Roj: **SAP M 10009/2020** - ECLI: **ES:APM:2020:10009**

Id Cendoj: **28079370302020100347**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Madrid**
Sección: **30**
Fecha: **24/09/2020**
Nº de Recurso: **655/2020**
Nº de Resolución: **353/2020**
Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**
Ponente: **ANA MARIA PEREZ MARUGAN**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 30 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 12 - 28035

Teléfono: 914934388,914934386

Fax: 914934390

GRUPO 3

37051540

N.I.G.: 28.079.00.1-2017/0010829

Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 655/2020 M-15

Origen: Juzgado de lo Penal nº 18 de Madrid

Procedimiento Abreviado 375/2019

Apelante: Gerardo

Procurador D. NOEL ALAIN DE DORREMOCHEA GUIOT

Letrado D. MANUEL MARCHENA PEREA

Apelado: MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA Nº 353 /2020

ILMOS SRES. MAGISTRADOS

DON CARLOS MARTIN MEIZOSO

DON DIEGO DE EGEA Y TORRON

Dª ANA MARIA PEREZ MARUGAN (PONENTE)

En Madrid, a 24 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 18 de Madrid en fecha 6 de marzo de 2020, se dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Sobre las 20'40 horas del día 17 de enero de 2017, se realizó una inspección por los agentes de la Policía Municipal con nº de TIP NUM000 , NUM001 , NUM002 y NUM003 en el "Locutorio ATI", situado en la calle Ofelia Nieto nº 9 de Madrid, perteneciente a Gerardo , de nacionalidad ecuatoriana, con NIE NUM004 , mayor de edad, sin antecedentes penales, se encontraba utilizando tres ordenadores de los que en uno tenía instalado los programas informáticos WINDOWS 7 HOME PREMIUM y MICROSOFT OFFICE PROFESSIONAL PLUS 2010,

sin disponer de COA ni PRODUCT KEY, pues esta era una clave genérica (G.L.V.K.) no correspondiente a los programas, y de los que hacía uso con ánimo de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial ofertando su uso a clientes mediante precio, siendo consciente de que los programas grabados estaban protegidos por derechos de autor cuyos titulares en ningún momento consintieron su uso por Gerardo , causándose un perjuicio por importe de 2.910 euros."

En su parte dispositiva textualmente se dice:

"FALLO: Que debo CONDENAR Y CONDENO al acusado Gerardo como autor criminalmente responsable de un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.1 del Código Penal a la pena de & MESES DE PRISION, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a 12 meses de multa con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago por insolvencia, y a las costas.El acusado deberá indemnizar a la entidad MICROSOFT IBERICA SL en la cantidad de 2910 euros, mas el interés legal".

En fecha 6 de abril de 2020 se dictó auto de aclaración de sentencia que recoge: "Que DEBO ACLARAR Y ACLARO, EL FALLO DE LA SENTENCIA, recaída en las presentes actuaciones, y en el fallo donde dice: Que debo CONDENAR Y CONDENO al acusado Gerardo como autor criminalmente responsable de un delito contra la propiedad intelectual del *artículo 270.1 del Código Penal* a la pena de & MESES DE PRISION, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a 12 meses de multa con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago por insolvencia, y a las costas. Debe decir: Que debo CONDENAR Y CONDENO al acusado Gerardo como autor criminalmente responsable de un delito contra la propiedad intelectual del *artículo 270.1 del Código Penal* a la pena de 6 MESES DE PRISION, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a 12 meses de multa con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago por insolvencia, y a las costas.

Sin que la aclaración solicitada afecte al resto de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a todas las partes interesadas, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del acusado, Don Gerardo , habiendo sido impugnado por el Ministerio fiscal, remitiéndose la causa a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Turnada la causa a esta Sección 30ª se ha señalado deliberación, votación y fallo, Dª ANA MARIA PEREZ MARUGAN.

