

La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Régimen jurídico, política criminal y realidad del “top manta”

Margarita Martínez Escamilla

Universidad Complutense de Madrid

Abstract*

La venta callejera con fines de supervivencia de mercancías propias de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, fue objeto de atención por la LO 5/2010, de modificación del Código penal, que introdujo la falta del antiguo art. 623.5 CP cuando el beneficio obtenido no superaba los 400 €. La reforma penal operada por la LO 1/2015 ha supuesto un especial endurecimiento del castigo del denominado “top manta” y ha modificado la configuración típica de la venta callejera. En este artículo analizaremos las consecuencias de la nueva penalidad y también los principales cambios en la descripción de las conductas típicas. La situación de los vendedores callejeros constituye un paradigma de la exclusión social operada desde las normas. En su mayoría inmigrantes, su irregularidad administrativa les coloca en una situación de marginación, de ilegalidad. Sin permiso de trabajo, la venta ambulante es de las pocas posibilidades de lograr un sustento precario. Este trabajo concluye poniendo de manifiesto la necesidad de que situaciones de exclusión como las descritas sean tenidas en cuenta en la determinación de la responsabilidad penal.

Der Straßenverkauf von Waren zum Zweck des Überlebens, die unter dem Verbrechen gegen das geistige oder gewerbliche Eigentum fällt (das sog. „Top manta“), wurde Gegenstand der Regelung des Gesetzes 5/2010 zur Reform des Strafgesetzbuchs. Durch dieses Gesetz wurde ein milder Tatbestand in Art. 623.6 spanischen StGB eingefügt, der die Fälle umfasst, in denen der Gewinn 400 € nicht überstieg. Das spätere Gesetz 1/2015 verschärfte die Strafe, und modifizierte die Gestaltung des tatbestandsmäßigen Verhaltens. In dem vorliegenden Beitrag werden die Konsequenzen des neuen Strafrahmens sowie die wichtigsten Änderungen analysiert, die die tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen als Folge der oben erwähnten Gesetzesänderung erfahren haben. Die Situation der Straßenhändler stellt ein Paradigma der durch die Rechtsvorschriften verwirklichten sozialen Ausgrenzung. Die meisten Straßenhändler sind Einwanderer, und ihr unerlaubter Aufenthalt führt sie zu einer Situation der Ausschließung. Für Menschen ohne Arbeitserlaubnis stellt der Straßenverkauf eine der wenigen Möglichkeiten eines Lebensunterhalts dar. Zum Abschluss bringt der vorliegende Beitrag die Notwendigkeit zum Ausdruck, die beschriebenen Situationen sozialer Ausgrenzung bei der Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu berücksichtigen.

Illegal street vending, for survival purposes, of merchandise involving crimes against intellectual property and industry was a controversial aspect of Act 5/2010, a modification of the Penal Code, which made street vending an offense punishable as a misdemeanour if the profit did not exceed 400€. The criminal law reform enacted by Act 1/2015 is a significant hardening of the punishment imposed on Spain's street vendors known as 'top manta,' which refers to the vendors who display their goods on top of a blanket. This paper analyses the consequences of the most recent types of punishment, as well as the main changes in the technical description of illegal behaviours. The situation of the street vendors represents a current paradigm of social exclusion that has come about through the law. The vendors are mostly migrants who, due to their irregular status, are in a situation of marginalization and illegality. Without work permits, street vending is one of the few opportunities to obtain daily sustenance. This paper concludes by highlighting the need to take into account situations of social exclusion in the determination of criminal responsibility.

* Esta contribución ha sido escrita en el marco del Proyecto I+D+i “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (IUSMIGRANTE), [DER2016-74865-R (AEI/FEDER, UE)].

Titel: Der Straßenverkauf als Straftat gegen das geistige und gewerbliche Eigentum: rechtliche Behandlung, Kriminalpolitik und Realität.

Title: Street vending in crimes against intellectual and industrial property: legal regime, criminal policy and the reality of street vending known as "top manta".

Palabras clave: venta ambulante, "top manta", delitos contra la propiedad intelectual, delitos contra la propiedad industrial, delitos leves, delitos menos graves, exclusión social.

Sichwörter: Straßenverkauf, Verbrechen gegen das geistige Eigentum, Verbrechen gegen das gewerbliche Eigentum, soziale Ausgrenzung und Kriminapolitik.

