

**Sr. Juez Letrado en lo Penal de 41 Turno, en ficha IUE 2-21261/2019, NUNC 2018336912.**

1) Esta Fiscalía, de conformidad con lo establecido en el art. 98 CPP, interviene ante el pedido de reexamen efectuado por los denunciantes en la investigación de la noticia única criminal Nº 2018336912, luego que la Fiscalía de Flagrancia de 3er. Turno entendiera que no existía hecho delictivo alguno en las expresiones de la Dra. M.J.M., efectuadas a través de un mensaje de WhatsApp dirigido a un grupo de compañeros de la fuerza política que integra.

Pues bien, este fiscal entiende con su colega de 3er. Turno que efectivamente no hay conducta delictiva y por tanto no corresponde avanzar en la investigación.<sup>1</sup>

Haciendo suyos los argumentos del muy fundado archivo de la Dra. Pérez, evitaremos la reiteración y únicamente señalaremos por qué compartimos sus puntos de vista.

2) En la especie pues, el tipo delictivo no se llegaría a concretar, desde que las expresiones analizadas fueron dirigidas a personas determinadas y en una comunicación privada, utilizando para ello un medio electrónico de mensajería, como lo es el WhatsApp.

En efecto, cualquier definición de WhatsApp dirá que es una aplicación de mensajería para teléfonos inteligentes, que envía y recibe mensajes mediante Internet, complementando servicios de mensajería instantánea, servicio de mensajes cortos o sistema de mensajería multimedia.<sup>2</sup>

Al igual que el Messenger de Facebook, el correo electrónico, o incluso los ya en casi en desuso mensajes de texto, se trata de servicios de mensajería entre particulares, con destinatarios identificables, a los que se les quiere hacer llegar una idea. Son por tanto,

---

<sup>1</sup> Como hemos expresado en anteriores dictámenes, en aplicación de las normas que regulan la investigación preliminar (y en particular el art. 98.1 CPP), toda vez que no resulten de la noticia criminal o la denuncia, elementos que indiquen al menos la probabilidad de comisión de hechos delictivos, la Fiscalía deberá abstenerse de disponer diligencias. Lo contrario significaría (además de molestias innecesarias, inconvenientes familiares o laborales ínsitos en las citaciones de este tipo), la dilapidación de recursos humanos y materiales, tan caros al sistema de Justicia, en pos de acciones que inevitablemente terminarían en el archivo.

<sup>2</sup> Fuente <https://es.wikipedia.org/wiki/WhatsApp>

comunicaciones privadas entre las personas, asimilables en este aspecto a las telefónicas.

*“WhatsApp es un sistema de comunicaciones entre personas concretas, y por tanto privado. Así que el uso de lo que se diga debe restringirse a ese ámbito en principio. Que el **grupo de WhatsApp** sea más o menos grande no quita el carácter privado ni que su divulgación fuera de él no deba ser considerado un **acto ilícito**”.*<sup>3</sup>

Y el hecho que el receptor sea individual o plural no cambia su esencia. Como no deja de ser una comunicación telefónica hecha a través de un altavoz que permite que varias personas se comuniquen a un lado y otro de la línea telefónica.

Y tal es así, que la filtración de una comunicación de WhatsApp por persona ajena a la conversación, podría concurrir en un delito de violación de correspondencia. (Art. 296 CP). Lo que en cambio no ocurriría si esa divulgación fuere hecha por quien fuera uno de los interlocutores, que si bien podría violar el derecho a intimidad de las personas, no configuraría una intrusión indebida en la comunicación, y por tanto se trataría de una conducta atípica.

En definitiva, el medio típico de la incitación punible requiere necesariamente de la publicidad, lo que precisamente no ocurre en los servicios de mensajería.

Para que un mensaje de WhatsApp adquiriera la calidad de medio apto para la difusión pública, sería menester que en todo caso se filtrara, y ello significaría que alguno de los participantes de la comunicación difundiera su contenido -originalmente privado- transformándolo así en público. Y de los sueltos de prensa agregados no resulta en absoluto acreditado la autoría de M. respecto a filtración alguna, sino más bien lo contrario.

El “público” no conoció los dichos de la Sra. Ministra por la divulgación que ella hiciera, sino que en todo caso lo hizo por la acción de una tercera persona, la que sin el consentimiento de aquella se las proporcionó a un medio de prensa.

