

## ¿Sobran las palabras? Los *emojis* como prueba en el proceso judicial

Too much words? Emojis as evidence in judicial proceedings

Ana RODRÍGUEZ ÁLVAREZ\*

**RESUMEN:** Los *emojis* han irrumpido con fuerza en nuestras comunicaciones diarias. Mediante estos pictogramas, expresamos nuestras emociones, completamos el contenido de los mensajes, matizamos nuestras palabras y, en ocasiones, nos servimos de ellos para sustituir por completo el texto. Poco han tardado en pasar de los teclados de nuestros dispositivos a los órganos jurisdiccionales. Y es que, desde no hace mucho, las sentencias de nuestros tribunales ya tienen en cuenta los *emojis* para resolver procesos tanto civiles como penales. Así las cosas, el presente trabajo tiene como objetivo analizar qué papel están desempeñando los *emojis* como prueba, qué problemas y dudas se están planteando en la práctica y a qué desafíos nos hemos de enfrentar en el futuro.

**PALABRAS CLAVE:** *emoji*; palabra; emoticono; prueba; proceso judicial.

**ABSTRACT:** Emojis have burst into our daily communications. Through these pictograms, we express our emotions, we complete the content of the messages, we add nuances to our words

---

\* Profesora Doctora de Derecho Procesal en la Universidad de Santiago de Compostela (España). Entre sus líneas de investigación destaca la prueba civil (con especial referencia a la carga de la prueba), las diligencias de investigación tecnológica y el reflejo del Derecho en la Literatura. Ha sido ponente en Congresos nacionales e internacionales en España, México, Costa Rica, Italia y Portugal. Contacto: <ana.rodriguez.alvarez@usc.es>, Fecha de recepción: 22/07/2019. Fecha de aprobación: 09/09/2019.

and, sometimes, we use them to completely replace the text. In a short time they have passed from the keyboards of our devices to courts. Since not long ago, the opinions of our courts take into account emojis to resolve both civil and criminal proceedings. Thus, the aim of this paper is to analyze what role emojis are playing as evidence, what problems and doubts are being raised in practice and what challenges we have to face in the future.

KEYWORDS: emoji; word; emoticon; evidence; judicial procedure.

## I. SOBRE EMOTICONOS, EMOJIS Y DEMÁS FAMILIA

**A**ntes de abordar el papel que los *emojis* están desempeñando como prueba en el proceso judicial, es preciso matizar el significado de este término, pues no siempre se emplea con propiedad. Para ello, empezaremos hablando del emoticono, antecedente del actual *emoji*.

El emoticono es una representación, generalmente, de una expresión facial que se compone de signos ortográficos: puntos, comas, paréntesis, etc.<sup>1</sup> Su origen se remonta a 1982, año en el que el investigador Robert E. Fahlman y sus colegas de la Universidad Carnegie Mellon fueron víctimas de un malentendido surgido tras el intercambio de unos mensajes: lo que era una afirmación realizada en broma se interpretó por algunas personas como algo serio. Como consecuencia de ello y a fin de evitar nuevos equívocos, Fahlman propuso incluir el emoticono :-)) para distinguir los mensajes más informales o jocosos frente a los formales<sup>2</sup>.

Por su parte, el kaomoji es el equivalente oriental al emoticono. Las diferencias entre uno y otro son, principalmente, dos: en primer lugar, el kaomoji, al contrario que el emoticono, no se lee

---

<sup>1</sup> La RAE define emoticono como «representación de una expresión facial que se utiliza en mensajes electrónicos para aludir al estado de ánimo del remitente».

<sup>2</sup> Con todo, no es infrecuente que se citen otros antecedentes. Por ejemplo, CUADRADO GORDILLO, Isabel; MARTÍN-MORA PARRA, Guadalupe; FERNÁNDEZ ANTELO, Inmaculada, «La expresión de las emociones en la comunicación virtual: el ciberhabla», en *Icono 14*, núm. 1, vol. 13, 2015, p. 184, señalan que el origen parece remontarse a un artículo de 1967 de la revista *Reader's Digest*, si bien indican a renglón seguido que la paternidad se atribuye a FAHLMAN por ser el primero que lo empleó en un contexto interactivo.

MARTÍN-MORA PARRA, Guadalupe, *Caracterización de los usos y funciones de los emojis en la comunicación mediada electrónicamente*, 2017, pp. 199 y ss., apunta también otros precedentes.

«de lado»; en segundo, los kaomojis suelen incidir mucho más en la expresión de los «ojos» que los emoticonos, parece ser que por cuestiones culturales. Un ejemplo de kaomoji sería el siguiente: (^\_^). En este caso, representaría una expresión sonriente.

Finalmente, los *emojis* son pictogramas, dibujos que representan estados de ánimo, personas y objetos de lo más variado<sup>3</sup>. Surgieron en 1995 de la mano del ingeniero japonés Shigetaka Kuriita, quien creó los primeros ciento setenta y seis *emojis* a raíz del diseño de una plataforma para la empresa de telefonía en la que trabajaba<sup>4</sup>.

Aunque la familiaridad con la que los empleamos en la actualidad<sup>5</sup> nos lleve a pensar que los *emojis* están con nosotros desde hace mucho, en realidad, no llegaron al mundo occidental hasta 2011. Lo hicieron a través de los dispositivos de Apple aunque, muy rápidamente, se extendieron al resto de compañías.

Por todos es conocida su inmensa difusión y popularidad. Muestra de ello es, por ejemplo, que el *Oxford Dictionary*, en una decisión no exenta de polémica, escogiera el *emoji* «face with tears of joy» – 😄 – como palabra del año en 2015<sup>6</sup>. O que el catálogo del consorcio Unicode<sup>7</sup> –organismo encargado de crearlos y regularlos– aumente año tras año. O que su uso –cuando no abuso– esté cada vez más extendido entre personas de toda edad y condición.

---

<sup>3</sup> Hasta el momento, la RAE no recoge el vocablo *emoji* en su diccionario. Por su parte, la Fundación del español urgente (Fundèu) lo define como «pequeñas figuras en color con valor simbólico».

