la revocación dispuesta, habida cuenta de la verdadera orfandad de razones procesales que, en su momento, acompañara la Fiscalía en sustento de su pretensión.

8.- En efecto, preciso es señalar que en la exhaustiva instrucción realizada respecto de las varias denuncias reseñadas en el Capítulo anterior (que fue abarcativa de una continuidad de acontecimientos de diversa naturaleza, generados y desarrollados a lo largo de varios años, unidos por el hilo conductor de la instalada sospecha de la comisión de supuestas irregularidades a su respecto), nuestro defendido, en su condición de Ministro de Economía y Finanzas y en su consiguiente alta ubicación jerárquica dentro del Gobierno, fue llamado a declarar ante esta Sede en una única oportunidad y en uno solo de los varios expedientes que se tramitaban; y -aún en este expediente- apenas por un episodio muy puntual: un único llamado telefónico que le hiciera al Presidente del Directorio del BROU, relativo a la tramitación de un aval, por parte de ese organismo a favor de quien –como más adelante se demostrará- resultaba ser el único real interesado en participar de la segunda subasta de los siete aviones de PLUNA S.A.

9.- La circunstancia que viene de anotarse, es demostrativa de la absoluta desvinculación de nuestro defendido de prácticamente la totalidad de los hechos que se fueron denunciando en torno a PLUNA, así como de la errónea decisión de la Fiscalía actuante de emitir un pronunciamiento conjunto sobre todos ellos, ligando así, al Ec. Lorenzo, ante la opinión pública, con un cúmulo de maniobras sindicadas como ilícitas, en las que no tuvo injerencia de ningún tipo, y respecto de las cuales jamás fue investigado.

10.- Le consta a la distinguida Señora Juez que el grueso de las declaraciones prestadas en esta Causa específica, transcurrió entre el

día 6 de noviembre del año 2012 y el 22 de marzo del año 2013, en tanto la última declaración (la de Hernán Calvo Sánchez) quedó algo descolgada en el tiempo –es de fecha 30 de abril de 2013- en razón de que, residiendo éste en el exterior, no había comparecido a varias de las citaciones que se le efectuaron anteriormente.

En el curso de esta muy acotada investigación nuestro defendido compareció únicamente el día 3 de diciembre de 2012, y –vale destacarlo- decidió hacerlo **compareciendo personalmente ante la Sede**, cuando en su condición de Ministro de Estado bien pudo haber optado por declarar por “informe”, valiéndose de la potestad consagrada en el artículo 223 del Código del Proceso Penal (tal como sí lo hicieron otras personas citadas como testigos en la presente Causa).

11.- No existía, pues, razón alguna para que una indagatoria, que estaba virtualmente culminada a fines del mes de abril del pasado año se mantuviera -por decisión del Señor Fiscal- antojadizamente latente durante 8 meses, para ser resuelta, en la mañana de un día sábado, casi sobre el cierre del año, entremezclada con otros pronunciamientos que, aunque vinculados a una temática común, nada tenían que ver con la conducta que el Señor Fiscal le ha imputado a nuestro defendido.

Entiende esta Defensa (y así lo demostrará más adelante) que en esos largos meses de morosa e innecesaria espera, bien pudo el reconocido Señor Fiscal, abocarse a comprobar la veracidad de algunas circunstancias fácticas, que lucen como fundamentos de su dictamen incriminatorio respecto de nuestro defendido, pero que no pasan de ser meras alegaciones de su parte, huérfanas de todo respaldo probatorio.

12.- Adviértase, por otra parte, que este cuestionable criterio de la Fiscalía (en el que, como es obvio, nada tiene que ver esta Sede) dejó expuesta una puntual situación fáctica -ocurrida el 28 de setiembre

de 2012, y cuya indagatoria, como se dijo, había culminado a fines del mes de abril del año 2013- al fluctuante devenir de ciertos eventos ocurridos con posterioridad, que si bien guardaban alguna relación con el tema del aval bancario, no debían tener incidencia sobre la concreta conducta que se reprochaba a nuestro defendido.

En efecto, ni la sorpresiva (o no tanto) asunción, por parte del empresario Juan Carlos López Mena, del pago del cuestionado aval (acordado con el BROU el 19 de marzo de 2012), ni la declaración de inconstitucionalidad, por parte de la Suprema Corte de Justicia, de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley N° 18.931, que creó el Fideicomiso de PLUNA (de fecha 8 de noviembre de 2013), debieron haber tenido la virtualidad de incidir –ya fuera favorable o desfavorablemente- en el juzgamiento de un hecho anterior muy específico y perfectamente acotado en el tiempo.

13.- Pero más aún: el hecho constitutivo del supuesto *abuso de funciones*, que el Señor Fiscal pretende atribuir a nuestro defendido (o sea la llamada telefónica que éste hizo al co-indagado Calloia, manifestando su preocupación -en cumplimiento de lo dispuesto en la ley dictada a esos efectos- por la presentación a la segunda subasta de los aviones de PLUNA, de una empresa interesada en participar en ella), aún con la pretendida e inexacta connotación delictiva que el Señor Fiscal le asigna, hubiera carecido de toda relevancia (y es harto probable que la presente indagatoria no se hubiera decretado) si, una vez adjudicada la subasta, el oferente hubiera dado puntual y debido cumplimiento a las obligaciones que había contraído (que, por lo demás, era lo que lógicamente se esperaba de su parte).

14.- Resulta válido entender, pues, que la atribución de carácter delictivo a esa muy acotada participación de nuestro defendido en dicha instancia, ha respondido, más que a la intrínseca naturaleza de dicho

acto (que, como esta Defensa habrá de demostrarlo, resulta ser perfectamente lícito), a las posteriores repercusiones que ella tuvo, derivadas de un hecho que le es totalmente ajeno, como lo fue la indebida actuación posterior a la subasta del beneficiario del aval concedido por el Directorio del Banco República Oriental del Uruguay, en cumplimiento de lo dispuesto por su específica reglamentación.

### **III – La ilevantable inconsistencia de la pretensión fiscal.**

15.- Sin entrar aún a la consideración de la requisitoria del Señor Fiscal respecto de nuestro defendido, entiende esta Defensa –y así lo explicará más adelante- que de las actuaciones cumplidas en esta Sede especializada emerge, con diáfana claridad, que lo actuado por aquél en dicha oportunidad carece de toda relevancia penal.

Ella se limitó a una gestión que, en su calidad de Ministro de Economía y Finanzas, entendió que debía realizar ante el Presidente del Directorio del BROU, a efectos de propender al éxito de la subasta de los aviones de PLUNA S.A. (en concreto, que pudieran presentarse las personas o empresas que tuvieran interés en participar en ella, luego del fracaso de una convocatoria anterior) y, de tal modo, contribuir, en la íntima e ineludible convicción de las altas responsabilidades que acompañan la jerarquía del cargo de Ministerio de Economía y Finanzas de la República, a que se colmaran –pronta y efectivamente- los propósitos de la ley que, el Parlamento nacional, había sancionado oportunamente, con el fin de dar una adecuada solución a la problemática derivada del cese de las actividades de dicha línea aérea.

16.- Aunque ello surge de autos, no resulta superfluo señalar que el procedimiento de la subasta pública estaba previsto en la Ley Nº 18.931, la que autorizó al Poder Ejecutivo a constituir un fideicomiso, regido por la ley Nº 17.703, integrado por activos de PLUNA Líneas Aéreas Uruguayas, al que se transfirió la propiedad de las aeronaves. Y es, precisamente, en esa misma ley que se establece que dichas aeronaves serán enajenadas en subasta pública extrajudicial, por parte del fideicomiso, dentro de un plazo de 60 días.

17.- Si esa fue o no la salida más adecuada a tan compleja coyuntura, es tema que concierne a quienes, con su voto, en la sede de la democracia, el Parlamento nacional, dispusieron la sanción de dicha ley.

Obviamente, tampoco puede atribuirse a nuestro defendido ninguna responsabilidad por el modo en que se instrumentó la ley finalmente aprobada (con plazos por demás exiguos para el cumplimiento de las distintas etapas previstas), debiendo pues circunscribirse el examen y valoración de su actuación, a su mentada y circunscrita intervención previa a la tramitación del aval otorgado por el BROU a la empresa COSMO, que habilitó la presentación de ésta a la subasta realizada el 10 de octubre de 2012 (vale consignar que, con anterioridad, el 12 de setiembre del mismo año, se había realizada una primera subasta, a la que no se presentó ningún interesado).

18.- Sí cabe insistir en que el Gobierno al que, en tan alta jerarquía, pertenecía nuestro defendido consideró (en el acierto o en el error) que la sanción de dicha ley –a iniciativa del Poder Ejecutivo- era la manera más adecuada para dar solución a una puntual y preocupante situación, a la que se había llegado luego de un largo proceso de ininterrumpido y creciente deterioro de nuestra principal línea área, con la consiguiente –y notoria- afectación a las arcas del

Estado, cuyo deber de custodia y protección, obvio es decirlo, corresponde –principal, aunque no exclusivamente- al titular del Ministerio de Economía y Finanzas; circunstancia ésta, que, en mérito al incuestionable sentido de la institucionalidad de nuestro defendido, ha sido su principal desvelo en los años que ejerciera tan alta dignidad.

En su mérito, la precedente acotación debe ser tomada como un **antecedente insoslayable** al momento de analizar el ajuste o adecuación de la conducta realizada por nuestro defendido a la figura delictiva que el Señor Fiscal le imputa, sin perjuicio de ingresar, sin más preámbulos, al detenido estudio del dictamen por él producido, el que –como luego se verá- carece del más mínimo sustento fáctico y jurídico.

#### **A - La estructura típica del delito de *Abuso de funciones*.**

19.- Debe señalarse, pues –a título meramente introductorio- que la **“Tipicidad”** es uno de los elementos del delito, y cumple una función fundamental para desentrañar cuándo determinada conducta tiene naturaleza delictiva.

Como es sabido, no se puede considerar a una conducta como ilícita si, al tiempo de su comisión, ella no estaba ya descrita, con la mayor precisión, en un texto normativo de carácter penal o “**tipo penal**”. Eso es, por lo demás, lo que resulta del **principio de legalidad**, expresamente recogido en el artículo 1º del Código Penal y, además, en el artículo 10º de la Constitución.

Entre otras características, el **tipo penal** tiene naturaleza básicamente descriptiva, por cuanto –al decir de ZAFFARONI- “...Los elementos descriptivos son los más importantes para individualizar una conducta y, entre ellos de especial significación es **el verbo**, que es

*precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción.”<sup>1</sup>*

Por su parte la **tipicidad** (que muchos autores llaman “adecuación típica”) no es otra cosa que la conformidad de una cierta acción o conducta a todos y cada uno de los elementos contenidos en una determinada descripción legal.