---

<sup>3</sup> En <https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/todo-lo-que-digas-en-un-grupo-de-whatsapp-puede-ser-utilizado-en-tu-contra>

3) Ahora bien.

La norma del 149 bis incluye la posibilidad del uso de medios aptos, o idóneos para la difusión pública de una incitación al odio o desprecio.

Y si, como se dijo, el WhatsApp no es en sí una red de comunicaciones pública, podría llegarse a constituir en *un medio apto para ello*. Así sería el caso del uso de los mensajes dirigidos a un número de personas, con contenidos que estimularan a insultar o atacar a algunas de las categorías de personas enumeradas en la norma.

Entendemos que sin perjuicio de lo anterior, la elección de un medio privado de mensajería para la difusión de una idea -con la disponibilidad de medios y redes sociales con mucho más llegada al público, como Facebook, Twitter, Instagram, y otras-, también sugiere o habla de una intencionalidad diversa a la incitación.

Y entonces, entendemos que corresponde ingresar al análisis de otro de los extremos necesarios para una imputación, a saber: el dolo.

4) La calificación de “*peste*” a las religiones pentecostales, bien puede considerarse como ofensiva, y de haberse expresado en forma pública o mediante cualquier medio apto para ello –según reza el art. 149 bis– podría haber configurado el delito de instigación al odio o el desprecio hacia determinadas personas en razón de su religión. En ese caso la investigación debería apuntar a discernir si el elemento subjetivo del tipo se tendría por probado, esto es el dolo de **incitar** al odio o desprecio. Caso contrario, y aunque las manifestaciones pudieran ser en sí mismas injuriantes y despreciativas, y el medio por el cual se expresaron apto (que como vimos, podría llegar a verificarse en el caso de ella mensajería electrónica), **si no existe la voluntad manifiesta de provocar el odio, el desprecio o la violencia, tampoco habría conducta penalmente relevante.**

Por lo demás los dichos de M. en el grupo de WhatsApp incluyen severas críticas hacia los propios legisladores de su fuerza política, lo que no puede ser leído en clave de incitar al odio o desprecio contra ellos.

Este hecho demuestra por sí sólo la ausencia de intención de incitación, ya que en el mismo contexto se vierten expresiones críticas a los propios correligionarios de la Sra. Ministra.

Porque si no se incita no hay delito. E incitar no es otra cosa que provocar en otro una actitud. Hacia allí debe estar guiada, necesariamente la conducta del agente, dado que la simple manifestación que no tenga la aptitud de poner en peligro el bien jurídico protegido, no detentaría la calidad de delictiva. **La incitación entonces, debe ser lesiva del bien jurídico protegido (art. 10 CN), a saber, la paz y el orden públicos.**

**Y como la ley está dirigida a castigar únicamente las conductas abusivas de la libertad de expresión, toda vez que no encarten en la figura del 149 bis, las expresiones cuestionadas entrarán en la protección del derecho a la libre expresión de los pensamientos constitucionalmente protegido en el art. 29 CN.**

En efecto, en palabras de Raymond Aron, la belleza y la fragilidad del liberalismo, consisten en no sofocar las opiniones que puedan ser peligrosas.<sup>4</sup>

En tanto la comunicación de mensajes tiene la naturaleza de privada y su divulgación excedió la finalidad de la denunciada, sin intención de incitación, siendo el producto de una filtración ajena a su voluntad, no habría medio típico, pero tampoco dolo, y por tanto no se verifica conducta delictiva, quedando las expresiones de M. en el ámbito de la reserva de la intimidad de las comunicaciones privadas.

5) Y lo dicho respecto a la figura del art. 149 bis, aplica a la figura del art. 306 CP, para la que también es requerida la publicidad del ultraje.

6) Por lo expuesto, esta Fiscalía entiende que corresponde archivar la investigación, en consonancia con lo dispuesto por la homóloga de 3<sup>er</sup>. Turno.

7) Deberá comunicarse a la denunciante, al Jerarca y a la sede judicial sobre el contenido de este dictamen. (Art. 98.4 CPP)

Montevideo, 23 de mayo de 2019

---

<sup>4</sup> En cita de Gonzalo Fernández, en "Legislación Antidiscriminatoria. Primeras Jornadas de Legislación Antidiscriminatoria Comité Central Israelita del Uruguay". FCU, 2008: 13.