<sup>4</sup> Vid., por todos, SAMPIETRO, Agnese, *Emoticonos y emojis: análisis de su historia, difusión y uso en la comunicación digital actual*, 2016, pp. 58 y 59.

<sup>5</sup> En todo tipo de dispositivos y, particularmente, en servicios de mensajería instantánea como WhatsApp.

<sup>6</sup> Disponemos incluso de una «novela» en versión *emoji*: *Emoji Dick*, adaptación de la famosa obra de Herman MELVILLE a cargo del artista Fred BENENSON. Sin embargo, no es el único, pues el también artista Ken HALE ha hecho lo propio con *Alicia en el país de las maravillas*, de Lewis CARROLL.

<sup>7</sup> Cfr. <<http://unicode.org/>>.

O que con ellos ya no sólo suplamos la falta de comunicación no verbal en las comunicaciones electrónicas escritas; sino que también, en ocasiones, reemplacemos directamente las palabras (las propias aplicaciones nos los sugieren al escribir)<sup>8</sup>. En definitiva, si algo está claro es que los *emojis* han llegado para quedarse.

## II. EL DESEMBARCO *EMOJI*: DE LOS TECLADOS A LOS TRIBUNALES

### A) ALGUNOS EJEMPLOS DE DERECHO COMPARADO

No ha pasado ni una década desde que los *emojis* llegaron a Occidente. Sin embargo, ha sido tiempo más que suficiente para que, desde nuestros terminales, hayan llegado a los órganos jurisdiccionales.

Uno de los primeros casos que saltó a la palestra mediática tuvo lugar en EE. UU. en el año 2015. Por aquel entonces, un menor de Nueva York fue procesado por amenaza terrorista tras publicar en su perfil de Facebook –que estaba abierto al público– entre otros mensajes, uno en el que se podría ver el *emoji* del policía seguido de tres pistolas que lo apuntaban.

En otro proceso judicial, celebrado en Francia en 2016, un joven galo fue condenado a tres meses de prisión por amenazas tras enviarle a su expareja un mensaje con el *emoji* de la pistola.

Los *emojis* importan. Y mucho. Buena muestra de ello es el caso estadounidense Silk Road, de 2015, en el que se trataba de depurar la responsabilidad penal de Ross Ulbricht, creador de un mercado negro en la *deepweb*. En un momento dado del proceso judicial, la acusación leyó un mensaje electrónico pero no men-

---

<sup>8</sup> Existe incluso una gramática emoji que explica cómo construir tiempos verbales usando estos pictogramas. Vid. VV. AA., *Emojigraphy. The international emoji language*, vol. 1. Emojigraphy team, 2018.

cionó que en él, acompañando a las palabras, se encontraba un sonriente *emoji*. La defensa puso de manifiesto esta omisión y la jueza indicó a los miembros del jurado que debían tener presentes los *emojis* incluidos en las comunicaciones electrónicas, al considerar con buen criterio que éstos también eran parte integrante del texto y, por ende, de la prueba.

Los asuntos no se limitan, desde luego, al orden penal. Por ejemplo, en el caso *Ghanam versus Does*, resuelto por la Corte de Apelaciones de Michigan en 2014, se discutía la posible vulneración del derecho al honor de un cargo municipal debido a una serie de comentarios vertidos en un foro de Internet. Uno de esos comentarios era el siguiente: «They are only getting more garbage trucks because Gus needs more tires to sell to get more money for his pockets :P».

En este proceso, el uso del emoticono fue decisivo. En su sentencia, el tribunal razona que la afirmación de la discordia no podía tomarse en serio, pues el uso del emoticono hacía evidente que se trataba de una broma. En consecuencia, ningún lector razonable consideraría el comentario como atentatorio contra el derecho al honor<sup>9</sup>.

Otro supuesto en materia civil fue resuelto por un tribunal israelí en 2017. En él, el propietario de una casa reclamaba una indemnización frente a unos potenciales arrendatarios. Éstos, en el transcurso de una conversación sobre el posible alquiler de una vivienda, le enviaron un mensaje en el que afirmaban que querían la casa, si bien necesitaban repasar los detalles. Todo ello acompañado de diversos *emojis*: una cara sonriente, unos bailarines, una botella de champán...

---

<sup>9</sup> Literalmente, expone el tribunal: «This statement on its face cannot be taken seriously as asserting a fact. The use of the “:P” emoticon makes it patently clear that the commenter was making a joke. As noted earlier, a “:P” emoticon is used to represent a face with its tongue sticking out to denote a joke or sarcasm. Thus, a reasonable reader could not view the statement as defamatory».

Convencido de que las negociaciones habían llegado a buen término, el propietario retiró el anuncio de alquiler. Pero los que iban a ser sus nuevos inquilinos desaparecieron... Como apuntábamos, el hombre les reclamó una indemnización y el órgano jurisdiccional estimó su pretensión, al entender que, pese a que el mensaje no constituía un contrato vinculante entre las partes, sí generaba en el propietario la expectativa razonable de que tal contrato se perfeccionaría<sup>10</sup>.