HECHOS PROBADOS

No se aceptan los de la sentencia de instancia que se sustituyen por los siguientes:

"Sobre las 20'40 horas del día 17 de enero de 2017, se realizó una inspección por los agentes de la Policía Municipal con nº de TIP NUM000 , NUM001 , NUM002 y NUM003 en el "Locutorio ATI", situado en la calle Ofelia Nieto nº 9 de Madrid, perteneciente a Gerardo , de nacionalidad ecuatoriana, con NIE NUM004 , mayor de edad, sin antecedentes penales, se encontraba utilizando tres ordenadores de los que en uno tenía instalado los programas informáticos a los que se aceedieron sin consentimiento de su titular y sin autorización judicial,, llevándose dos discos duros, que fueron copiados biit a bit igualemte sin autorización habilitante para ello."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna por la representación procesal de Don Gerardo la sentencia dictada por el Juzgado de la Penal nº 18 de Madrid, dictada en fecha 6 de marzo de 2020 , que le condena como autor de un delito contra la propiedad intelectual, arguyendo como motivos del recurso, que había interesado como cuestión previa que conforme a los dispuesto en los artº 588 sexies a, b y c de la LECrim y 11 de la LOPJ, la nulidad respecto de todo aquello que pudiera derivarse del decomiso de los dispositivos de almacenamiento masivo efectuado en el locutorio que el acusado regentaba, vulnerándose el artº 18.1 de la CE, al requerirse autorización judicial para acceder al material incautado ya que puede contener información personal de sus titulares, lo que afectaría a su derecho a la intimidad; alega que admitir el registro y decomiso como el practicado en las actuaciones sin autorización judicial haría depender el derecho a la intimidad, a la protección de datos, que permitan identificar el perfil personal del acusado y a la inviolabilidad de las comunicaciones, como es el contenido de los correos electrónicos , a la buena voluntad de los agentes actuantes, siendo imposible e ilegal acceder a un dispositivo de almacenamiento masivo sectorizando casi con bisturí lo que afecta a la intimidad, datos e inviolabilidad de las comunicaciones. Consecuencia del anterior motivo alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº 24. 2 de la CE, al no poderse llegar a un juicio de autoría, debiéndose pronunciar una sentencia

absolutoria, al carecer de prueba incriminatoria de cargo; y por ultimo alega con carácter alternativo a los dos anteriores, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva , atentando contra el principio de contracción.

Pues bien alegada la nulidad, por vulneración del art 18. 1 de la CE en relación con el artº 11 de la LOPJ, por vulneración de lo dispuesto en los artº 588 sexies a, b y c de la LECrim respecto de todo aquello que pudiera derivarse del decomiso de los dispositivos de almacenamiento masivo efectuado en el locutorio que regentaba el acusado, por requerir autorización judicial expresa para acceder al contenido del material incautado, ya que puede tener información personal de sus titulares, lo que afectaría a su intimidad, datos y a la inviolabilidad de las comunicaciones conforme recoge el art.º 18.1 de la CE al requerirse autorización judicial, y que no han sido resueltas por la juez a quo, a pesar de haber sido planteada como cuestión previa, este Tribunal debe examinar en primer lugar si se ha producido la vulneración constitucional denunciada, con los efectos que pudieran devenir en su caso de la misma.

Para ello la Sala ha visionado la grabación del juicio oral, pudiéndose constatar como el acusado afirmó, que cuando la policía entró en el locutorio que regenta le dijeron que iban a practicar una inspección rutinaria del mismo, y la realizaron, sin que él les dijese que se negaba a ello, que tenía tres ordenadores y que en ese momento los tenia cerrados, que le dijeron que los abriese y él los abrió, que los policías no le requirieron que les otorgara ningún tipo de consentimiento para incautar los ordenadores ni los discos duros, que le dijeron que se los llevaban y no le pidieron permiso para incautarle los citados discos y tampoco le pidieron permiso para llevárselos, únicamente le dijeron que se los llevaban y se los llevaron.

Por su parte, el Policía Municipal número NUM000 aseguró que informaron al acusado de que iban a realizar una inspección, que no le pidieron autorización porque no realizaban ningún registro, que llevaban una licencia con un programa con el que extraen el sistema operativo de los ordenadores, pero no tocan los discos duros y que dicha información se lo mandan a Microsoft para que acredite si son licencias originales o no y si están pagadas. Igualmente señaló que al acusado le informaron de que se llevaban dos discos duros, si bien no recordaba lo que él les manifestó y explicó que no tenían que pedir autorización judicial porque no manipulan el citado disco duro, no tienen acceso al mismo y solo obtienen la información sobre las licencias y lo precintan. Que se llevaron dos discos duros.