Por todo lo cual, es una tarea de verdadera trascendencia **verificar si, en el caso presente, la conducta desarrollada por nuestro defendido se adecua al tipo penal imputado en el precedente dictamen fiscal.**

20.- Y bien. Como ya se ha dicho, el delito cuya comisión se atribuye al Ec. Lorenzo es el previsto en el artículo 162 del Código Penal, que sanciona al “*funcionario público que **con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales...***”

21.- Esta Defensa prescindirá del análisis de la expresión final del párrafo transcrito, por ser una cuestión ya laudada por el reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia, en favor de la constitucionalidad de este delito. Sin embargo, ese **rechazo de la excepción de inconstitucionalidad que oportunamente se promoviera, no puede ni debe tomarse como un “baño de santidad”, ni nada que se le parezca, respecto a dicha figura delictiva.**

En efecto, por más que se haya entendido que no vulnera norma constitucional alguna, este delito del artículo 162 del Código Penal siempre ha merecido -y seguramente seguirá mereciéndolo hasta que, tarde o temprano, se decida eliminarlo de nuestra normativa penal-

---

<sup>1</sup> Zaffaroni, Eugenio, Manual de Derecho penal. Parte General, p.372.

insalvables reparos a toda la Cátedra de Derecho Penal (a la que pertenecen los suscritos defensores), por sus límites irremediabilmente difuminados y borrosos, los que dejan un cauce demasiado amplio al arbitrio interpretativo de quienes deben aplicarlo.

22.- Y es, precisamente, esto último, a juicio de esta Defensa, lo que ha ocurrido en la especie, con el dictamen fiscal obrante en autos, habida cuenta de la imposibilidad de determinar –con la absoluta precisión que toda norma penal requiere- dónde se encuentra el límite entre lo penalmente ilícito y lo que no lo es; excediendo, la pieza jurídica cuestionada, en forma notoria, la infranqueable frontera que protege la actuación discrecional y política propia de los actos de gobierno (en especial, en cargos públicos de tan alta responsabilidad jerárquica) y que, indudablemente, constituye el corazón y el pilar fundamental del **principio de separación de poderes**, sobre el que se asienta nuestra democracia constitucional. Temática a la que, por su innegable relevancia en la dilucidación de la presente Causa, habrá de volver esta Defensa, al examinar el concepto de “*arbitrariedad*” contenido en la figura prevista en el ya citado artículo 162 de nuestro Código Penal (*infra* Capítulo V).

#### A.1 - Los verbos típicos

23.- Es momento ya de ingresar (con carácter general, esto es, sin una expresa referencia al caso presente) al análisis de los verbos nucleares que rectoran el tipo penal en cuestión; los que, como es sabido, están dispuestos por las acciones de “cometer” u “ordenar”.

En lo que hace al primero de ellos, no existe duda alguna, en que la conducta prevista (“cometer”), consiste en la ejecución *manu*

*propia* de la acción punible, esto es, en la realización, personal, directa y sin la intervención de terceros, del acto cuestionado.

El verbo “**ordenar**”, por su parte, exige la determinación, a otra persona, de una conducta exigida, a la que, el receptor de la *orden* tiene la obligación de acatar o ejecutar, cual mero instrumento del primero. Y es que, como enseña RETA, en esta segunda modalidad, se conjuga la acción: “...*mediante una interpuesta persona a quien le ordena la comisión del acto.*”<sup>2</sup> Vale añadir que el perfeccionamiento de esta hipótesis, exige pues, una clara nota de bilateralidad, es decir, un funcionario con poder de ordenar y otra persona, sujeta a su jerarquía, con la obligación de acatar.

La imperfecta conjugación de ambos verbos nucleares, o la falta de una exacta adecuación a la conducta juzgada, obtura, necesariamente, y como es sabido, la posibilidad de arribar a un juicio de tipicidad exitoso.

## A.2 - El abuso del cargo y el acto arbitrario

24.- Más allá del análisis de los verbos nucleares que rectoran la figura, debe decirse que la doctrina nacional, al estudiar la descripción típica de dicho delito, ha centrado su enfoque en los conceptos de “**abuso del cargo**” y de “**acto arbitrario**”.

En lo que hace al primer concepto, BAYARDO y CAIROLI lo han definido casi con idénticas palabras. Según el primero, se verifica un “**abuso del cargo**” al “*excederse en los poderes que la ley confiere o extralimitarse en el uso del poder propio*”; en tanto el “**acto arbitrario**” es el que “*se cumple para una finalidad diversa de aquélla para la que se confiere el poder mismo (...) todo esto ocurre cuando el antecedente psicológico de la acción, cuando el móvil mismo del acto discrecional*

<sup>2</sup> Reta, Adela, Derecho Penal, Segundo Curso, T.I, p.182.

*colide con el interés público, en mérito de coincidir con uno particular: por ej. venganza, odio, enemistad, sectarismo político, etc.*<sup>3</sup>; por su parte CAIROLI, que define en forma similar el “**abuso del cargo**”, entiende que el “**acto arbitrario**” no es sino un “*acto ordenado o cometido con abuso de poderes del cargo*”, con lo que, en rigor, asimila este concepto al del “abuso”.<sup>4</sup>

LANGÓN, por su parte, tras definir el “abuso” como la acción de “*ir más allá de lo lícito o permitido*”, sostiene –con razón- que “*el delito no consiste, como se dice habitualmente, en abusar del cargo, sino en cometer “actos arbitrarios” en perjuicio de la Administración.*”<sup>5</sup>

En sentido similar, VIANA REYES señala que: *para la adecuación típica de un hecho imputable a un funcionario público a la figura del delito de que se trata, es necesario, además de los restantes elementos ya vistos, que el autor haya obrado con arbitrariedad.*<sup>6</sup>

Y, más adelante, el citado autor, agrega: “*Dicho de otra manera, conforme al claro tenor de la ley, es concebible la existencia de actos de los funcionarios públicos cometidos u ordenados con abuso de sus cargos y perjuicio de la Administración o de los particulares, pero que **no sean arbitrarios.** Y esos actos serán irregulares o ilícitos – desde el punto de visto del derecho administrativo, por ejemplo- pero no serán penalmente típicos, según la figura que se analiza.” Concluyendo que: “*Para que esta adecuación ocurra **será necesario que, además de existir el abuso del cargo y la finalidad de perjudicar, concurra también, concomitantemente, la arbitrariedad.***”<sup>7</sup>*

<sup>3</sup> Bayardo, Fernando, Derecho Penal Uruguayo, T.IV, pp.217-218.

<sup>4</sup> Cairoli, Milton, Curso de Derecho Penal Uruguayo, T.IV, pp.222-223.

<sup>5</sup> Langón, Miguel, Código Penal Comentado, p.207.

<sup>6</sup> Viana Reyes, Enrique, *El abuso genérico de funciones*, INUDEP, Año II, N.3, p.84.

<sup>7</sup> Viana Reyes, Enrique, Ob.Cit., p.87.

MALET, por su parte, ha indicado que: “*El **abuso** y la **arbitrariedad** se vinculan estrechamente en esta disposición pues mediante el abuso se cumple el acto antijurídico.*” Precizando, a continuación, que: “*El **acto arbitrario es lo contrario a lo racional** y en su esencia se vincula a **inmotivado**.*”<sup>8</sup>

Importa sobremanera indicar que, a más de este concepto jurídico, el **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española** define la **arbitrariedad**, como el “**acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por la voluntad o el capricho.**”

25.- Incluso, merece especial relevancia, por provenir del máximo Tribunal jurisdiccional de nuestro país, la opinión vertida por la Suprema Corte de Justicia, que se ha afiliado a esta misma interpretación, cuando afirma que: “...es esencial en la figura la nota de arbitrariedad entendida como un **proceder o dictaminar por capricho** o en **contra de las Leyes de la razón.**”<sup>9</sup>

26.- Por cuanto viene de decirse, resulta inexorable destacar que la nota de arbitrariedad exigida en la figura en examen, sólo puede tener lugar, en la medida en que no exista motivo racional alguno que justifique o explique la conducta. Y ello, obvio es decirlo, **no equivale en modo alguno a juzgar el mérito o conveniencia del acto**, el que, en todo caso, podrá ser desacertado o erróneo, más nunca **arbitrario**.

Y es que, como bien enseñan doctrina y jurisprudencia, la **arbitrariedad** no equivale a inconveniencia o desajuste, sino pura y simplemente, a capricho espurio. De allí que, VIANA REYES, junto al resto de la doctrina, circunscriba los ejemplos de arbitrariedad punible a

---

<sup>8</sup> Malet, Mariana, *La Corrupción en la Administración Pública*, 1999, pp.113-114.

<sup>9</sup> Sentencia de la Suprema Corte de Justicia 61/2005 de fecha 1/04/2005.

aquellas conductas guiadas por: “...**el sectarismo, la prepotencia, la represalia, la venganza, el rencor, el despecho...**”<sup>10</sup>

27.- Aunque el tema fue largamente analizado en la desechada excepción de inconstitucionalidad de la figura delictiva bajo examen (y sin pretender insistir en un camino que ya ha quedado obviamente precluido), los suscritos Defensores se permiten traer a colación –por su aplicabilidad al dictamen fiscal obrante en autos- la muy compartible opinión del ya citado LANGÓN, en cuanto a que “*Cuando se den estas tres condiciones: **abuso, arbitrariedad y finalidad perjudicial**, y la conducta no encaje en ningún tipo penal, entonces se abre este verdadero cajón de sastre o boca de embudo, que atrapa como una gran red de araña, todo lo que no alcanzó a describir el ingenio del legislador al tipificar, durante más de un siglo, los clásicos delitos contra la Administración.*”<sup>11</sup>

### **A.3 - El perjuicio.**

28.- Los elementos que vienen de reseñarse, como es sabido, no agotan el análisis del delito en examen, por cuanto la figura de marras, contiene una inequívoca referencia subjetiva: que la conducta de que se trata se ejecute “...**en perjuicio de la Administración o de los particulares...**”.

LANGON señala que el **perjuicio** “...es la finalidad a que se endereza la actividad del actor, constituyendo un claro elemento subjetivo del tipo...”<sup>12</sup>

A este mismo respecto, expresa VIANA REYES que: “*Dicha frase adverbial, mediante el establecimiento del propósito del autor de*

---

<sup>10</sup> Viana Reyes, Enrique, Ob. Cit., p.93.

<sup>11</sup> Langón, Miguel, Ob.Cit., p.185.