## B) LOS EMOJIS ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

¿Determinantes o no para el fallo? No hay más *emojis*, *señoría*

Al igual que en los restantes países, los *emojis* también han llegado a los tribunales españoles. Un análisis de la jurisprudencia nos permite concluir que los resultados se pueden dividir en dos grandes grupos: en primer lugar, estarían aquellos casos en los que, aunque se haga referencia a los *emojis* en las resoluciones judiciales, éstos no son determinantes para el fallo. Es decir, si bien

---

<sup>10</sup> Estos y otros casos pueden encontrarse referenciados en: BERELS, Rebecca A., «Take me seriously: emoji as evidence», en *Digital Commons at Michigan State University College of Law*, 2017, pp. 21-26; Delaney, John F., «Mixed messages: courts grapple with emoticons and emoji», en *Socially aware. The social media law update*, vol. 7 (4), 2016, pp. 2-3; EL KHOURI, Chantal, «#PopLaw: How emojis are creeping into the courtroom»; JANSSEN, Erin, «Hearsey in the smiley face: analyzing the use of emojis as evidence», en *St. Mary's Law Journal*, vol. 49 (3), 2018, pp. 708 y ss.; KAUFFMAN, Ronald H., «If it looks like a duck: emojis, emoticons and ambiguity», en *The Florida Bar Family Law Section Commentator*, vol. xxxi (3), 2018 pp. 26-29; KIRLEY, Elizabeth; MCMAHON, Marilyn, «The emoji factor: humanizing the emerging law of digital speech», en *Tennessee law review*, vol. 85, 2018, pp. 517-570; KRAMER, Xandra, «Challenges of electronic taking of evidence: old problems in a new guise and new problems in disguise», en *La prueba en el proceso*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 407-409; y MASHILE, Tshepo Confidence, «Think before you emoji», en *De rebus. The SA attorney's journal*, vol. 572, 2017, pp. 16-17.

son elementos valorados en la sentencia, la decisión del tribunal no habría cambiado si no hubiesen estado presentes.

Un ejemplo de este primer bloque lo encontramos en la SAP Sevilla (Sección 4ª) 437/2017, de 22 de septiembre, relativa a un delito continuado de amenazas. A pesar de que en los mensajes se incluye el *emoji* que representa la pistola, las palabras proferidas eran más que suficientes para justificar, por sí solas, la condena<sup>11</sup>.

Algo parecido sucedió con la SAP Valencia (Sección 1ª) 115/2018, de 27 de febrero, en la que se condena por un delito leve de injurias a un hombre que remitió una serie de mensajes a su expareja. En ellos se proferían diversos insultos, junto con seis *emojis* que representaban una mano con el dedo corazón alzado. De nuevo, las palabras tenían entidad para sustentar una sentencia condenatoria, con independencia de los pictogramas que las acompañaban<sup>12</sup>.

En la misma línea se encuentra la SAP Ciudad Real (Sección 2ª) 117/2018, de 23 de julio, donde se ventilaba un quebran-

---

<sup>11</sup> Con respecto a las amenazas, véase también la SAP Ciudad Real (Sección 2ª) 118/2018, de 23 de julio; la SAP Madrid (Sección 30ª) 468/2018, de 4 de julio; y la SAP Madrid (Sección 27ª) 179/2018, de 15 de marzo –aunque en este último supuesto la Audiencia revoca el pronunciamiento condenatorio de la instancia–.

<sup>12</sup> *Vid.* la SAP Pontevedra (Sección 2ª) 19/2017, de 3 de febrero, sobre un delito leve de injurias. La Audiencia niega que haya error en la valoración de la prueba y aduce: «Es evidente que las expresiones que en los hechos probados se consignan y la recurrente no cuestiona, no reflejan estados anímicos sino que se profieren contra una persona. Y que esta persona se trata del denunciante, queda acreditado por los datos referidos en algunas de ellas que lo identifican, así la calle donde éste tiene su piso en Bilbao, el hecho de que va a pasar días a dicha localidad, el tatuaje (*emoji* de una rosa) alusivo al que tiene su actual pareja. No ofrece tampoco cuestión el carácter degradante que tienen para la propia estima».

Véase también la SAP Madrid (Sección 26ª) 115/2018, de 14 de febrero, sobre un delito leve de vejaciones injustas.



tamiento de prohibición de comunicación a través del envío de *emojis*, pero también de mensajes de texto y de la realización de llamadas telefónicas<sup>13</sup>.

Distinto es el supuesto de la SAP Islas Baleares (Sección 2ª) 186/2016, de 1 de septiembre: en él se había condenado en primera instancia a un hombre por amenazas hacia su exmujer. El acusado había publicado en Facebook el siguiente mensaje «empieza mi venganza, prepárate, te acuerdas lo que me hiciste tú a mí, pues ahora voy a por ti a muerte, no pararé, como hiciste tú cuando yo tenía mi pareja», a los que añade seis *emojis* de carcajadas.

Lejos de entender que estos *emojis* indican que el contenido del mensaje no es serio, que se trata de una broma –aunque sea de mal gusto–, el tribunal, con buen criterio, razona: «El detalle de que estas expresiones vayan acompañadas de unos emoticonos sonriendo a carcajadas no rebajan el tono y el sentido amenazador de las frases, sino que inciden en el cinismo de su autor y en que el remitente disfruta con el mal que anuncia a la apelada y con la intranquilidad y desazón que sabe le pueden causar tales expresiones, en las que le advierte de que se va a vengar de ella, que no parará y de que va a por ella a muerte, todo ello, además, comunicado en una red social, de modo que la advertencia viene reforzada por su comunicación pública para que llegue a oídos de su destinataria, utilizando esa publicitación como muestra frente a otras personas que puedan acceder a su perfil social de sus intenciones».

Por otro lado, en un caso de abuso sexual por parte de un profesor a su alumna menor de edad, la SAP Barcelona (Sección 8ª) 407/2018, de 9 de julio, explica que agresor y víctima llegaron a establecer un lenguaje en clave, utilizando para ello distintos *emojis*.

También en un supuesto de robos múltiples en sucursales bancarias resuelto por la SAP Burgos (Sección 1ª) 157/2017, de 12 de mayo, se hace referencia, entre otras pruebas mucho más

---

<sup>13</sup> En una línea similar, SAP Guipúzcoa (Sección 3ª) 168/2018, de 29 de junio; y SAP Madrid (Sección 27ª) 250/2018, de 26 de marzo.

determinantes –como el ADN–, a los *emojis*. En concreto, a aquéllos que representan fajos de billetes, enviados por uno de los acusados en las mismas fechas en que se produjeron algunos de los atracos. Afirma la sentencia: «El mismo día 20 de noviembre a las 10.36 horas, el acusado [...] envía a una persona llamada Juliana unos emoticonos con fajos de dinero diciéndole que ha triunfado, seguido de una felicitación recibida por parte de Juliana. [...] el día 17 de diciembre, día del atraco en Bakio, [...] envía emoticonos con fajos de billetes diciéndole a Fermín: “ya tienes coche”».