El Policía Municipal nº NUM005 dijo que los ordenadores estaban en la entrada a la izquierda para el uso del público. Que los ordenadores estaban funcionando pero que no se podía acceder a ellos hasta que el acusado no lo desbloqueara, pues dichos ordenadores se hallaban con las pantallas apagadas, que solo se encendían si el acusado las abría desde el ordenador de la entrada, por lo que le dijeron que los desbloqueara, lo que el acusado hizo. Y por último que no solicitaron autorización judicial porque había indicios de delito y se llevan los ordenadores como prueba del mismo, no solicitando ninguna autorización después, en el plazo de 24 h.

En el mismo sentido declaró el Policía Municipal número NUM002 , afirmando que no recordaba las manifestaciones del acusado aunque si recordaba que le informaron de que era un control rutinario, y que el acusado no se negó al mismo , así como que no solicitaron autorización judicial.

Por ultimo el Policia Municipal NUM006 que practicó el informe pericial sobre los discos duros, explicó cómo se realizó el análisis del único disco duro que pudo ser examinado (uno de los dos discos enviados estaba estropeado), asegurando que se trata de un dispositivo de almacenamiento masivo, siendo necesario para conseguir la información del citado disco duro, tal y como se recoge en su informe, utilizar un software específico, se realiza una imagen forense, bit a bit, de los datos contenidos en los HDD, obteniendo los correspondientes algoritmos Hash y se extrae el archivo software para el objeto de la pericia .

Pues bien, de dichas pruebas, esta Sala debe acoger la pretensión de nulidad del recurrente que como se recoge en su escrito de recurso, que no se ha analizado por la juez a quo, a pesar de haberse alegado como cuestión previa y derivar dicho pronunciamiento en sentencia.

Debe decirse que se observa, en el fundamento cuarto de la sentencia, que por la juez a quo se recoge, que el acusado dejó que se hiciese la inspección en el locutorio y que permitió que se llevasen los ordenadores, por lo que podría entenderse que la juzgadora ha considerado que hubo consentimiento del acusado para la inspección y para que se llevasen los ordenadores, siendo este el motivo de no analizar si se ha vulnerado el derecho a la intimidad del recurrente, si bien nada recoge sobre el acceso al disco duro que se practicó con posterioridad, lo que debería haber sido tratado y motivado en la sentencia, fundándose únicamente en el consentimiento del titular, lo que debería haber sido motivado por la juez a quo. Si bien, ninguna nulidad se interesa por dicha falta de motivación por el recurrente.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, del examen minucioso de la prueba practicada en el acto del juicio oral, no puede llegar esta Sala a la conclusión de que el acusado consintiese que la Policía Municipal se llevasen los discos duros del ordenador y mucho menos que se accediese al contenido del mismo, como tampoco que

ofreciese un consentimiento valido al acceso a los propios ordenadores para extraer la información sobre los sistemas operativos de los mismos y ello por cuanto, no consta en la causa ningún consentimiento expreso del acusado y tampoco se desprende de las declaraciones prestadas, tanto por el acusado como por los policías municipales, que consintiese tácitamente el mismo, pues lo que ha asegurado el acusado y también los Policías, es que los citados agentes policiales acudieron al locutorio propiedad del acusado y le informaron de que se iba a realizar una inspección rutinaria del mismo, no diciendo nada al respecto el acusado, si bien en el trascurso de dicha inspección rutinaria, por los policías actuantes se accedió a los ordenadores, tras decirle al acusado que desbloquease las pantallas, que se hallaban bloqueadas, para poder acceder a los mismos, haciéndolo así el acusado, y tras el examen policial de los ordenadores para extraer la información sobre el sistema operativo de los mismos, le dijeron que se llevaban los discos duros y se los llevaron.

Mucho menos puede extraerse de los expuesto anteriormente que el acusado diese su consentimiento a que se realizase el análisis de los discos duros, que en ningún momento se le pidió a lo largo de la causa, a pesar de que para dicho análisis era necesario hacer una copia del disco, como se recoge en el informe pericial y expresó en el acto del juicio oral el Agente de la policía municipal que realizó el análisis e informe pericial, explicando que se realiza una imagen forense , "bit a bit", de los datos contenidos en los HDD intervenidos, esto es se realiza mediante una copia espejo o clonado del disco duro.