<sup>12</sup> Ob.Cit., p.186.

la conducta, modifica la significación de los verbos nucleares de la figura. Para la adecuación de la respectiva conducta, no es bastante con que se cometa u ordene un acto arbitrario, sino que, además, **es necesario que se sepa que se lo hace en perjuicio de la Administración o de los particulares...**<sup>13</sup>

29.- Sin embargo, en relación a este punto específico, no ha sido la doctrina sino la jurisprudencia, la que ha aportado un caudal de mayor riqueza en la interpretación de la expresión "**en perjuicio**". Y es que, en el año 2006, en sede de Casación, la Suprema Corte de Justicia ha dictado un señero fallo<sup>14</sup> que, rápidamente, mereció elogiosas publicaciones académicas.<sup>15</sup> En dicha casación, se consigna, con rotundidad, que la "*...infracción no puede erigirse por sí en factor atributivo de responsabilidad penal, precisamente por **ausencia del -requerido legalmente- "perjuicio" para la Administración o los particulares.***"

30.- Precisamente, comentando este fallo de nuestro máximo órgano jurisdiccional, CAMAÑO VIERA señala que "*La solución de la Corte es **innovadora** en cuanto por primera vez en la historia judicial del Uruguay **se exige la producción de un concreto perjuicio** para imputar responsabilidad penal por el delito de abuso de funciones...*", y agrega que al tiempo que ella otorga mayores garantías al justiciable que la posición tradicional, constituye también "*...una forma de limitar el alcance del art. 162...*", pues por vía de "*...la exigencia de la concreta producción de un perjuicio viene a cumplir la función dogmática de*

<sup>13</sup> Viana Reyes, Enrique, Ob. Cit., p.83

<sup>14</sup> Sentencia de la Suprema Corte de Justicia 248/2006 de fecha 22/12/2006.

<sup>15</sup> Camaño, Diego, "El delito de abuso de funciones en la nueva jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia", Revista Uruguaya de Derecho penal", T. 17, p. 163 y 164.

*‘cerrar’ el delito de abuso de funciones, evitando el **recurso al derecho penal como mera herramienta simbólica o de judicialización de asuntos políticos.***

**A.4 - El dolo que caracteriza la figura**

31.- Finalmente, y para concluir con el examen genérico del tipo penal en cuestión, es preciso detenerse en su dimensión estrictamente **subjetiva**. Al respecto, enseñaba BAYARDO que el dolo exigido, consiste en la “...*voluntad de ordenar o cometer un acto y **conciencia de que el mismo implica un abuso del cargo y se dirige en perjuicio de particulares o de la propia administración.***”<sup>16</sup>

Y, coincidentemente, dice RETA que: “...*frente a nuestro texto legal, el Dr. Carballa entiende que el dolo consiste en realizar un acto abusivo con la **finalidad específica de perjudicar a un particular o a la Administración.** Creemos que frente a la redacción del Código vigente **es imprescindible**, para la configuración del abuso genérico de funciones, que **el dolo del agente abarque el perjuicio posible.***”<sup>17</sup>

32.- En efecto, a juicio de los suscritos, la esencia subjetiva de la figura en cuestión, **exige que el sujeto actúe con plena conciencia y voluntad de dañar y perjudicar a la Administración o a los particulares, circunstancia ésta que, obviamente, debe ser acreditada al momento de su incriminación.** O, lo que es lo mismo, la ausencia de esa finalidad espuria o perniciosa, conducirá, en forma inexorable, a descartar el reproche penal, por la inexistencia de adecuación típica.

**IV - La concreta *imputatio juris* del dictamen fiscal.**

<sup>16</sup> Bayardo, Fernando, Ob.Cit., p.219.

<sup>17</sup> Reta, Adela, Ob.Cit., p.185.

33.- Ha llegado el momento de examinar si la imputación delictual que, respecto de nuestro defendido, se contiene en el tantas veces citado dictamen fiscal, se conforma a los criterios interpretativos que vienen de exponerse en los numerales precedentes.

¿En concreto, pues, cuáles son -a juicio del Señor Fiscal- los actos realizados por el Ec. Fernando Lorenzo, constitutivos del delito del artículo 162 del Código Penal, que le imputa?

Según surge del referido dictamen, el episodio central en el que se concreta el actuar de nuestro defendido objeto del reproche penal, ha consistido en una llamada telefónica que éste realizara al Presidente del BROU, Ec. Fernando Calloia, el día 1º de octubre de 2012, en la que le manifestó que el empresario Juan Carlos López Mena iba a acercar una empresa interesada en participar en la subasta de los aviones de PLUNA, y que “***Si ello ocurría, le estaba solicitando al BROU que hiciera los máximos esfuerzos que tuviera a su alcance para emitir ese aval en particular.***” (al igual que las demás transcripciones de este escrito, aparece sin **resalte** o subrayado en el original).

A este respecto, el Señor Fiscal reproduce –bien que en forma parcial- varios pasajes de las declaraciones prestadas por nuestro defendido el día 3 de diciembre de 2012, en ocasión de su primera comparecencia ante esta Sede.

34.- Por una razón de simplificación, esta Defensa no habrá de reproducir en este escrito las distintas glosas contenidas en el ya citado dictamen, prefiriendo detenerse en el examen de los puntos medulares en los que se funda la imputación delictual que aquél concreta.

Señala, así, el ilustrado representante del Ministerio Público que, pese a reconocer el esfuerzo del indagado por descartar toda vinculación con el otorgamiento del cuestionado aval bancario “...*emergen relevantes elementos probatorios que respaldan lo*

*contrario...”, y afirma -como fundamento de la consiguiente imputación delictual a su respecto- que el Ec. Lorenzo “**excediendo los límites de su ámbito de competencia funcional, concedió el respaldo orgánico del Ministerio de Economía y Finanzas, en favor únicamente de la aerolínea española COSMO S.L. –desconocida en el mercado regional- y tan solo una de las cuatro interesadas en participar del remate de las siete aeronaves Bombardier CRJ900 de la ex PLUNA (a saber: Grupo Molinari, Mont Fortelco y la Embajada de Venezuela...”)**.*

Los párrafos que acaban de reproducirse, y que –de alguna manera- permiten centrar el pensamiento del dictaminante al respecto, contienen varios aspectos a considerar, lo que los suscritos defensores harán en los numerales siguientes (ello, sin tomar en cuenta –vale aclararlo- las varias y muy desafortunadas declaraciones, aclaraciones y referencias que, a ese respecto y con posterioridad a su dictamen, el respetado Señor Fiscal ha formulado fuera del ámbito natural y recoleto en que la cuestión de autos debe necesariamente dirimirse).

**A - La llamada telefónica del Ec. Lorenzo al Presidente del BROU. Ec. Calloia, del 1º de octubre de 2012.**

35.- Según lo que oportunamente declarara, nuestro defendido –legítimamente preocupado por la suerte de esa segunda subasta de los aviones, tras el fracaso de la que se había realizada anteriormente- llamó telefónicamente al Ec, Calloia, el 28 de setiembre de 2012, el que le informa que en el BROU “...*hay dos empresas gestionando avales*”.

Ante esa información, y en conocimiento de que una de las posibles interesadas en participar de esa subasta (el grupo que comandaba el Sr. Molinari) había dicho poseer ya un aval, emitido por la empresa SANCOR SEGUROS, dio por supuesto que esas dos

empresas que estaban gestionando un aval ante el BROU eran la empresa española MONT FORTELCO (cuya tramitación estaba siendo apoyada en forma personal por el propio fiduciario Ec.Javier Liberman) y otra empresa, cuyo nombre no conocía, pero que sí sabía iba a acercar el empresario Juan Carlos López Mena (y que resultó ser la empresa COSMO).

36.- En cuanto a la llamada telefónica cuestionada por el Señor Fiscal (efectuada el mismo día en que se realizaba la subasta, o sea el 1º de octubre de 2012), nuestro defendido expresa: “*Yo le digo al presidente del BROU que el Sr. López Mena me dijo, en presencia del MTOP, que una empresa se acercaría a tramitar un aval al BROU*”, aclarándole que, en virtud de la “*desconfianza y prudencia*” con las que atendía esas situaciones “*...no tenía la seguridad de que eso fuera a ocurrir*”.

Y, a renglón seguido, declara que si eso ocurría –o sea si efectivamente esa empresa se presentaba en el Banco-: “*...le estaba solicitando al BROU que hiciera los máximos esfuerzos que tuviera a su alcance para emitir ese aval en particular*”, acotando que, por la Carta Orgánica del BROU, el Presidente era el único dentro del BROU “*...que podía respaldar a sus servicios para emitir un aval de esta empresa o de cualquier otra a tres horas de la subasta, **sin mediar reunión del directorio.***” (según se ha informado esta Defensa –pero ello era desconocido por nuestro defendido- el Presidente del BROU carecía de facultades bastantes para decidir por sí solo el otorgamiento del aval, por lo que éste debía ser aprobado, y efectivamente lo fue, por el Directorio del Banco).

37.- Cabe preguntarse si esa **única llamada**, en los términos en que se hizo, es constitutiva de por sí de una hipótesis de “**abuso de funciones**”, o –para expresarlo en los propios términos que emplea el

Sr. Fiscal- si ella fue hecha “...excediendo los límites de su ámbito de competencia funcional”. La respuesta debe ser rotundamente negativa.

Con carácter general, y en términos de **adecuación típica**, es claro que lo primero que cabe analizar es si la persona a la que se imputa un determinado delito ha conjugado el **verbo típico** contenido en la respectiva fórmula legal.

En concreto, y como ya fuera adelantado, el artículo 162 del Código Penal contiene dos verbos típicos: “**cometiere**” u “**ordenare**” (referidos ambos, según la letra de dicho texto legal, a un “**acto arbitrario**”, que –en la especie- lo sería el otorgamiento de un aval a la empresa COSMO).

38.- Pues bien: parece por demás obvio señalar que nuestro defendido **no “cometió”** (o sea, no realizó por sí mismo) el acto que concedió el referido aval, lo que competía naturalmente al Banco de la República Oriental del Uruguay; pero resulta igualmente claro que **tampoco “ordenó”** nada al Presidente del BROU en tal sentido, sino que lo que hubo de su parte fue **simplemente un pedido o solicitud al Ec. Calloia**, el que fue realizado, además, **no de modo imperativo** (su concreto pedido a éste fue, según su declaración, que “...actuara **en forma flexible y cuidadosa en el otorgamiento del aval**” (fs.95v.).

En otro pasaje de su declaración (fs.96v.) el Ec. Lorenzo explica que “*Mi llamada era para conseguir la cooperación del BROU para que quienes podían ser partícipes en la subasta llegaran a serlo...*” –acotando, como muestra de prudencia y respeto hacia las potestades de quien recibía su pedido- “...**si estaban en condiciones de serlo.**”

39.- Es claro, por otra parte, que el Ec. Lorenzo no podía hacer algo más que lo que efectivamente hizo, sin excederse de sus naturales competencias, porque era plenamente conciente de que el BROU es un Ente Autónomo y, por tanto, ajeno al ámbito competencial del Poder

Ejecutivo (y obviamente del Ministerio de Economía y Finanzas); y que, consecuentemente, el Presidente de ese organismo no era un subordinado suyo, al que pudiera ordenarle nada.

Este último y muy importante detalle, el propio Ec. Lorenzo se ocupó de dejarlo en claro en su declaración: “*Yo no tengo ninguna facultad legal, ni ninguna autoridad directa sobre el presidente o ningún integrante del BROU, como para inmiscuirme en la toma de decisiones que involucra a la Institución en su operativa crediticia...*” (fs.95v.), agregando, algo más adelante: “*Téngase en cuenta que **no tengo facultades para dar órdenes a alguien que no es mi subordinado***” (fs.96v.)