Junto con este primer bloque, existiría otro conformado por los procesos judiciales en los que los *emojis* centran la discusión. Esto es, aquéllos donde su presencia es determinante para decantar la decisión del juzgador en uno u otro sentido. Son estos casos, por razones obvias, los que más interés revisten. Vaya por delante que todavía no son muchos, pero podemos augurar que su número aumentará más pronto que tarde.

Un primer ejemplo lo hallamos en la SAP Alicante (Sección 1ª) 203/2018, de 6 de abril, relativa a un delito de quebrantamiento de condena por incumplir la prohibición de comunicación: un hombre condenado por acosar a una mujer infringe dicha prohibición enviándole a través de Messenger dos mensajes: conforme al relato de la sentencia, uno es «un emoticono de cara» –no se nos aclara cuál–; el otro, «un emoticono del pulgar de un dedo»<sup>14</sup>. El envío de estos *emojis*, aun cuando no vayan acompañados de ninguna palabra, es suficiente para colmar las exigencias del tipo<sup>15</sup>, razón por la cual se le condenó en primera instancia.

---

<sup>14</sup> Como podemos comprobar, nuestros tribunales emplean indistintamente las palabras emoji y emoticono.

<sup>15</sup> Así lo afirma también, por ejemplo, la SAP Asturias (Sección 8ª) 31/2016, de 11 de febrero: «si la pena consiste en una prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio [...] la remisión de un emoticono por whatsapp colma la previsión típica, sin que puedan tener favorable acogida la tesis del apelante que entiende que “el envío de un dibujo no tiene entidad suficiente para considerar cumplimentado el tipo penal”, lo que supondría

El condenado recurre alegando «error en la apreciación de la prueba». En puridad, el recurrente no discute la realidad de los mensajes, pero sí su autoría. En su defensa, sostiene que no los envió él, sino un tercero cuya identidad desconoce. La Audiencia, por su parte, ratifica la valoración de la instancia, al no haber ni el más mínimo indicio de manipulación en el envío de los mensajes: «no hay constancia sobre manipulación o alteración, [...] no basta [...] con la mera alegación de que se ha producido una manipulación sin prueba alguna, por la que un tercero hubiera accedido a la cuenta de Facebook»<sup>16</sup>.

Por otro lado, el caso resuelto *ex SAP Barcelona* (Sección 22ª) 345/2015, de 30 de junio, hace referencia a un delito de amenazas en el que el procesado evitó su condena, precisamente, gracias al *emoji* del pulgar hacia arriba.

Consta como hecho probado que el acusado le envió a una joven el siguiente texto: «k ya verás tu kuando salamos de aki», acompañado del citado *emoji*. De las palabras podría desprenderse cierto tono intimidatorio, pero el pictograma que las acompaña no tiene –en el sentido comúnmente empleado– ningún tipo de connotación negativa.

Ante las dudas en torno a la interpretación del mensaje, la Audiencia Provincial de Barcelona pone de relieve que el *Emoji* «aparece en momentos previos de la conversación [...] como símbolo de acuerdo, que es el significado usual del mismo, por lo que las dudas que pueden suscitarse sobre el significado del mismo no pueden ser resueltas en perjuicio del acusado y por ello debe prevalecer su derecho a la presunción de inocencia».

---

tanto como vaciar de contenido la norma penal con remisión a los criterios subjetivos del condenado».

<sup>16</sup> Sobre prohibición de comunicación, véase también la SAP Madrid (Sección 7ª) 247/2017, de 31 de marzo; y la SAP Asturias (Sección 3ª) 33/2017, de 27 de enero.

En resumidas cuentas, se aplica el clásico *in dubio pro reo* que determina la absolució del recurrente, quien había sido conde- nado en primera instancia.

En relación con las amenazas, nos encontramos también con el AAP Cantabria (Sección 3ª) 475/2014, de 13 de octubre, que confirma el sobreseimiento provisional dictado en favor de un hombre denunciado por su expareja tras publicar en su estado de whatsapp un mensaje en el que inserta los *emojis* de una diana, de una mujer, de un hombre y de una pistola con el cañón dirigido hacia el hombre, acompañados de la frase «esto no acaba aquí».

La Audiencia confirma el sobreseimiento con base en diversos argumentos<sup>17</sup>. Entre ellos, que la interpretación de tal estado de whatsapp era subjetiva, en la medida en que podría entenderse «como una sugerencia de un posible suicidio de quien se encuentra en ese “estado de ánimo” por razón de la separación. En cualquier caso, las interpretaciones que puedan hacerse no pasan de ser meras conjeturas».

El AAP Álava (Sección 2ª) 566/2018, de 22 de noviembre, que comparte ciertas similitudes con el anterior, también resuelve un recurso contra un sobreseimiento provisional. Aquí el denunciado tenía impuesta como medida cautelar una prohibición de

---

<sup>17</sup> Otro fue, por ejemplo, que la mujer no pidió orden de protección porque declaró que no se sentía amenazada: «Si la denunciante no quiere ver lo que el denunciado escribe en su WhatsApp en relación con su estado de ánimo, con eliminarlo de la lista de contactos y/o favoritos es suficiente. Por lo demás, la recurrente manifestó en su declaración evacuada en el presente procedimiento que el denunciado nunca la había agredido ni amenazado, y que sólo se sentía “indirectamente” amenazada por los emoticonos antedichos. Sin embargo, incoherentemente, manifestó que no deseaba solicitar orden de protección, solicitud en la que podía haber pedido exclusivamente una prohibición de comunicación y solicitar que las relativas a la hija común se hicieran a través de terceras personas, petición que no hizo. Ello refleja la nimia entidad de la hipotética amenaza o coacción y el nulo reflejo intimidatorio de la misma en la voluntad y estado de ánimo de la recurrente».

comunicación con la denunciante. Esta última informa a las autoridades de que el hombre había escrito una frase –no se indica cuál– en su perfil de whatsapp, acompañada de «emoticonos de “peinetas”» –suponemos que el «middle finger» *emoji*–.