Así las cosas, no puede entenderse, del modo que se produjo la inspección del locutorio, que el consentimiento del acusado se realizase de manera tácita de forma inequívoca y libre, al no serle preguntado por dichos agentes policiales sobre si consentía el acceso a los ordenadores, ni informado de la investigación que estaban llevando a cabo sobre la posible comisión de un delito, en este caso, contra la propiedad intelectual por parte del mismo, limitándose el acusado a obedecer los mandatos policiales, encontrándose en el interior del local tres policías municipales, que indudablemente configura un entorno ambiental que aminora la serenidad del acusado. Sin que la falta de oposición signifique en todos los casos consentimiento tácito. (STS de 287/19 de abril de 2017). Y no consta que prestase verbalmente el mismo en el atestado policial, debiéndose resolver en cualquier caso la duda (que no se ha generado en este caso) en favor de la no autorización.

La reciente STS de 15 de junio de 2020 señala sobre el consentimiento que:

" a) El acto de comunicación debe ser consciente y libre, lo que exige que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase y que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial. Deber ser prestado en condiciones de serenidad y libertad ambiental.

b) Puede ser verbal o por escrito, pero debe quedar reflejo en el atestado me-diante la correspondiente diligencia.

c) Puede ser expreso o tácito, mediante actos propios, de colaboración o de no oposición que revelen de modo inequívoco la voluntad del sujeto, ya que las dudas sobre el consentimiento presunto habrán de resolverse en favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio libertas y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de inter-pretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona.

d) Debe ser realizado por el titular o usuario del equipo informático afectado y en relación a un asunto concreto del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos.

e) En el caso de que la cesión voluntaria de las claves de produzca en el contexto de una diligencia de entrada y registro y para cumplimiento de las previsiones establecidas en el auto judicial habilitante, será necesaria la presencia del Letrado de la Administración de Justicia.

f) Por último, no es requisito imprescindible que, en caso de detención, la cesión voluntaria de las claves se haga a presencia de Letrado y no lo es porque la ley no lo exi-ge y porque la manifestación del detenido tiene un alcance muy limitado y no supone per se una injerencia en el derecho a la intimidad, ya que para acceder al contenido de la in-formación alojada en el ordenador no basta con el consentimiento del interesado sino que se precisa autorización judicial. Sin embargo, la asistencia de Letrado es muy recomenda-ble y es expresión de una buena práctica porque aleja toda sombra de sospecha sobre las condiciones en que se produjo esa comunicación. Ya hemos dicho que la colaboración del detenido debe ser, en todo caso, libre, voluntaria y ajena a presiones ambientales, por lo que la presencia de Letrado y la ausencia de protesta en la práctica de la diligencia será un indicador de suma relevancia para evitar toda controversia posterior" .

Por las razones anteriormente expuestas, en el caso enjuiciado, no se ha acreditado que consta que el acusado prestase consentimiento.

Por otro lado el artº 588 sexies c . 5 último párrafo prohíbe expresamente que los agentes policiales encargados de la investigación puedan ordenar al acusado que desbloquease los ordenadores, que supone

una colaboración en el registro del dispositivo, que como ha resultado de la prueba practicada en modo alguno se cumplió.

Asi el artº 588 sexies c 5 recoge que "Las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mis-mo que facilite la información que resulte necesaria, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia."

Esta disposición no será aplicable al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional".

De otro lado, en este caso, los ordenadores no solo eran para el uso que pudiera hacer cualquier miembro de la familia del acusado, sino que el mismo era utilizado por numerosas personas al tratarse de un locutorio y estar los ordenadores dispuestos para el uso de los clientes que utilizaban los mismos, con independencia de si el acusado cobraba o no por el tiempo de utilización del ordenador, por lo que el disco duro de los ordenadores podrían contenerse datos íntimos de terceras personas que utilizaban los mismos y que no fuesen compartidos.