En todo caso, y como surge del tenor general de sus declaraciones, lo que le ofrecía al Ec. Calloia, como es lógico, era su respaldo respecto de la gestión que tuviera a bien efectuar, en función del pedido que le hacía, confiando en que su interlocutor se manejaría dentro de los márgenes de flexibilidad compatibles con la normativa interna del Banco.

Y no está de más precisar o aclarar que no era el Ministro de Economía Fernando Lorenzo, actuando en forma personal, el que le estaba haciendo ese pedido al Presidente del BROU (el “Banco País”, por si es preciso aclararlo) sino el Gobierno todo, del que ambos formaban parte.

40.- Volviendo a los verbos nucleares del delito imputado a nuestro defendido, cabe insistir en que éste no le ordenó absolutamente nada al Ec. Calloia. Y, más aún: por conocer sobradamente la rectitud de proceder de éste, en otro pasaje de su declaración en el Juzgado, el Ec. Lorenzo aclara: “*Yo estoy seguro que el Presidente del BROU **jamás hubiera otorgado una garantía de mantenimiento de oferta sólo porque yo lo solicite;** no es explicable ni tendría fundamento*

*alguno...*” Incluso, en otro pasaje posterior, hasta manifestó su duda o falta de certeza en cuanto a que “...**sólo con la llamada del Ministro se otorgara el aval...**” (fs.99v.)

41.- Bien vale la pena detenerse en esta última afirmación suya, por cuanto un pasaje de las declaraciones del Ec. Fernando Calloia es claramente demostrativo de la validez de esta suposición de nuestro defendido, en cuanto a la real y concreta incidencia que su llamada tuvo, para la efectiva concesión del tan cuestionado aval.

En efecto, al ser preguntado respecto a la razón de haberse otorgado el aval a COSMO sin que se hubiera constituido aún la garantía de rigor, el Ec. Calloia dice: “Hay **dos razones** fundamentales, la primera el respaldo a la operación por parte del M. E. Finanzas, y en segundo lugar, **que el cliente que tramitó ese aval a favor de la empresa COSMO fue el Sr. JUAN CARLOS LÓPEZ MENA.**” (fs.10v.)

O sea, que no fue únicamente la llamada del Ec. Lorenzo la que incidió para la concesión del aval a COSMO, en las condiciones en que se hizo, sino que existió otro factor –y de un peso marcadamente mayor- para que ello ocurriera, cual fue la intervención en su trámite del Sr. Juan Carlos López Mena.

Fue tan preponderante la influencia de esta persona, que el Ec. Calloia no duda en calificarlo como “el cliente **que tramitó ese aval en favor de la empresa COSMO...**”, explicando seguidamente que ese empresario se trataba de “...*un cliente de larga data en el BROU y de cumplimiento intachable, por lo cual entendimos que era una operación perfectamente garantizada por la palabra de los intervinientes y por el respaldo del Sr. LÓPEZ MENA.*” (fs.10v.)

Y, más adelante, en la misma audiencia, reitera que “*En el caso de la empresa COSMO existieron dos factores determinantes, uno que la hubiese solicitado un cliente de larga trayectoria en el*

**banco...**” (repárese que lo menciona en primer lugar) “...**y que contaba con el respaldo del M.E.F.**” Y, al preguntársele “*En qué se viabilizó el respaldo del Sr. LÓPEZ MENA al tema del aval*” contestó que lo fue en la fianza solidaria de BOSTON SEGUROS, aportada como garantía por la empresa COSMO. (fs.14V.)

42.- Estas declaraciones del Ec. Calloia son categóricas y no admiten dos interpretaciones. Por más que nuestro defendido (o el Gobierno por su intermedio) le haya pedido su cooperación para que actuara con flexibilidad en lo relativo al aval que gestionaría COSMO, es innegable que ello no habría acontecido de no haber aparecido en escena, y en un rol absolutamente preponderante, un muy importante y bien calificado cliente del Banco, como el Sr. López MENA.

¿Puede caber alguna duda de que, en la realidad de los hechos, y más allá de lo que surja en los papeles respectivos, **el aval del BROU fue concedido al Sr. López Mena**? Adviértase que no es ésta una suposición sin fundamento de esta Defensa, pues ello ha sido implícitamente reconocido por el propio Ec. Calloia, cuando, al preguntársele por una posible vinculación entre la empresa COSMO y López Mena, contesta: “*De todo lo expuesto puede deducirse que el SR. LÓPEZ MENA fue el solicitante del aval frente al BROU...*” y, por si eso no fuera suficiente, acota que “...*adicionalmente disponemos de una nota de la Empresa BUQUEBUS, firmada por el SR. LÓPEZ MENA, que referencia a la empresa COSMO frente al BROU.*” (fs.11).

En el mismo sentido, cabe mencionar lo declarado, en su momento, por el Gerente Ejecutivo de la División Empresas del BROU Raúl García, quien fue **el encargado de realizar el trámite** relativo al otorgamiento del aval ya reiteradamente mencionado, y que al ser preguntado sobre si con su experiencia en el Banco “...*en algún momento consideró que el SR. LÓPEZ MENA era quien gestionaba el*

aval”, aceptó que éste fue el que “...**realizó frente a mi las gestiones y fijó las condiciones en las cuales debía ser emitida la garantía en favor de COSMO.**” (fs.190)

43.- Lo que viene de expresarse en los numerales anteriores, al tiempo que relativiza drásticamente el peso que, para el otorgamiento del aval a COSMO, pretende darse a la ya referida llamada telefónica que el Ec. Lorenzo le hiciera al Ec. Calloia, permite dejar también en claro el rol preponderante y decisivo que (moviéndose más bien en las sombras, pero saliendo esporádicamente a la luz) ha tenido el fuerte empresario transportista Juan Carlos López Mena, en la **génesis, desarrollo y culminación** de toda esta operativa, sin que ello haya despertado siquiera la más leve inquietud o preocupación al incisivo ojo escrudñador del experiente Señor Fiscal.

44.- En suma, y en lo relativo a un aspecto que es absolutamente decisivo a los efectos de la adecuación típica de la conducta de nuestro defendido a la cuestionable figura penal que pretende imputarle el Sr. Fiscal, ha quedado demostrado que el Ec. Lorenzo no conjugó, con su mínimo actuar, ninguno de los dos verbos típicos que aquélla contiene, en cuanto **no “cometió” ni “ordenó” al Presidente del BROU el otorgamiento del aval a la empresa COSMO.**

45.- Otro punto de referencia obligado, a efectos de determinar el eventual carácter ilícito del obrar de nuestro defendido, consiste en discernir si esa única y acotada gestión que realizara ante el Presidente del BROU –detenidamente analizada en los numerales anteriores- ha sido un “**acto arbitrario**” de su parte, como expresamente lo exige la figura delictiva que le imputa el ilustrado Señor Fiscal actuante.

También en este aspecto puntual –igualmente insoslayable en términos de adecuación típica- la respuesta ha de ser tajantemente negativa.

Se ha expresado ya, en otra parte de este escrito (*supra* num.24) que la nota de arbitrariedad refiere a un acto que carece de fundamento alguno, o bien que tiene un fundamento antojadizo o caprichoso.

¿Es esto lo que ha ocurrido en la especie? Por supuesto que no, **rotundamente no**. Como se explicara en uno de los Capítulos iniciales del presente escrito, la presencia de empresas interesadas en esta segunda subasta (luego del fracaso rotundo de la anterior) era un objetivo primordial para el éxito de la estrategia que el Gobierno se había trazado, para intentar solucionar la crítica situación que vivía la línea área nacional, en **ineludible salvaguardia del erario público**.

46.- Y es dentro de esa muy particular y apremiante coyuntura que se inscribe la concreta gestión que realizara nuestro defendido, en la oportunidad ya mencionada. Es muy ilustrativa la precisión que éste hace, en la audiencia, en cuanto a que “...*de nuestra parte **estábamos trabajando para asegurar la concurrencia del mayor número de oferentes**...*”, a lo que añadió que “*Solicitar colaboración al BROU en un negocio **en el que el Estado se jugaba tanto** y donde el resultado de la operación nos involucraba directamente, implicaba que **la solicitud de cooperación al BROU fuera con el respaldo a esa operación que estaba tramitando.***”

Incluso, en un acto de brutal sinceridad, y en otro pasaje de su declaración, el Ec. Lorenzo confesó que “*Yo pasé los peores días de mi vida desde que estoy en el gobierno cuando se puso en entredicho la concesión de ese aval. Porque yo nunca negué ni negaría que hice esa llamada, porque **es parte de mi trabajo.***”

¿Acaso una gestión tal puede ser tomada como nacida de un capricho o de un simple acto de voluntad vaciada de contenido, que son las notas características de la **arbitrariedad**? Por supuesto que no,

y cuesta entender cómo no lo ha percibido así el experiente Señor Fiscal.

47.- Por otra parte, es oportuno consignar que el Ec. Calloia, en ocasión de prestar su declaración ante la Sede, no hizo sino confirmar en un todo las apreciaciones que formulara nuestro defendido, de las que se da cuenta precedentemente.

Así, se refiere al muy exiguo plazo que la Ley aprobada en relación a la situación de PLUNA, fijaba para realizar la subasta de los aviones de la empresa (apenas 60 días), y a la exigencia de que el aval sólo podía ser otorgado por un Banco regulado por el Banco Central del Uruguay o por el Banco de Seguros del Estado, por lo cual “...debimos recurrir a **procedimientos de excepción**, máxime teniendo en cuenta que los eventuales oferentes eran en su totalidad empresas no residentes, por lo cual no tenían antecedentes crediticios en el sistema bancario.”

Y, agrega que, ante esa especial coyuntura “...teníamos dos alternativas: procesar rutinariamente la solicitud del aval, y por lo tanto frustrar el remate por la ausencia de oferentes, o **viabilizar estas solicitudes** con la información básica y con una garantía que respaldara al Banco de eventuales incumplimientos.” (fs.9v)

48.- Como es dable advertir, entonces, la actividad desplegada por nuestro defendido lejos estuvo de ser un “acto arbitrario”, sino que fue la condigna y esperable respuesta a la necesidad que el Gobierno del que formaba parte –en un puesto de tan alta jerarquía- no viera frustrada su legítima expectativa de ver concretada la salida que había elaborado, por la pertinente vía legal, para dar solución a un problema que le apremiaba y preocupaba; con absoluta independencia del juicio crítico que pueda hacerse, en cuanto a la real eficacia u

oportunidad de las medidas adoptadas (valoración de mérito, ésta, que –por lo demás- está totalmente vedada al accionar de la Justicia).

49.- Sin perjuicio de las consideraciones que preceden, existe otro elemento que debe ser tenido en cuenta, en orden a la adecuación típica de la conducta de nuestro defendido a la figura que se le imputa.