La Audiencia confirma el sobreseimiento, en atención a dos circunstancias concurrentes: la primera, el lugar donde está ubicado el mensaje –un estado de whatsapp–. A este respecto, señala el tribunal: «Una frase en el perfil de whatsapp es como ponerla en un cartel pegado a la puerta de la vivienda: constituye un mensaje, y, por tanto, una comunicación unidireccional para todo el que mire el perfil o pase junto a la puerta del autor de la frase. En cualquier caso, hay que acercarse para leerlo y el destinatario es todo aquel que así lo haga. Esto no demuestra que el denunciado pretendiera que el mensaje llegara a la denunciante de un modo u otro. No consta que hubiera seguridad alguna de que ella lo leyera o alguien la informara de la existencia del mensaje».

La segunda circunstancia tomada en cuenta por la Audiencia Provincial tiene que ver ya con el propio contenido del mensaje, al que califica de ambiguo y susceptible de interpretación, toda vez que no contiene ninguna referencia explícita a la denunciante. En nuestra opinión, esta es la auténtica clave que, en el caso de autos, puede justificar el sobreseimiento.

Partamos de la siguiente base: a efectos de quebrantar la prohibición de comunicación es completamente diferente enviar un mensaje «directo» a la víctima –en cuyo caso siempre se infringirá la prohibición impuesta con independencia del contenido de dicho mensaje–; que publicar un mensaje en el estado de whatsapp. En esta última circunstancia, con carácter general, no se infringirá la prohibición. Sin embargo, a diferencia de lo sostenido por la Audiencia Provincial de Álava, consideramos que, en ocasiones y con las debidas cautelas, sí se podría llegar a quebrantar, siempre

que quedase acreditado que se usa el estado de whatsapp como un subterfugio para entablar comunicación con la víctima<sup>18</sup>.

Sea como fuere, el propio tribunal precisa que su decisión «se fundamenta en una cuestión de matiz» y, a modo de prevención, advierte al encausado: «en el futuro [...] podría llevarse algún disgusto penal si lee la presente resolución como una autorización para poner cualquier cosa en su perfil de whatsapp. Prudencia».

La ambigüedad es también uno de los criterios a los que recurre la SAP Madrid (Sección 26<sup>a</sup>) 809/2016, de 14 de diciembre, para resolver una causa. En ella, el acusado había enviado a su esposa, entre otros mensajes, tres *emojis* representando una pis-

---

<sup>18</sup> En el mismo sentido que defendemos, véase la SAP Valladolid (Sección 4<sup>a</sup>) 119/2015, de 13 de abril: «Dice la parte recurrente en su recurso que los “estados de WhatsApp” no son una forma de comunicación, dado que todas las formas de comunicación requieren un emisor, un mensaje y un receptor, y en este caso no había mensaje alguno dirigido a la denunciante con ánimo de incumplir el mandato judicial.

No comparte esta Sala la apreciación del recurrente, y sí la del Juzgador de instancia. La información que se coloca en el “estado de WhatsApp” por parte de un usuario de la citada aplicación, es una información que se pone para que pueda ser visualizada y conocida por todos los que tengan ese número de teléfono móvil incorporado a su teléfono, pero en este caso el acusado aprovechaba el subterfugio del “estado de WhatsApp” para quebrantar la prohibición de comunicación que se le había impuesto, pues en vez de ofrecer algún dato que pudiera servir para su identificación, lo que hacía era mandar unas comunicaciones dirigidas de manera específica hacia la persona con la que se le había dicho que no se podía comunicar, comunicaciones que además tenían un claro contenido injurioso, y en las que además, por el método utilizado, provocaba que sus expresiones cuando menos injuriosas gozaran de cierta publicidad, precisamente entre todos sus contactos de “WhatsApp”, por lo que se comparte que el acusado sí ha quebrantado la orden de prohibición de comunicación que tenía y que también ha cometido las faltas de injurias por las que ha sido condenado».

tola –un supuesto prácticamente idéntico al del joven francés que hemos mencionado *supra*–.

El procesado adujo en su defensa que había remitido los iconos de la pistola por error, pues en realidad quería enviar los de besos. Según su versión, en su terminal se encuentran al lado unos de otros –lo que probablemente se deba, en nuestra opinión, a que se sitúan entre los más empleados por este usuario–. El acusado explicó que, tras percatarse del error, habló con su mujer a fin de aclararle este extremo.

La propia Audiencia reconoce que esta explicación es poco creíble, si bien «el tenor literal de los mensajes enviados por el acusado a su esposa no resulta concluyente, tratándose, en las mismas palabras que empleó en el plenario la representante del Ministerio Fiscal, de frases ambiguas».

Esta ambigüedad de los mensajes, unido al contexto de la conversación mantenida entre la denunciante y el denunciado –en la que el matrimonio se refería en varias ocasiones a la posibilidad de retomar su relación– llevó a la Audiencia a considerar que la mera remisión de los *emojis* de las pistolas «no puede interpretarse como necesariamente amenazante, pudiendo tratarse simplemente de una broma». Como consecuencia de ello, revoca la sentencia de instancia, absolviendo al procesado.

Dejando a un lado las amenazas, en el caso resuelto *ex SAP* Madrid (Sección 26<sup>a</sup>) 302/2017, de 18 de mayo, el acusado es absuelto del delito leve de injurias por el que su expareja le había denunciado. El presunto mensaje injurioso se componía de la frase «Qué poquito te queda», acompañada de seis *emojis* que representaban la cara de un cerdo.