En este sentido el Tribunal supremo ha recogido, en su sentencia número 287/2017, de 19 de abril, referido al registro de un ordenador utilizado por todo el entorno familiar, que con el simple consentimiento de uno de los miembros que se considera válido cuando se trata de incorporar documentos digitales a un dispositivo de almacenamiento masivo compartido, si bien el consentimiento de uno de los usuarios no deberá resultar suficiente cuando pudiera existir conflicto de intereses entre ellos (STC nº 22/2003, de 10 de febrero).

Siendo así, reiteramos, no hubo consentimiento valido por parte del acusado para que los policías municipales tuviesen acceso a los ordenadores ni durante la inspección ni con posterioridad.

TERCERO .- En cuanto a la autorización judicial, los policías municipales actuantes en ningún momento consideraron que debieran pedir autorización judicial para la realización de dichos accesos y en consecuencia no solicitaron la misma, por lo que se contravino lo dispuesto en la LEcriminal sobre el Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, entre los que se encuentra el disco duro de un ordenador, y que se han regulado por LO Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. (en vigor desde el 06/12/2015.) que recoge:

Art Artículo 588 sexies a. Necesidad de motivación individualizada.

1. Cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legi-timan el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.

2. La simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente.

Artículo 588 sexies b. Acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del investigado.

La exigencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior será también aplicable a aquellos casos en los que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario. En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del juez la incautación de tales efectos. Si éste considera indispensable el acceso a la in-formación albergada en su contenido, otorgará la correspondiente autorización.

Artículo 588 sexies c. Autorización judicial.

1. La resolución del juez de instrucción mediante la que se autorice el acceso a la información contenida en los dispositivos a que se refiere la presente sección, fijará los términos y el alcance del registro y podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Fijará también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial.

2. Salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o exis-tan otras razones que lo justifiquen, se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello

pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos.

3. Cuando quienes lleven a cabo el registro o tengan acceso al sistema de información o a una parte del mismo conforme a lo dispuesto en este capítulo, tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte de él, podrán ampliar el registro, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para este. Esta ampliación del registro deberá ser autorizada por el juez, salvo que ya lo hubiera sido en la autorización inicial. En caso de urgencia, la Policía Judicial o el fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al juez inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación.

4. En los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida.

5. Las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en deli-to de desobediencia.

Esta disposición no será aplicable al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional"

Efectivamente, la entrada en el locutorio propiedad del acusado se produjo a fin de practicar una inspección del local, si bien dicha inspección iba dirigida, como aseguraron los citados policías Municipales, para comprobar si los ordenadores tenían licencias para el uso de software, y en este caso como el acusado no les presentó las licencias, se procedió a acceder a los mismos, diciéndole que los desbloqueara y así podrían examinar si tenía los programas de Windows, Microsoft office, mediante la licencia para análisis de sistemas operativos que portan, extrayendo los datos a fin de remitirlos a Microsoft, incautándose los discos duros (dispositivos de almacenamiento masivo) de los ordenadores, que posteriormente fueron analizados pericialmente , aunque como se ha dicho tan solo pudo realizarse respecto de uno de ellos, por estar dañado el segundo de los discos duros, sin que tal incautación les permite acceder al contenido de los mismos.

Por tanto, se concluye que, en primer lugar, se llevó a cabo un acceso a los ordenadores del acusado, que tuvieron que ser abiertos para poder extraer la información y con posterioridad un acceso al contenido del disco duro sobre el que además se hizo una copia de todo el contenido del mismo, que en ambos casos hubiera requerido autorización judicial, al tratarse de una invasión del entorno digital del acusado, quedando afectado el derecho a su intimidad.

En este sentido la STS n.º 786/2015, de 4 de diciembre , recoge que "La jurisprudencia de esta Sala ha recordado la necesidad de que exista una resolución jurisdiccional habilitante para la invasión del derecho al entorno digital de todo investigado. Como hemos indicado supra, esa resolución ha de tener un contenido propio, explicativo de las razones por las que, además de la inviolabilidad domiciliaria, se alza la intimidad reflejada en el ordenador. Nuestro sistema no tolera el sacrificio de los derechos proclama-dos en los apartados 3 y 4 del art. 18 de la CE a partir de una legitimación derivada, de suerte que lo que justifica un sacrificio se ensanche hasta validar implícitamente otra restricción. Esta idea tiene ya un reflejo normativo en el art. 588 sexies a) 1º de la LECrim , según el cual " cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos". Añade el apartado 2º del mismo precepto que " la simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente".