Se dijo ya, con carácter general (*supra* nums.26 a 29) que es un elemento integrante del tipo penal del “Abuso de funciones”, que el acto “*arbitrario*” sea cometido u ordenado “...**en perjuicio de la Administración y de los particulares**” (entendido este giro como una tendencia en tal sentido, o como requiriéndose su efectiva concreción, según la más reciente interpretación de la Suprema Corte de Justicia.)

50.- Cabe decir, a este respecto que –tal como seguidamente se explicará- **no se da en absoluto el perjuicio “a los particulares”**, menos aún a quienes el Fiscal menciona infundadamente como perjudicados por el actuar de nuestro defendido.

Pero es claro que el ilustrado representante del Ministerio Público no ha tenido en cuenta que los hechos en que funda su *imputatio juris* **no han causado –ni podían causar- perjuicio alguno a las arcas del Estado**. En efecto, al no cumplirse por parte de la empresa adjudicataria de la subasta con la obligación de pagar el precio ofertado en dicho acto, desistiendo de la compra de los aviones que fueron subastados (o, en su defecto, la cuantiosa multa pactada con tal fin), dicho riesgo había sido cubierto por el BROU mediante la presentación de una garantía de la empresa argentina BOSTON SEGUROS.

Incluso, ante la ulterior defección de dicha empresa aseguradora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas como garante de cumplimiento, **lo que en realidad se devengó fue un crédito a favor del BROU** (o sea del erario público), es decir, el derecho del

Estado a percibir una suculenta indemnización de casi 14 millones de dólares por tal concepto, manteniendo la propiedad de las aeronaves subastadas, lo que dejaba incólume su derecho a volver a negociarlas en el futuro. Circunstancias éstas en las que seguramente no reparó el Señor Fiscal.

51.- Surge de autos que con posterioridad, y atento a la controversia jurídica entre el BROU y la aseguradora BOSTON, suscitada a ese respecto, se produjo un Acuerdo de Pago, entre el BROU y el Sr. López Mena, celebrado el 18 de marzo de 2013 –en cuya gestación y concreción nuestro defendido no tuvo arte ni parte- por el que el citado empresario se hizo cargo del pago del ya referido aval, habiendo abonado ya varias de las cuotas pactadas. La ulterior circunstancia, de público conocimiento, de que dicho pago haya sido interrumpido por propia decisión del Sr. López Mena, en nada afecta lo ya manifestado por esta Defensa, en cuanto el Estado uruguayo no ha sufrido daño alguno en su patrimonio, por la operativa investigada en estos autos. Y que –por el contrario- ya han ingresado a su patrimonio varias cuotas del Acuerdo suscrito y sigue vigente el crédito por las cuotas aún impagas.

52.- Repárese, asimismo, que el hecho de que el Ministerio de Economía y Finanzas “operó de garante verbal frente al Banco República en favor de una empresa extranjera COSMO...”, hasta tanto ésta obtuviera la garantía que necesitaba –que se tilda de “ilegítimo” por parte del Sr. Fiscal, tampoco generó en los hechos perjuicio alguno, por cuanto prontamente el BROU recibió, en debida forma, toda la documentación correspondiente a la contragarantía emitida, como ya se dijo, por BOSTON SEGUROS. O sea, que el riesgo específico –ínsito, como es lógico, a toda operación de crédito- quedó conjurado en función de las circunstancias que vienen de referirse.

53.- Otro tanto debe decirse en relación a la noticia que, en los últimos días, fuera difundida en algunos medios de nuestro país, respecto a una sanción impuesta al BROU por parte del Banco Central del Uruguay. Si bien, como es lógico, esta circunstancia no ha sido puesta de manifiesto por el Sr. Fiscal, en su dictamen, los suscritos estiman oportuno, visto el distorsionado e inexacto alcance dado ha esa noticia, precisar ante la Sede, que la multa aplicada al BROU –lo mismo que, invariablemente, acontece con el resto de las entidades bancarias- comprende a todas las operaciones realizadas durante el ejercicio anual en cuestión, en que se ha advertido alguna discordancia formal con la reglamentación bancocentralista. En concreto, el tema relativo al otorgamiento del aval es, apenas, una más de esas situaciones, y la multa aplicada por ello, no difiere, en absoluto, de las usualmente aplicadas en el sistema financiero. Es, en consecuencia, enteramente inexacto que el monto de la multa impuesta al BROU, más allá de su exigua relevancia económica, responda a la tramitación del aval.

b) la inexistencia del alegado favorecimiento a una de las empresas, en detrimento de otras interesadas en obtener un aval por parte del BROU.

54.- Esta Defensa debe confesar que le tomó de sorpresa este fundamento manejado por la Fiscalía como sustento de su imputación a nuestro defendido; más aún, cuando se la hace aparecer como una suerte de pedra angular de la misma, siendo que el punto apenas si fue mencionado lateralmente en la única comparecencia de aquél ante la Sede.

Si se lee con detenimiento el interrogatorio practicado al Ec. Lorenzo, se advierte que éste giró sobre diversos tópicos (obviamente

relacionados con el tema del aval), pero no hubo ninguna pregunta concreta que apuntara al esclarecimiento de la cuestión antes señalada.

Es más: ha sido nuestro defendido el que, en el curso de sus declaraciones, aportó algunos detalles sobre el particular; todos ellos justamente demostrativos de la total improcedencia de ese argumento manejado *in extremis* por el Sr. Fiscal (cabe suponerlo, como postrero esfuerzo de reforzar una línea argumental que, como ya se ha visto, “hacía agua” por todos lados).

55.- Así, el Ec. Lorenzo declaró: “*Nosotros habíamos constatado que **las dos empresas** (la española MONT FORTELCO y la que LÓPEZ MENA acercaría a la subasta (...)) tenían previsto tramitar los avales ante el BROU. Ese es el motivo y el fundamento de mi llamada” (fs.95), y luego agrega que “*En esa llamada sí le mencioné al presidente del BROU que el fiduciario estaba en las instalaciones del banco acompañando a los representantes del grupo español que estaban tramitando el aval correspondiente. Le dije incluso que **si fuera necesario yo lo volvería a llamar por este tema.***” (fs.95v.).*

¿Qué se desprende de estas referencias? Pues que, a través de esa llamada, nuestro defendido no quería desentenderse de la suerte que pudieran correr, en la obtención del necesario aval, no solamente la empresa que luego resultó llamarse COSMO (que había acercado LÓPEZ MENA), sino también el Grupo español MONT FORTELCO, que ya estaba siendo apoyado en su gestión en el mismo Banco, por el propio fiduciario JAVIER LIBERMAN.

56.- Es comprensible que el Ec. Lorenzo no tuviera en ese momento una noción exacta de los posibles interesados; tanto es así, que en un pasaje de su testimonio, tras mencionar su desconfianza y prudencia frente a los posibles interesados en participar de la subasta de los aviones, dijo que “*Tampoco di por descontado que el Sr. LÓPEZ*

*MENA acercara a alguien que después se fuera a presentar. Tampoco estaba seguro que el grupo español fuera a presentarse.”* (fs.99)

Queda en pie, empero, la validez de su rotunda afirmación de que “...de nuestra parte **estábamos trabajando para asegurar la concurrencia del mayor número de oferentes.**” (fs.96) Lo que propendía a asegurar la mejor **defensa del patrimonio público, como lo indica la lógica del Estado en el rol de vendedor.**

Esta preocupación de nuestro defendido, y su participación en esos hechos, fue **explícitamente refrendada por el Señor Presidente de la República José MUJICA y el Señor Vicepresidente de la República Cr. Danilo ASTORI**, en el Comunicado público, emitido, precisamente, el día 21 de Diciembre del 2013, en el que se dio a conocer la **aceptación de la renuncia voluntaria** de nuestro defendido a su cargo de Ministro de Economía y Finanzas, presentada unas horas antes de su última comparecencia ante esta Sede.

57.- Pero hay más. Paradojalmente, fue esta Defensa (y no el Señor Fiscal) la que considero pertinente formularle al Ec. Lorenzo una pregunta concreta a ese respecto: o sea, si la gestión por él realizada ante el Presidente del BROU, “...significaba **inclinarse la balanza, en algún sentido, entre los diversos y comprobados interesados en presentarse a la subasta...**”, a lo que respondió que “*En todos los casos la intervención que realicé e hicieron mis colaboradores fueron para asegurar la participación de **los oferentes** y para facilitar que **esos oferentes** pudieran ser parte de un negocio en el que nos jugábamos una buena cantidad de los recursos de los uruguayos.*” (fs.101v.)

58.- Por su parte, y respecto a este mismo punto, al que el Sr. Fiscal parece haberle atribuido una importancia capital, el Ec, Calloia declaró que era de su conocimiento, por la información que había recabado en dependencias del Banco “...que **existían dos empresas**

*que habían solicitado aval para presentarse al remate...”, mencionando a COSMO LÍNEAS AÉREAS y –ante una repregunta- también a otra empresa, cuyo nombre dijo no recordar, pero acotando que, por las peculiares características de la forma en que pretendía obtener el aval, éste no llegó a ser concedido (parece obvio señalar que esa otra empresa no era otra que MONT FORTELCO).*

59.- Por otra parte, **la inquietud del Sr. Fiscal por la presencia de esos “*otros interesados*” que habrían sido postergados, tampoco se exteriorizó al momento de interrogar a otros testigos.**

Así, en el interrogatorio al **funcionario Raúl García**, se le pregunta si *“Recuerda si había otros interesados que hubieran realizado trámites ante el BROU para el otorgamiento del aval para poder presentarse a la subasta”,* a lo que aquél respondió que, al 1º de octubre de 2012 *“...no tenía conocimiento que alguna otra empresa se hubiera presentado al banco para solicitar una garantía para la subasta. No obstante en forma posterior me entero de que sí **había existido otra empresa**, y que se había presentado en la división finanzas, dando como garantía unos bonos los cuales no pudieron calificar.”* (fs.189)

60.- En rigor, la información más relevante sobre este punto fue la que aportara el fiduciario Ec. Javier Liberman, cuando tras reseñar las innumerables gestiones a todo nivel *“...buscando promover la amplia participación de oferentes en la subasta”,* informa que a un **data room informático**, alquilado a una empresa especializada a nivel internacional *“...accedieron **tres interesados**, los CIPRESES S.A., COPINQUE S.A. que resultó ser luego el llamado GRUPO MOLINARI y la EMBAJADA VENEZOLANA.”*

Y, cuando se le pregunta si no se presentó también *“una empresa española MONT FORTELCO...”*, contesta que aunque no compró el pliego, ni ingresó al sistema data room *“...sí se presentó*

*como interesada y estuvo haciendo gestiones para presentarse en la subasta...*” (fs.192v.) Explica, luego, que esas empresas mencionadas no llegaron a concretar su interés, salvo MONT FORTELCO, la que -según aclara significativamente- decía “...representar a un importante grupo español **que nunca pude verificar, a pesar de haber solicitado permanentemente que lo hicieran.**”

Confirma, empero, que él igual estuvo “...monitoreando la evolución de su gestión e inclusive se le solicitó al M.E.F. que le facilitara el ingreso de esta empresa al BROU para poder agilizar los trámites para la obtención del aval” y que –a raíz de esa gestión- estuvo personalmente en el BROU hasta la hora 14.40 (unos pocos minutos antes de la subasta), pero que a pesar de la buena voluntad de los funcionarios del banco “...vimos que la situación no iba a tener un buen fin”, por lo que se retiró dando por finiquitada su gestión.