Con respecto a la frase enunciada, la Audiencia descarta su relevancia penal, al entender que podía hacer referencia al «anuncio de la finalización del procedimiento civil que ambos implicados tenían pendiente, insinuando o adelantando el posible fracaso de las pretensiones de la denunciante». Junto con ello, se limita a afirmar que los *emojis* de cerdo, por sí solos, también carecen de

relevancia penal, remitiéndose al razonamiento efectuado en la sentencia recurrida sobre este extremo.

A pesar de que la mayoría de las resoluciones que hemos encontrado y que hasta ahora hemos expuesto son penales, también existen algunas en el orden civil. Por ejemplo, en materia de arrendamiento de maquinaria, como nos muestra la SAP Valladolid (Sección 1ª) 365/2018, de 8 de noviembre.

En el caso de autos, la parte actora y la demandada discrepaban sobre el número total de horas de utilización de la maquinaria arrendada. Horas que determinaban, a la postre, el total a pagar. Una de las pruebas aportadas al proceso era una conversación de whatsapp entre las partes, conversación con respecto a la cual no se discutió –como sí acontece en otras ocasiones– acerca de su eventual falta de validez o de la existencia de manipulaciones. Aquí se debatía, por el contrario, sobre la interpretación de un *emoji*. En el fragmento de la discordia, el arrendador escribió: «Horas totales. Total 272 horas». Por su parte, el arrendatario le respondió enviándole un *emoji* del pulgar hacia arriba.

El juzgador de instancia hizo caso omiso al *emoji*, al que calificaba de acto informal. Sin embargo, contraviniendo su criterio, la Audiencia considera que, atendiendo al contexto de la conversación que venían manteniendo, podía deducirse en buena lógica que el demandado estaba aceptando esas 272 horas. Como consecuencia de ello, el apelado es condenado a pagar cinco mil euros más: «El emoticono que el Juzgador califica de acto informal de aceptación del número de las horas afirmadas por el actor no se puede desvincular del contexto de las conversaciones mantenidas por ambos litigantes referidas al número de horas de la máquina y de los datos expuestos por el impugnante ha de concluirse que el emoticono es la consecuencia de otras conversaciones anteriores en las que van especificando el número de horas trabajadas con la máquina a las que el demandado no pone ninguna objeción, por lo que la inferencia lógica es que las acepta lo que se culmina con el emoticono con el que da su conformidad al mensaje del actor que le detalla en 272 horas las totales trabajadas».



### *Estrategias de ¿defensa?*

Una lectura de la jurisprudencia nos muestra cómo los letrados de los acusados, en ocasiones, interpretan los *emojis* enviados por las presuntas víctimas de los delitos para articular su estrategia de defensa. En concreto, existen ejemplos en casos sobre delitos leves de amenazas, en los que se pretende demostrar cómo el uso de los *emojis* permite acreditar que los receptores de los mensajes en liza no experimentaron la menor turbación al recibirlos.

Por ejemplo, en el caso resuelto por la SAP Vizcaya (Sección 1ª) 90047/2016, de 17 de febrero, la parte recurrente, aduce que «falta un elemento esencial para apreciar el delito, que es que el denunciante pierda su tranquilidad por el contenido amenazante de la amenaza, lo que no ocurre en este caso puesto que en los mensajes se aprecia que manda un emoticono de un guiño o un saludo, lo que no concuerda con un estado de inquietud».

El tribunal, ratificando la valoración de la instancia, desestima el recurso, en atención a lo señalado por el denunciante en el acto del juicio y a la entidad de la propia frase amenazante.

También en la SAP Ourense (Sección 2ª) 308/2016, de 14 de octubre, se nos explica que, en opinión de la parte apelante, las expresiones vertidas carecían de los requisitos de seriedad, firmeza y credibilidad. Entre otras razones, porque el denunciante contestó a los mensajes recibidos en tono burlón e incluso con *emojis* de caras sonrientes. Su alegación, sin embargo, no prospera. La sentencia explica cómo en un primer momento el denunciante pensó que el remitente era otra persona y, tras descubrir la identidad del verdadero emisor «puso el emoticono de caras sonrientes porque le hacía gracia de que (sic) le estaban acusando de algo que no había hecho». Sin embargo, tras recibir posteriores mensajes amenazantes, ya no emplea ningún *emoji*.

Con todo, como explica la Audiencia, «aún en el supuesto de que el denunciado no hubiese conseguido atemorizar al denunciante, ello no afecta a la consumación del delito, que es de peligro,

y basta que la expresión proferida por sí misma tenga aptitud para perturbar la tranquilidad del sujeto pasivo».

Más curiosa resulta la defensa articulada en el caso de la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) 70/2016, de 25 de febrero: un hombre quebranta una prohibición de aproximación a la víctima –se personó en su domicilio– y trata de aportar como prueba una conversación en la que emplea un *emoji* –no se especifica cuál– que, según él, permitía acreditar que cuando los hechos se produjeron se hallaba bajo el influjo de las drogas. Como es fácil imaginar, su alegación no prosperó: «Por lo que respecta a las alegaciones sobre la aplicación de la atenuante del artículo 21.1 que la parte recurrente anuda a la circunstancia de que el emoticono da por cierto que Celso se encontraba bajo los efectos de la cocaína, hay que señalar que los hechos probados, que la sala ha dado por válidos, no hacen referencia alguna a que el recurrente estuviera bajo los efectos de las drogas y que ello hubiera afectado a sus capacidades, ya que cuando se refiere al consumo de tóxicos por parte del recurrente, alude a una fecha anterior y lo tiene en cuenta para concluir que cuando ocurrieron los hechos objeto del procedimiento no estaba con sus amigos, como él argumentó. Tampoco la fundamentación jurídica recoge tal conclusión y desde luego no puede basarse su aplicación en un emoticono de una aplicación del teléfono móvil».