Se trata, por tanto, de una regulación rupturista, que pretende abandonar prácticas en las que la autorización judicial para la entrada en el domicilio del investigado amparaba cualquier otro acto de injerencia, incluso cuando desbordara el contenido material del derecho reconocido en el art. 18.2 de la CE . Lo que el legislador pretende, por tanto, es que el Juez de instrucción exteriorice de forma fiscalizable las razones que justifican la intromisión en cada uno de los distintos espacios de exclusión que el ciudadano define frente a terceros."

La circular de la Fiscalía General del Estado 5/2019, de 6 de marzo, recoge que, para acceder a dispositivos de almacenamiento masivo de información, es necesaria la autorización judicial. En concreto esta última señala que "la capacidad para recoger y conservar datos de muy diferente índole permite que el acceso a los mismos pueda llegar a afectar de manera intensa a diversos derechos fundamentales y, de ahí, la naturaleza y exigencias de la regulación legal. Esta idea, ya reconocida por la jurisprudencia, deriva de la consideración de los ordenadores como algo más que un instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad del usuario, con cita de la STS nº 342/2013, de 17 de abril "

En el presente caso, no existía ninguna autorización judicial previa, porque no se trataba de una entrada y registro, que además no se produjo en el domicilio del acusado sino en el local comercial del negocio que regentaba, un locutorio, pero no obstante, como se ha dicho, no existía un consentimiento valido para el acceso a los ordenadores y a pesar de ello, no se solicitó autorización judicial, como tampoco se comunicó inmediatamente al Juez competente, como exige el artº 588 sexies. c 4º. dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, en aquello casos de urgencia, en escrito motivado, haciendo constar las razones que justifica-ron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado a fin de que se ratificara o revocara tal actuación por el órgano judicial.

Y tampoco se solicitó dicha autorización judicial, que es exigible a la luz del artº 588 sexies b/ y c/ de la LEcrim para acceder a los discos duros del ordenador, sobre los que se realizó una copia bit a bit. Por lo que no habia autorización habilitante para el volcado del contenido de los discos duros.

qDe otro lado, en este caso, los ordenadores no solo eran para el uso que pudiera hacer cualquier miembro de la familia del acusado sino que el mismo era utilizado por numerosas personas al tratarse de un locutorio y estar los ordenadores dispuestos para el uso de los clientes que utilizaban los mismos, con independencia de si el acusado cobraba o no por el tiempo de utilización del ordenador, por lo que el disco duro de los ordenado-res podrían contenerse datos íntimos de terceras personas que utilizaban los mismos y que no fuesen compartidos. En este sentido el Truibunal Supremo ha recogido, en su sentencia número 287/2017, de 19 de abril, referido al registro de un ordenador utilizado por todo el entorno familiar, que con el simple consentimiento de uno de los miembros que se consi-dera válido cuando se trata de incorporar documentos digitales a un dis-positivo de almacenamiento masivo compartido, si bien el consentimiento de uno de los usuarios no deberá resultar suficiente cuando pudiera exis-tir conflicto de intereses entre ellos (STC nº 22/2003, de 10 de febrero).

Es al órgano judicial al que corresponde tomar en consideración la necesidad de sacrificar, los derechos que confluyen en el momento de acceder, en este caso, al con-tenido del ordenador y los discos duros.

La STS, Penal sección 1 del 15 de junio de 2020, anteriormente recogida, en un supuesto de registro domiciliario, ha recogido que "El acceso al contenido de la información alojada en un equipo informático requiere una habilitación judicial específica, distinta de la concedida para una entrada y registro. Lo dijo antes la jurisprudencia y lo dice ahora la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El actual artículo 588 sexies a) de la LECrim dispone: " 1. Cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.

2. La simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente".

El acceso a la información contenida en un ordenador precisa de una justificación singularizada y distinta de la que se exige para una entrada y registro en domicilio, bien en el mismo auto, bien en resoluciones independientes. Un ordenador no es una simple pieza de convicción ocupada en un registro. Tiene una naturaleza distinta y la doctrina de esta Sala anterior a la reforma legislativa de 2015 así lo había declarado en una línea doctrinal constante.