61.- Resulta oportuno consignar, en lo que atañe a este trámite en particular, que con la abundante e irrefutable información recientemente ofrecida e incorporada a estos autos por la Defensa del coindagado Ec. Calloia, ha quedado sobradamente acreditada la peculiar y sospechosa operativa bancaria que, bajo el rótulo de “potencial oferente” en la subasta de los aviones –y valiéndose de la indudable buena fe del fiduciario- pretendía realizar ante el BROU ese presunto (y al parecer inexistente) grupo inversor español, que nada tenía que ver con la **concesión de un aval**, y que por fortuna, o por las exigencias del BROU., no llegó a concretarse.

62.- Pues bien. Por más que se busque en las actuaciones cumplidas en la presente etapa presumarial, nada más se encontrará respecto de los otros “**interesados**” que –según el particular criterio del Sr. Fiscal- han sido postergados o perjudicados en sus intereses, por el arbitrario proceder de nuestro defendido.

De las demás empresas mencionadas por el Ec. Liberman, “**LOS CIPRESES**” (propiedad del Sr. LÓPEZ MENA), como tal no tramitó ningún aval ante el BROU. y, por tanto, tampoco se presentó a la subasta (en todo caso, su titular entendió más conveniente a su interés hacerlo –como ya se ha señalado- a través de otra empresa, en cuya tramitación del correspondiente aval, intervino decisivamente).

Por su parte, “**COPINQUE**” (la empresa perteneciente o representada por el Sr. Molinari), según declarara nuestro defendido (*supra* num.35) dijo poseer un aval otorgado por SANCOR SEGUROS, por lo que no realizó trámite alguno en tal sentido ante el BROU (así lo certifica el propio Sr. Molinari en el material probatorio adjuntado por la Defensa del Ec. Calloia). Notoriamente, y pese a haber asegurado poseer el aval que le habilitaba para hacerlo, tampoco se presentó a la subasta, seguramente por otras razones, que no viene al caso aclarar.

Por último, en lo que hace al presunto interés de la “**EMBAJADA VENEZOLANA**”, también mencionada por el fiduciario, a más de que no podía legítimamente aspirar a solicitar y menos obtener un aval del BROU, ha acreditado –en el mismo cúmulo probatorio que viene de mencionarse- no haber realizado gestión alguna ante ese Banco, con ese fin.

63.- Las aclaraciones que vienen de indicarse, tienen una muy relevante significación, por cuanto **fulminan de un modo inapelable un argumento que el Sr. Fiscal ha manejado con una ligereza que asombra y una insistencia llamativa, a lo largo de su dictamen** (lo mismo que en sus numerosas y sorprendentes declaraciones públicas, posteriores a la emisión de éste)

Repasemos sumariamente las varias menciones que hace al respecto: primariamente, afirmando que no es concebible que “*nada menos que el **Ministro de Economía y Finanzas** y el Presidente del*

*banco República, interfieran propiciando una **preferencia totalmente inaceptable e ilegítima, en relación a uno de los interesados en la subasta.***”; y luego, refiriéndose al respaldo a COSMO (“... **tan solo una de las cuatro interesadas en participar del remate de las siete aeronaves (...)** a saber **Grupo Molinari, Mont Fortelco y la Embajada de Venezuela**”); a la garantía verbal otorgada a COSMO (que dicha empresa “...**se encontraba entre otros interesados en participar en el remate de las siete aeronaves**”); y acerca de lo actuado por nuestro defendido, de lo que resultó que COSMO fuera el único mejor postor, (“...**determinando una clara desigualdad con respecto a las demás empresas interesadas en participar en la subasta.**”).

Y adviértase que las glosas antes transcritas no son meras consideraciones de tipo circunstancial o puramente anecdóticas, sino que es precisamente sobre ellas que el **dictaminante cimenta, de modo inequívoco, la imputación del delito del artículo 162.** No es fruto de la casualidad que, contigua a la última de las referencias glosadas en el párrafo anterior, el Sr. Fiscal condensa, en una breve frase, el núcleo estructural de dicha figura delictiva, concluyendo que “**Se trata de verdaderos actos arbitrarios cometidos con abuso del poder funcional...**”

64.- ¿En que se basa, en consecuencia, el explícito raciocinio del Fiscal actuante, por el que imputa a nuestro defendido la comisión del delito antes mencionado?

Sin duda alguna, en esa concreta conducta del Ec. Lorenzo, que expresamente le reprocha, consistente en generar una situación de “**clara desigualdad**” entre la empresa española COSMO, beneficiaria del cuestionado aval otorgado por el BROU. y las “**restantes empresas interesadas en participar de la subasta**” (obviamente munidas de ese mismo aval); empresas éstas que, como viene de demostrarse, no

accedieron a éste, lisa y llanamente porque no realizaron ante esa institución bancaria gestión alguna al respecto, sea porque ya lo habían obtenido por otra vía, o porque, simplemente, no tenían interés en presentarse a la subasta de los aviones de PLUNA.

Sorprende, incluso, que el Señor Fiscal no haya reparado en la curiosa y muy reveladora circunstancia de que ninguna de esas empresas que, a su juicio, fueron “postergadas” o “discriminadas” por la gestión de nuestro defendido, haya presentado reclamo alguno al respecto, cuando últimamente ello es casi un “hábito empresarial”, en los procedimientos administrativos de tipo competitivo.

65.- En resumidas cuentas, esos “*restantes interesados*” –cuya suerte tanto le preocupara al Señor Fiscal- nunca existieron, al punto que cualquier intento que, advertido de su mayúscula e inexcusable *gaffe*, realice ahora para conjurarlo, habrá de chocar irremediamente contra los “porfiados hechos”.

Vano es y será, pues, su propósito de apelar a supuestas declaraciones de los indagados a los medios, en que se menciona la existencia de uno, dos, tres o cuatro interesados, porque la realidad de los hechos –más si éstos han sido debidamente acreditados por la Defensa del Ec. Calloia- indica precisamente lo contrario. Y otro tanto cabe decir de las profusas y poco felices apariciones suyas en la prensa, pretendiendo desviar antojadizamente el foco en que se funda su imputación –que es muy notorio y preciso para cualquier intérprete- a otras circunstancias fácticas que soslayó en su dictamen, o a las que no le asignó la misma importancia.

En todo caso, es claro que dispuso de tiempo de sobra –en esa morosa e improductiva espera de varios meses- para verificar si, efectivamente, esa circunstancia fáctica que, a su entender, resultaba fundamental para sustentar o justificar su postergada *imputatio juris*,

estaba bien y debidamente acreditada (bastaba con haber convocado a declarar a los supuestos afectados) o tenía como sustento simplemente ciertas menciones al respecto, de parte de algunos declarantes, que podían responder a apreciaciones equívocas o no totalmente precisas.

66.- Por último, y aunque este punto aparece sólo mencionado en el relatorio fáctico, y no integra pues la concreta *imputatio iuris* del precedente dictamen fiscal, esta Defensa considera pertinente ocuparse de una mención, en él contenida, respecto a una **fotografía, aparecida en un diario capitalino**, en la que se ve –almorzando juntos, en un conocido restaurante de la Ciudad Vieja- a nuestro defendido, junto a un funcionario del Ministerio de Economía, al Sr. Juan Carlos López Mena y a su hijo, y también al **adjudicatario de la subasta Sr. Calvo Sánchez**, foto que, según señala el dictaminante, desencadenó “...*el escándalo social, gremial y político de público conocimiento.*”

Al respecto, procede hacer ciertas aclaraciones. La primera es que, como surge de la propia cita del Señor Fiscal, “...*prácticamente de inmediato al remate, la aerolínea española anuncia su intención de llevarse las aeronaves del país...*”, hecho que, señala, generó “...*una intensa conmoción mediática*”. Y es precisamente ese preocupante anuncio, y no otro, el **hecho que motivó la concurrencia del Ec. Lorenzo a ese almuerzo, no propiciado por él.**

67.- En efecto, su asistencia a ese restaurante (acompañado de un funcionario de su Cartera) respondió, tal como lo declarara en la Sede, a una **invitación del Sr. López Mena**, quien le anunció que a él **también concurriría el Sr. Calvo Sánchez**: “*El miércoles 3 de mañana, recibo una llamada de LOPEZ MENA diciendo que se quería reunir conmigo.- Le digo que estoy saliendo a almorzar, me dice que me invita a comer, del almuerzo participaría la persona que adquirió por COSMO, los aviones, su hijo y él, y yo le dije que iba a llevar a alguien del*

*Ministerio. La motivación de la reunión es porque teníamos que recuperar los contactos con los interesados en el negocio. La conversación giró en torno a las **alternativas para que esas aeronaves, todas o algunas, volaran con bandera nacional.***" (fs.100)

O sea que esa inesperada invitación, fue apreciada por nuestro defendido como la oportunidad propicia para cumplir con un expreso y urgente pedido del Presidente de la República, Sr. José Mujica, de que agotara las posibilidades para que ese sorpresivo y preocupante anuncio del adjudicatario de la subasta, de llevarse las aeronaves del país, no se concretara, por cuanto –como es obvio- ello tiraba por la borda la intención original del Gobierno de que dichas aeronaves “...*volaran con bandera nacional*”. Y nada mejor, para cumplir con ese encargo, que hacerlo directamente frente al Sr. Calvo Sánchez –al que **no conocía**- y, además, en presencia y quizás con el apoyo de quien había sido el impulsor de su presentación a la subasta. Nada más que eso, que obviamente está en consonancia con el espíritu y acendrado sentido de responsabilidad, que siempre animó a nuestro defendido en su actuación en los hechos que se investigan.

Obvio es señalar que, si los móviles que inspiraron la realización de ese almuerzo hubieran sido de otra índole, no se hubiera escogido un lugar público y sumamente concurrido para ello. El consiguiente “*escándalo*” se debió más que al hecho en sí, a la intensa y desmesurada difusión de la fotografía realizada por el medio que la obtuvo –con su amplia y lógica repercusión mediática- y, más aún, a la desinformada especulación que se hizo, acerca de los reales motivos de la concreción de dicho almuerzo.

## **V - El insoslayable ámbito de la discrecionalidad política.**

68.- Las presentes actuaciones exigen, a juicio de esta Defensa, no pasar por alto una delicada –aunque impostergable- cuestión, que atañe directamente a la estructura típica del delito imputado por el Sr. Fiscal, aunque éste parece haberlo soslayado. Y es que, la nota de “**arbitrariedad**” que caracteriza a la figura prevista en el artículo 162 del Código Penal, no puede ser colmada de contenido, sin tomar en consideración a su antónimo conceptual: la **discrecionalidad**<sup>18</sup>.