### III. EL DESAFÍO *EMOJI*: ALGUNOS RETOS

La llegada de los *emojis* a los tribunales nos lleva a plantearnos algunas dificultades que pueden ir surgiendo en la práctica. Y ello con independencia de los problemas generales derivados de la aportación y eventual impugnación de la prueba electrónica, en los que no nos vamos a detener<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Sobre esta cuestión, *cfr.* ARRABAL PLATERO, Paloma; FUENTES SORIANO, Olga, «Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instru-

El primero tiene que ver con su interpretación<sup>20</sup>. Es cierto que, en muchos casos, los *emojis* nos permiten clarificar el sentido o la intención de un mensaje<sup>21</sup>. Basta con pensar en un sencillo ejemplo: la frase «prepárate, que me las vas a pagar» acompañada de un *emoji* sonriente será interpretada de una manera muy distinta –más bien antagonica– si cambiamos ese *emoji* por otro con

---

mental y exigencia de un “principio de prueba”. Comentario a la STS 375/2018, de 19 de julio», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 47, 2019, pp. 1-12; ARRABAL PLATERO, Paloma, «El whatsapp como fuente de prueba», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 351-362; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, «Redes sociales y proceso penal: una radiografía», en *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 321-346; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, «Los contenidos de redes sociales como prueba en el proceso civil: un estudio jurisprudencial», en *Diario La Ley*, núm. 9195, 2018, pp. 1-14; y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, «Proceso penal y redes sociales: aportación por las partes de la información contenida en ellas», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 339-349.

<sup>20</sup> Señala JANSSEN, Erin, *op. cit.*, p. 714, que una de las razones por las que los *emojis* son difíciles de interpretar reside en su estrecha vinculación con las emociones. A ello añade que dos o más *emojis* juntos pueden cambiar aún más el significado de un mensaje. En este sentido, EVANS, Vyvyan, *The emoji code. How smiley faces, love hearts and thumbs up are changing the way we communicate*, Michael O'Mara Books Limited, Londres, 2017, p. 13, apunta que la repetición de *emojis* sirve para enfatizar.

<sup>21</sup> El hecho de que un elemento distinto de una palabra influya o condicione el significado de una frase no es, desde luego, nuevo. El propio Arthur Conan DOYLE nos ofrece un ejemplo en su *Estudio en escarlata*: «Al levantarse a la mañana siguiente encontró, para su sorpresa, un pedacito de papel prendido en la colcha de su cama, justo encima de su pecho. En él se leía, en letras grandes y desmañadas: “Se te conceden veintinueve días para que te enmiendes, y después...”. Los puntos suspensivos inspiraban más miedo que cualquier amenaza». DOYLE, Arthur Conan, *Estudio en escarlata*, Penguin Clásicos Barcelona, 2017, p. 120.

una expresión furiosa o que represente un arma seguida de un hospital.

Así las cosas, los *emojis* condicionan absolutamente la interpretación que se haga de las palabras que lo acompañan. En este sentido, no está de más mencionar la denominada «Ley de Poe», cuyo nombre no se debe al célebre escritor, sino a la persona que la enunció en 2005: Nathan Poe.

En el marco de un foro cristiano en Internet en el que se discutía sobre el creacionismo, POE publicó: «Without a winking smiley or other blatant display of humor, it is utterly impossible to parody a Creationist in such a way that someone won't mistake for the genuine article». Esto es, enunciada con carácter general, sin algún *emoji* u otro elemento que denote su carácter humorístico o jocoso, es prácticamente imposible distinguir entre un enunciado que manifieste una opinión extremista y otro que parodie, precisamente, dicha opinión.

Partiendo de esta base, nos planteamos a continuación la siguiente pregunta: ¿los *emojis* siempre ayudan a clarificar el sentido de un mensaje? En nuestra opinión, la respuesta es no. Y ello debido, fundamentalmente, a la ambigüedad ínsita en algunos de estos pictogramas, de los que, o bien no siempre se conoce su verdadero significado, o bien éste es susceptible de diversas interpretaciones.

Por ejemplo, el *emoji* denominado «folded hands» – 🙏 –, que representa dos manos unidas palma con palma, se utiliza con el significado de pedir disculpas, dar las gracias, rezar o chocar las manos.

Por su parte, el *emoji* «face with steam from nose» – 🤨 – evoca para muchos de nosotros sentimientos de enojo, hartazgo... Sin embargo, en su concepción original pretende trasladar una actitud de triunfo, orgullo o empoderamiento (de hecho, su denominación original era «face with look of triumph»)<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Por no hablar de la interpretación que algunos han realizado del *emoji* de la berenjena, prohibido en determinadas plataformas por considerarlo una referencia fálica.

En definitiva, a pesar de intentos de «codificación» como la Emojipedia<sup>23</sup>, el significado de estos pictogramas no siempre es unívoco y, por ende, el que le atribuya una persona puede ser diverso del que le asigne otra.

A ello se suma otro inconveniente no menor: las diferencias de formato entre los distintos operadores. Y es que los *emojis* de la compañía Apple difieren de los de Samsung, que a su vez difieren de los de WhatsApp, Microsoft, Twitter, Facebook, Mozilla, Google, etc. Es cierto que, en buena parte de las ocasiones, las diferencias entre unos sistemas y otros son de matiz. Pero no siempre. Pongamos un ejemplo: en 2016, la compañía Apple modificó el *emoji* de la pistola. Éste pasó de representar un arma real a una pistola de agua. Algunas compañías imitaron a Apple e introdujeron también este cambio en su catálogo de *emojis*, mientras que otras conservaron el revólver.

Llegados a este punto, volvamos al caso del joven francés del hablábamos al comienzo. Si ese joven hubiese enviado un mensaje con una pistola de agua, ¿habría sido entonces condenado? Muy probablemente la respuesta sea no.

La disparidad de formato entre operadores implica, además, que el *emoji* que enviamos pueda ser recibido de un modo diferente a cómo lo visualizamos en pantalla. Por ejemplo, si enviamos desde un dispositivo Apple el *emoji* de la pistola de agua, la persona que lo recibe puede visualizarlo como un arma si su operador no introdujo el mencionado cambio.