Citaremos por su claridad la STS 342/2013, de 17 de abril, en la que se puede leer lo si-guiente:

"(...) El acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado, no queda legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda ex-puesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar -de hecho, normalmente albergará- información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los pode-res públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No to-dos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal.

La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio en-torno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital. Sea como fuere, lo cierto es que tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante (...)".

En ese mismo sentido se han pronunciado, entre otras muchas la STC 173/2011, de 7 de noviembre y SSTS 864/2015, de 10 de diciembre y 342/2013, de 17 de abril."

Igualmente la STS, Penal sección 1 del 10 de marzo de 2016 que recogía sobre la necesidad de autorización judicial que "La razón de ser de la necesidad de esta autorización con carácter generalizado es la consideración de estos instrumentos como lugar de almacenamiento de una serie compleja de datos que afectan de modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones a través de sistemas de mensajería, por ejemplo, tuteladas por el art 18 3º CE , contactos o fotografías, por ejemplo, tuteladas por el art 18 1º CE que garantiza el derecho a la intimidad, datos personales y de geolocalización, que pueden estar tutelados por el derecho a la protección de datos, art 18 4º CE). La consideración de cada uno de estos datos de forma separada y con un régimen de protección diferenciado es insuficiente para garantizar una protección eficaz, pues resulta muy difícil asegurar que una vez permitido, por ejemplo, el acceso directo de los agentes policiales a estos instrumentos para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (por ejemplo, los contactos incluidos en la agenda), no se pue-da acceder o consultar también otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo. Es por ello por lo que el Legislador otorga un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho consti-tucional de nueva generación que es el derecho a la protección del propio entorno virtual

....

La STC 173/2011, 7 de noviembre, recuerda la importancia de dispensar protección constitucional al cúmulo de información personal derivada del uso de los instrumentos tecnológicos de nueva generación. Allí puede leerse el siguiente razonamiento: " si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) -por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de con-versación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información".

Razones todas ellas, por las que la Sala considera que se ha vulnerado el derecho a la intimidad, del acusado previsto en el artº 18.1 de la CE , en el modo ya expuesto, acogiéndose la cuestión previa de nulidad planteada por el recurrente, al no haber contado con el presupuesto habilitante de una autorización judicial el acceso a los contenido de los ordenadores y discos duros de los mismos.

Y en cuanto a los efectos que dicha declaración de nulidad tiene en el enjuiciamiento de los hechos, es la revocación de la sentencia de instancia y la absolución del acusado, por cuanto ni de la declaración del acusado, que aseveró haber comprado el ordenador con las licencias instaladas, y por tanto no reconociendo los hechos por lo que venía siendo acusado, ni de las declaraciones prestadas por los Policías Municipales actuantes que accedieron a los ordenares e incautaron los discos duros y posteriormente el análisis pericial sin autorización judicial, como tampoco de la representante de Microsoft, sobre los datos que le remitió la policía Municipal extraídos en la forma anteriormente expuesta de los ordenadores, se extrae prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado que le reconoce el artº 24 de la Constitución española.

El sentido del art. 11.1 de LOPJ implica no sólo que no es posible valorar las pruebas obtenidas directamente con la vulneración del derecho fundamental, sino también que no pueden ser utilizados legítimamente como medios de investigación, o como datos para iniciar u orientar una investigación penal, aquellos que hayan sido obtenidos violentando los derechos o libertades fundamentales.

TERCERO .- Las costas procesales se deben declarar de oficio.

Vistos, además de los citados, los preceptos legales de general aplicación.

F A L L O

QUE ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado Don Gerardo , **REVOCAMOS** la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 18 de Madrid, de fecha 6 de marzo de 2020 dictada en la causa de referencia y le **absolvemos** del delito de contra la propiedad intelectual por el que había sido condenado, declarando de oficio las costas procesales ocasionadas.

Notifíquese a las partes la presente sentencia, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el nº 1º del art. 849 de la LECrim. Líbrese testimonio de esta sentencia y remítase juntamente con los autos principales al Juzgado de su procedencia para que se lleve a efecto lo acordado.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.