69.- Aunque parece una obviedad, no puede dejar de afirmarse que el normal y cabal desempeño de una función pública –como bien lo saben los magistrados actuantes- exige constantemente la adopción de decisiones que no se encuentran en ningún Manual. Y que, cuanto más encumbrada es la posición institucional del cargo que se ocupa, tanto mayor el número de decisiones discrecionales que deben adoptarse.

70.- Tampoco puede perderse de vista, aunque parezca de Perogrullo, que -por definición- los cargos públicos ejecutivos son “ejecutivos”, es decir, exigen a los funcionarios que los ocupan, la pronta y decidida adopción de resoluciones, en forma permanente, so riesgo de caer en una inadmisibles indiferencia hacia la suerte del país que gobiernan. Y he aquí, a juicio de estos letrados, el **corazón** de la presente Causa.

71.- La ubicación institucional y muy especialmente, el infinito abanico de variables, problemas y desvelos que acompañan al cargo de Ministro de Economía y Finanzas de la República, no puede ser interpretado –bajo el riesgo de incurrir en un simplismo inadmisibles en tan delicadas cuestiones- como el mero ejercicio de una función de

---

<sup>18</sup> En sentido coincidente, ha dicho la Suprema Corte de Justicia: “...*la Administración no vulneró el principio de igualdad consagrado en la Constitución ni la **proscripción de arbitrariedad** sino que actuó con la **discrecionalidad**...*” Sentencia 136/2007 de fecha 27/08/2007.

Manual. **Quien esto desconozca, ignorando la realidad, jamás podrá siquiera acercarse a la verdad, y tanto menos, pues, a la justicia.**

Vale consignar, -porque los distinguidos magistrados actuantes no tienen por qué conocerlo-, que la propia naturaleza de las funciones ejecutivas, que un Ministro de Estado desempeña, lleva ínsito el ejercicio cotidiano de la discrecionalidad (no la arbitrariedad). ¡Bueno sería que un Ministro de Estado, y muy especialmente, un Ministro de Economía y Finanzas, decidiera actuar sin recurrir a la discrecionalidad propia de la toma de decisiones ejecutivas! Ese, y no otro, es su trabajo.

72.- Ahora bien. El tratamiento de tan delicada cuestión exige a los suscritos defensores, con carácter previo y necesario, iniciar su análisis en la consideración de la **forma republicana de gobierno y el principio de separación de poderes**, pues ese es -como lo indica la Constitución- el modo o forma de Gobierno, que hemos adoptado.

Antes de ello sin embargo, corresponde, a juicio de esta Defensa, expresar enfáticamente, que las consideraciones que habrán de realizarse seguidamente, **no suponen en modo alguno, sostener la irresponsabilidad de los gobernantes**, tesis que se ubica en las antípodas del pensamiento de estos letrados y más lejos aún, de las convicciones de nuestro defendido, tal como éste lo ha demostrado, holgadamente, a lo largo de estas actuaciones presumariales.

Ocurre empero, como se ha ilustrado a lo largo de este escrito, que el Señor Fiscal ha incurrido en un yerro semejante -o más grave aún- que aquél del que estos defensores pretenden precaverse: el **juzgar, y nada menos que desde el Derecho penal, el mérito o conveniencia de un acto de gobierno**. No puede obviarse al respecto, que el propio Señor Fiscal, ha descartado en forma explícita, una finalidad espuria en el accionar del por entonces Señor Ministro de

Economía y Finanzas (párrafos finales del párrafo 49 de su Dictamen).

73.- Ingresando, ahora sí directamente, al punto en cuestión, cabe consignar que el origen del **principio de separación de poderes** –hoy paradigma del estado de derecho- puede rastrearse, según algunos autores, en los escritos periodísticos de BOLINGBROKE<sup>19</sup>, aunque viene a encontrar una formulación más cercana a la actual, en MONTESQUIEU<sup>20</sup> (y, aún antes, en los escritos de LOCKE)<sup>21</sup>. Sin embargo, parece plausible sostener que la estructura del sistema de *frenos y contrapesos*, y muy especialmente, la dimensión del Poder Judicial, recién se explicitan en términos más modernos, en los artículos publicados bajo el título de “*El Federalista*”.<sup>22</sup>

74.- Más allá de la existencia de otras razones que efectivamente puedan haber colaborado a su expansión en Occidente, el fundamento último del principio en cuestión, como es harto sabido, radica en la **protección de la libertad**, esto es, en procurar –a partir de la distribución del poder- una menor sujeción de los ciudadanos al arbitrio de las personas que desempeñan las funciones públicas, tengan éstas su asiento en el legislativo, ejecutivo o judicial. En la actualidad, efectivamente, las Constituciones contemporáneas muestran variadas fórmulas institucionales de interacción entre los diversos Poderes.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Entre otros, Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder*, Madrid, Ciudad Argentina, 1995, p.19. y Varela, Joaquín, *El debate constitucional británico en la primera mitad del siglo XIII (Bolingbroke versus Walpole)*, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Madrid, N 107, 2000, p.20.

<sup>20</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, México D. F., Porrúa, 1997, Libro XI.

<sup>21</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Alba, 1987, Capítulo XII.

<sup>22</sup> Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, México D. F., Fondo de cultura económica, 2000, LXXVIII.

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, la facultad del Presidente de la República de vetar las leyes dictadas por el Parlamento; o la posibilidad de los Senadores o Diputados de requerir

75.- Ahora bien. No puede soslayarse que esa interacción, en especial aquélla que supone el ejercicio del **control judicial sobre los otros poderes, es un asunto extremadamente delicado desde el punto de vista institucional y político.**

En efecto, existe un riesgo inmanente al desarrollo de esa tarea, que la doctrina, e incluso la jurisprudencia, han intentado conjurar a lo largo de la historia constitucional reciente. Y es que, un exacerbado activismo judicial habrá de suponer, en no pocas ocasiones, **una intromisión indebida en el ámbito de competencia reservada a los otros poderes y, en definitiva, una restricción al principio democrático en la adopción de las decisiones públicas.** De allí, que una correcta demarcación de los límites al ejercicio de esa facultad constituya una cuestión de singular **relevancia jurídica, y también política.**

76.- La inestimable prudencia con que debe ser abordado tan delicado problema exige, de parte de las autoridades llamadas a intervenir, una nítida posición de **“deferencia institucional” hacia las decisiones de los poderes políticos.** Pues, como, para la posteridad, escribió el Juez STONE, en los Estados Unidos, al analizar este punto: *“mientras el ejercicio inconstitucional del poder por las ramas legislativas y ejecutivas del gobierno está sujeto a la revisión judicial, el único freno a nuestro ejercicio del poder es nuestro propio sentido de la autolimitación.”*<sup>24</sup> O, como se dijo, más elocuentemente: *“Es esencial que sean ejercidas con la reserva más rigurosa las facultades*

---

informes o interpelar a los Ministros de Estado (pudiendo incluso llegar a censurarlos), constituyen formas modernas y extendidas de controles recíprocos entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Lo mismo ocurre con la facultad judicial de controlar la regularidad constitucional de los actos legislativos o administrativos, que supone –no podría ser de otra manera- una revisión por parte del Poder Judicial de las decisiones adoptadas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo dentro de sus correspondientes esferas de actuación.

<sup>24</sup> United States v. Butler (297 US 1, 1936).

correspondientes al **órgano menos representativo de nuestro gobierno.**<sup>25</sup>

77.- Exactamente la misma “**deferencia institucional**” (en este caso hacia la Justicia) que ha demostrado, hasta en exceso, nuestro defendido, declinando primero, a su derecho a declarar “por informe”, y luego, privilegiando la libertad de acción de los magistrados, para juzgarlo como un ciudadano común, presentando renuncia a su cargo –nada menos que el de Ministro de Estado- previo a su última comparecencia ante esta Sede.

78.- La **forma republicana de gobierno**, por su parte, y como es harto sabido, se caracteriza por la existencia de una **zona de reserva en el cumplimiento de las funciones inherentes a los poderes políticos**; y precisamente, porque esa zona de reserva constituye la expresión más auténtica del carácter democrático del sistema, el respeto a la discrecionalidad de éstos para actuar en ése ámbito **no debe ser invadido por el poder judicial.**

79.- Al respecto, y rotundamente, ha sentenciado nuestra Suprema Corte de Justicia, haciendo suyas las enseñanzas de SAYAGUÉS LASO, que “...no debe olvidarse que **el Poder Judicial administra la justicia; no gobierna el país ni dicta sus Leyes**, a pesar de que, excepcionalmente, estas diversas funciones se confundan o entremezclen.”<sup>26</sup>

Y en ese mismo trascendente fallo de nuestro máximo órgano judicial, se expresa: “*los Tribunales, en manera alguna, pueden formular valoraciones acerca de la bondad o inconveniencia, la justicia o injusticia, la oportunidad o inoportunidad de los actos legislativos...*” lo

---

<sup>25</sup> Juez Félix Frankurter, en *Whiteker and al. v. State of North Carolina* (69 US 266).

<sup>26</sup> Sentencia de la Suprema Corte de Justicia 43/2008.

que, naturalmente, también debe ampliarse a los actos de gobierno.<sup>27</sup> Y agrega: “Así lo exige el principio fundamental de la división de poderes. Si los jueces penetrasen en el **terreno vedado de la prudencia política**, no habría razón para que, análogamente, el Poder Legislativo, por su parte, no pudiera incursionar en la órbita jurisdiccional, con la consiguiente desaparición de los departamentos gubernativos y como consecuencia, de la libertad...”

80.- Las consideraciones que vienen de formularse, como es obvio, no hacen más que reiterar la relevancia que, en la decisión a que habrá de arribarse en el caso presente, ostenta el concepto de **discrecionalidad**, en tanto criterio insoslayable para evaluar la **arbitrariedad** exigida en la figura típica del delito de Abuso de funciones.

Y como el punto en cuestión, esto es, la discrecionalidad o arbitrariedad del accionar del entonces Ministro de Economía y Finanzas, Ec. Lorenzo, no es susceptible de ser analizada sin hacer referencia al contexto en que éste tuvo lugar, parece impostergable referir a la concreta situación de hecho que vivía nuestro país en esas difíciles horas.

81.- Para ello, nada mejor, a juicio de los suscritos, que suscribir el estado de situación diagnosticado por el propio Señor Fiscal, en los párrafos 26 y 27 de su dictamen. En efecto, **luego de describir la maniobra realizada por los socios privados de PLUNA S.A.** (en la que nada tuvo que ver nuestro defendido, al punto que nunca fue siquiera citado a declarar al respecto) el representante del Ministerio Público señala: “Huelga decir que el principal perjudicado de todas esas maniobras no puede ser otro que el **Estado Uruguayo**, que debe hacer frente a las obligaciones respecto a las que figura como garante,

---

<sup>27</sup> Sentencia de la Suprema Corte de Justicia 43/2008, citando a Linares Quintana, Teoría e Historia Constitucional, t.I.