Ante esta apariencia diversa, a efectos jurídicos habría que tener en cuenta, lógicamente, el *emoji* emitido, no el efectivamente recibido<sup>24</sup>. Tomando de nuevo como referencia el caso francés, si el joven hubiese enviado una pistola de agua, entendemos que no podría ser condenado por amenazas ni siquiera en el caso de que

---

<sup>23</sup> La Emojipedia constituye, por así decirlo, el «diccionario» emoji. Cfr. <<http://emojipedia.org/>>.

<sup>24</sup> De este mismo modo lo entiende también BERELS, Rebecca A., *op. cit.*, p. 32.

su expareja la visualizase en su terminal como un arma –salvo, claro está, que a ese *emoji* lo acompañaran palabras con entidad suficiente para constituir tal tipo penal–.

Sea como fuere, las dificultades que hemos señalado no pueden conducirnos a obviar la presencia de los *emojis*: los tribunales deberán analizarlos y valorarlos como cualquier otro elemento probatorio. No pueden ignorar su presencia en un texto, del mismo modo que tampoco lo pueden hacer con cualquier otro signo o palabra que conforme un texto: será atendiendo al conjunto de todos estos elementos como podremos interpretar mejor el mensaje. Sin olvidarnos, claro está, de la importancia del contexto<sup>25</sup>.

Como hemos podido comprobar a lo largo de estas páginas, los *emojis* no han hecho más que asomarse a nuestras salas de Justicia. En los próximos años veremos cómo su presencia como prueba aumenta cuantitativa y cualitativamente en las resoluciones jurisdiccionales; y seguro que asistiremos también a la aparición de nuevos desafíos e interrogantes que esta nueva forma de comunicación global, esta neolengua –esperemos que no en sentido orwelliano– plantea. Entre ellos, algunos tan clásicos como el de si una imagen vale más que mil palabras. La respuesta será, muy probablemente, la misma que la de otras grandes preguntas: depende.

---

<sup>25</sup> Sobre la importancia del contexto, EVANS explica un clarificador ejemplo expuesto por Stephen C. LEVISON: imaginemos que nos encontramos una botella flotando en el mar que contiene el siguiente mensaje: «Nos vemos aquí dentro de una semana con un palo de este tamaño». No sabemos quién escribió el mensaje, ni cuándo, ni dónde, ni el tamaño del palo que debemos llevar... No tenemos, en definitiva, contexto y, por tanto, no podemos comprender bien el mensaje. *Vid.* EVANS, Vyvyan, *op. cit.*, p. 42.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARRABAL PLATERO, Paloma; FUENTES SORIANO, Olga, «Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un “principio de prueba”. Comentario a la STS 375/2018, de 19 de julio», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 47, 2019, pp. 1-12.
- ARRABAL PLATERO, Paloma, «El whatsapp como fuente de prueba», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 351-362.
- BERELS, Rebecca A., «Take me seriously: emoji as evidence», en *Digital Commons at Michigan State University College of Law*, 2017, pp. 1-38. Disponible en: <http://digitalcommons.law.msu.edu/king/261>
- CUADRADO GORDILLO, Isabel; MARTÍN-MORA PARRA, Guadalupe; FERNÁNDEZ ANTELO, Inmaculada, «La expresión de las emociones en la comunicación virtual: el ciberhabla», en *Icono 14*, vol. 13, núm. 1, 2015, pp. 180-207.
- DELANEY, John F., «Mixed messages: courts grapple with emoticons and emoji», en *Socially aware. The social media law update*, vol. 7, núm. 4, 2016, pp. 2-3.
- DOYLE, Arthur Conan, *Estudio en escarlata*, Penguin Clásicos Barcelona, 2017.
- EL KHOURI, Chantal, «#PopLaw: How emojis are creeping into the courtroom». Disponible en: <<http://bucketorange.com.au/emojis-creeping-courtroom/>>.
- EVANS, Vyvyan, *The emoji code. How smiley faces, love hearts and thumbs up are changing the way we communicate*, Michael O'Mara Books Limited, Londres, 2017.
- GOLDMAN, Eric, «Surveying the Law of Emojis», en *Santa Clara University Legal Studies Research Paper*, 8-17, 2017, pp. 1-58. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=2961060>>.
- JANSSEN, Erin, «Hearsey in the smiley face: analyzing the use of emojis as evidence», en *St. Mary's Law Journal*, vol. 49, núm. 3, 2018, pp. 699-725.

- KAUFFMAN, Ronald H., «If it looks like a duck: emojis, emoticons and ambiguity», en *The Florida Bar Family Law Section Commentator*, vol. XXXI, núm. 3, 2018 pp. 26-29.
- KIRLEY, Elizabeth; MCMAHON, Marilyn, «The emoji factor: humanizing the emerging law of digital speech», en *Tennessee law review*, vol. 85, 2018, pp. 517-570.
- KRAMER, Xandra, «Challenges of electronic taking of evidence: old problems in a new guise and new problems in disguise», en *La prueba en el proceso*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 391-410.
- MARTÍN-MORA PARRA, Guadalupe, *Caracterización de los usos y funciones de los emojis en la comunicación mediada electrónicamente*, 2017. Tesis doctoral disponible en: <<http://dehesa.unex.es/handle/10662/6173>>.
- MASHILE, Tshepo Confidence, «Think before you emoji», en *De rebus. The SA attorney's journal*, vol. 572, 2017, pp. 16-17.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, «Redes sociales y proceso penal: una radiografía», en *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 321-346.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, «Los contenidos de redes sociales como prueba en el proceso civil: un estudio jurisprudencial», en *Diario La Ley*, núm. 9195, 2018, pp. 1-14.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, «Proceso penal y redes sociales: aportación por las partes de la información contenida en ellas», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 339-349.
- SAMPIETRO, Agnese, *Emoticonos y emojis: análisis de su historia, difusión y uso en la comunicación digital actual*, 2016, Tesis doctoral disponible en: <<http://infoling.org/repository/PhDdiss-Infoling-83-5-2016.pdf>>.
- VV. AA., *Emojigraphy. The international emoji language*, vol. 1. Emojigraphy team, 2018.