*atender el conjunto de funcionarios de PLUNA, solventar los gastos de mantenimiento de las aeronaves, además de, en forma indirecta, de un gran número de trabajadores, que por consecuencia perdieron su fuente de trabajo, proyectando, un grave perjuicio a la propia sociedad uruguaya considerada en forma particular.” (Parágrafo 27 del Dictamen Fiscal).*

82.- Esta Defensa, como adelantara, no puede sino compartir, íntegramente, las consideraciones vertidas por el Señor Fiscal, en el antes transcrito dictamen. Y es que, efectivamente, tal y como expresa el Representante del Ministerio Público, el principal perjudicado por las maniobras allí detalladas –e imputadas a los socios privados de PLUNA S.A.- no fue otro que el Estado uruguayo.

Sin embargo, no logran advertir los suscritos defensores, con el altísimo respeto intelectual y funcional que les merece el Señor Fiscal, la razón por la que la excepcionalísima circunstancia, por él aludida en esa parte, haya sido literalmente obviada, párrafos más adelante, al considerar la concreta situación de nuestro defendido.

83.- Y es que, aunque parezca obvio, es preciso señalar que era justamente al entonces titular del Ministerio de Economía y Finanzas, Ec. Fernando Lorenzo, a quien desvelaba, más que a nadie, la necesidad de proteger el Erario Público, en fiel cumplimiento de las responsabilidades que, a tal efecto, le atribuye la Constitución, y que se había visto comprometido por el accionar narrado por el Señor Fiscal.

En dicho contexto, como es notorio, el Gobierno nacional debió adoptar gran cantidad de decisiones con el fin de proteger las finanzas estatales, procurando –al mismo tiempo- minimizar los anteriores perjuicios ya irrogados al Estado, y los múltiples factores de riesgo asociados a ese fenómeno. Incluso, claro está, en relación a

factores que el Señor Fiscal, por la índole de su función, no puede conocer.

84.- Por lo que cabe plantearse, en dicho contexto crítico, y una vez más: ¿en qué consiste concretamente el reproche penal del Sr. Fiscal? La respuesta es muy sencilla, haberle trasladado al Presidente del BROU, su legítima preocupación, en los términos ya ampliamente analizados en el cuerpo de este escrito (*supra* num. 36)

Huelga decir que ésa decisión, bajo el prisma de la situación que por entonces atravesaba el país, **no puede admitir objeción o reparo penal alguno**; por el contrario, **sigue pareciendo, aún hoy, la única decisión posible, dentro del margen de discrecionalidad del cargo de Ministro de Economía y Finanzas de la República.** Y así debió haberlo entendido el Sr. Fiscal, so riesgo de incurrir en la misma viciada práctica, que precedentemente los suscritos han señalado.

Al no hacerlo, daría margen a pensar que lo que el Sr. Fiscal le reprocha a nuestro defendido, es haber decidido actuar en esa especial situación, cuando –de haberse visto él colocado en la misma responsabilidad de gobierno- se hubiera desinteresado del asunto.

85.- Por otra parte, **esa decisión, en el acierto o en el error, junto a muchas otras que debieron adoptarse en ese crítico lapso, fueron oportunamente respaldadas en el Parlamento nacional, al ser puestas a su debida consideración;** circunstancia ésta que, por su innegable relación con el punto abordado en este capítulo, no debe ser pasada por alto.

86.- Muy cerca de cuanto viene de expresarse, se ubica, a juicio de los suscritos defensores, un tópico que su convicción profesional les impide pasar por alto; y es que la conclusión expuesta por el Sr. Fiscal, en relación a nuestro defendido, aparenta ser la anticipada premisa de su razonamiento, antes que el desenlace lógico argumental de los

hechos relatados y su contraste jurídico. De allí que **las probanzas que recabara luzcan cual una porfiada (y hasta arbitraria) selección de fragmentos, cuya condición para su aceptación reside, tan solo, en su armonía con una tesis ya previamente escogida.**

Ahora bien. Ese desenvolvimiento lógico, aunque grave *per se*, no merecería una objeción tan firme de los suscritos, si no concluyera en un acto (su solicitud de procesamiento) que, como se ha expresado en párrafos anteriores, **embiste frontalmente la separación de poderes, asiento de nuestro sistema constitucional.**

Y es que, **descartada la arbitrariedad**, por las explícitas y abundantes razones que se han expuesto a lo largo de este escrito, la decisión que se cuestiona a nuestro defendido, ingresa en forma inexorable en el ámbito de reserva de la discrecionalidad política.

En resumen, **sin que haya existido, en la decisión del Ec. LORENZO, ni una finalidad espuria, ni un acto inmotivado, va de suyo que, la *imputatio* recaída, reprocha –lisa y llanamente- el mérito o la corrección del acto que objeta; con lo que, el Sr. Fiscal –seguramente sin proponérselo- se ha subrogado de hecho al Ministro de Economía y Finanzas.**

87.- Finalmente, y a efectos de aclarar definitivamente la falta de asidero del dictamen fiscal obrante en autos, esta Defensa no puede sino preguntarse: **¿Qué pasaría, si toda vez que una decisión judicial es revocada en alzada, los magistrados intervinientes fueran llamados a responsabilidad penal? ¿No embestiría dicha acción la raíz misma de los cimientos de una democracia constitucional? Pues, en el caso presente, acontece algo bastante similar a ello.**

## **VI - Una objeción adicional.**

88.- En el párrafo 13, del dictamen fiscal obrante en autos, se formulan ciertas consideraciones, que también merecen a los suscritos, un reparo que no debe soslayarse.

En efecto, consigna allí el Señor Fiscal que: *“La postura procesal asumida por el suscrito, sin duda, podrá limitar cualquier pretensión de enjundia jurídica, en la consideración de sucesos de especial relevancia para la sociedad que representamos. Precisamente, en la defensa de los intereses que nos confiere la ley, es que priorizamos la respuesta a conductas que a nuestro juicio aparecen razonablemente acreditadas con la certeza requerida en la instancia, **obviando citas doctrinarias y jurisprudenciales**, so pena de poner en riesgo la credibilidad del sistema judicial, con respuestas morosas a acciones claras, cumplida en todos los casos por personas notorias.”*

89.- Y es que, muy contrariamente a la precedente posición esgrimida por el Sr. Fiscal, los suscritos defensores, no pueden, sin faltar al deber de honestidad intelectual que debe guiar los actos jurídicos, dejar de señalar que, lejos *“de poner en riesgo la credibilidad del sistema judicial”*, las enseñanzas doctrinarias y jurisprudenciales, forman parte del imprescindible acervo dogmático y técnico que hace honor a nuestra ciencia, y que, por ello, tan alta estima merece en quienes, en distintos cometidos, hemos transitado por las aulas universitarias. Suponer que la ciencia jurídica, para no afectar su credibilidad, deba renunciar a sus postulados técnicos, equivale a desmerecer el Derecho y lo que es aún más grave, menospreciar a la ciudadanía.

En cuanto a evitar la eventual *“morosidad”* de la respuesta jurídica a los hechos aquí investigados, los suscritos ya se han pronunciado oportunamente, al señalar y cuestionar los muchos meses

que, la situación concreta de nuestro defendido, estuvo aguardando la opinión del Ministerio Público.

## **VI – Colofón.**

90.- Esta Defensa, luego de haber analizado detenidamente a lo largo del presente escrito, el precedente dictamen fiscal, entiende que **de autos no emergen elementos de juicio que permitan sostener la existencia de un actuar delictivo por parte de nuestro defendido.**

91.- La concreta llamada telefónica al Presidente del BROU Ec. Fernando Calloia (objeto central de la presente indagatoria) y el contenido específico de ella y su finalidad última, ya se explicaron clara y suficientemente a lo largo de este escrito, dejándose de manifiesto –y así entienden haberlo demostrado los suscritos- que, al realizar ese breve contacto telefónico, el Ec. Lorenzo no incurrió, ni por asomo, en los elementos constitutivos del borroso e impreciso núcleo típico de la figura delictiva que le imputa el dictamen fiscal.

Sin perjuicio de que no puede desconocerse que –tal como el propio Señor Fiscal lo reconoce expresa e hidalgamente- no se ha evidenciado, en el proceder de nuestro defendido, “...*una intención de enriquecimiento personal...*”

92.- Pero aún más. De lo que viene de expresarse, parece emerger con claridad meridiana que, al momento de elaborar su dictamen respecto a la conducta de nuestro defendido (quizás bajo la autoprovocada presión de tener que hacerlo apremiado por el tiempo, y entremezclado con otras situaciones bien diversas, en razón de una discutible estrategia de su parte), el Señor Fiscal se encontró con que, en un examen puro y descarnado de su específico contenido y finalidad,

la llamada telefónica al Ec. Calloia –indiscutible punto central de la indagatoria- **no tenía, por sí misma, la virtualidad indispensable para configurar siquiera las difusas notas del cuestionable delito que ya tenía in mente imputarle**, por lo que decidió apelar a un **supuesto desfavorecimiento o perjuicio a otras empresas** que, pese a su creencia, en realidad **nunca estuvieron interesadas en obtener un aval por parte del BROU** o en presentarse a la subasta de los aviones, existiendo, incluso, en el caso de una de ellas, hasta la muy fundada sospecha de que nunca existió como tal.

Lo que es una demostración inequívoca de la **endeblez o inconsistencia** que caracteriza, irremisiblemente, a la base fáctica en que se funda la imputación delictual formulada por el respetado Señor representante del Ministerio Público.

93.- Por último, les consta a los suscritos defensores -y se hacen un deber el señalarlo- que la distinguida magistrada actuante ha dado, sobrada cuenta de que las **perturbadoras arengas mediáticas que han acompañado, en forma incesante, el devenir de esta indagatoria -y a la que estos letrados han dedicado su esfuerzo en alejar- no permitirá que el bullicio exterior, ascienda por la escalera del juzgado, expulsando a la justicia, ventanas hacia afuera.** Y es que, tras el estruendo festivo de los fuegos de artificio, redoblan su belleza y dignidad, los rayos de luz de la verdad.

Así, aún en un clima ciertamente desusado, donde la opinión pública, y los propios medios de difusión (seguramente motivados por los ingredientes de índole política que están en juego) hacen sus propias elucubraciones, y hasta pronósticos de lo que judicialmente habrá de acontecer, **confían** estos suscritos defensores que la decisión que la distinguida Señora Jueza adopte en definitiva, será solo **aquella**

que su muy sólida formación técnica e independencia de criterio, así lo indiquen.-

**POR LO EXPRESADO**, y lo que disponen los artículos 18 y 162 del Código Penal; y 113 y 136 del Código del Proceso Penal, al Señor Juez piden:

Se sirva desestimar la imputación contenida en el precedente dictamen fiscal, disponiendo el consiguiente **archivo** de las presentes actuaciones.-

Dr. Amadeo Ottati Folle  
*Abogado*  
(MAT.2535)

Dr. Mario Spangenberg Bolívar  
*Abogado*  
(MAT.9937)