Keywords: Illegal street vending, crimes against intellectual property and industry, crimes against intellectual and industrial property, social exclusion.

Sumario

1. Introducción

2. Antecedentes legislativos y jurisprudenciales

2.1. El progresivo endurecimiento de la regulación penal. Líneas jurisprudenciales

2.2. Especial consideración a la introducción de la falta contra la propiedad intelectual e industrial por la LO 5/2010, de 22 de junio. Sus causas y consecuencias

2.3. Valoración de la reforma operada por la LO 5/2010

3. La venta ambulante en la LO 1/2015, de 30 de marzo. Su considerable incremento punitivo

3.1. La venta ambulante u ocasional: ¿delito leve o menos grave?

3.2. Consecuencias derivadas de la nueva penalidad

4. Configuración de la conducta típica

4.1. En los delitos contra la propiedad intelectual

4.2. La conducta típica en los delitos contra la propiedad industrial. Especial consideración al "riesgo de confusión" del producto

5. Exclusión social y política criminal

6. Tabla comparativa de regulaciones

7. Tabla de jurisprudencia citada

8. Bibliografía

1. Introducción

La reforma del Código penal operada por la LO 1/2015 ha modificado, de nuevo, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial y con ello el castigo de la venta ambulante de obras y mercancías propias de estos tipos penales, que ha experimentado un severo endurecimiento. La desaparición de las faltas, en contra de lo declarado en el Preámbulo de la LO 1/2015, ha conllevado un incremento punitivo de conductas de mínima si no nula lesividad, que en el caso de la venta ambulante se acrecienta por la duda –producto de la mala técnica e imprevisión de esta reforma– de si estamos ante un delito leve o menos grave. La Fiscalía General del Estado se muestra a favor de la interpretación más rigurosa, sosteniendo que el tipo penal de venta ambulante u ocasional, atenuado en consideración a las características del culpable y al escaso beneficio, es un delito menos

grave, con las más gravosas consecuencias que ello conlleva para aspectos como la prescripción, antecedentes penales y otras cuestiones de gran incidencia en la situación jurídica y humana de estas personas que delinquen vendiendo sus mercancías por las calles, las plazas o los bares.

Este endurecimiento punitivo será analizado en el epígrafe 3, no sin antes hacer un breve repaso por la evolución legislativa de estos delitos, en la que prestaremos especial atención a la reforma introducida por la LO 5/2010, pues por primera vez, aunque no de una forma satisfactoria, se prestó atención a la venta con fines de supervivencia (epígrafe 2). Además de atender a la nueva penalidad, repasaremos las novedades introducidas por la LO 1/2015 en la configuración de la venta ambulante como conducta típica y, respecto a los delitos contra la propiedad industrial, nos detendremos en el debate sobre el bien jurídico protegido y sobre la capacidad del criterio “riesgo de confusión” para dotar a estas conductas de un mínimo de lesividad que justifique la intervención penal (epígrafe 4).

La complejidad técnica de las cuestiones abordadas no sería excusa para terminar este trabajo sin una mirada a la realidad humana del “top manta”. Si bien existen otras modalidades diferentes de venta ambulante con fines de supervivencia, el “top manta” ha sido durante mucho tiempo su cara más visible y probablemente también la más perseguida. La mayoría de estas personas son inmigrantes sin la exigida autorización administrativa y ello confiere una especial complejidad a su situación, que constituye un ejemplo paradigmático de exclusión social operada desde las normas. La lucha contra la inmigración irregular finalmente se traduce en la lucha contra el o la inmigrante, a quien, especialmente cuando no tiene “papeles”, se le condena a la clandestinidad y a la exclusión. Su escuálido estatuto jurídico ni siquiera incluye el derecho al trabajo abocándole a la economía sumergida y a la explotación. Sin permiso de trabajo, la venta ambulante es de las pocas actividades laborales que pueden desarrollar estas personas para la obtención de un sustento precario. No puede concluirse este trabajo sin poner de manifiesto el desafío que estas situaciones de exclusión social plantean a los diversos intentos de fundamentación jurídico-política de la pena y la necesidad de ser tenidas en cuenta en la concreción de la responsabilidad penal (epígrafe 5).

2. Antecedentes legislativos y jurisprudenciales

La doctrina penal coincide en la importancia de conocer la evolución normativa de estos delitos para así poder entender y valorar adecuadamente la actual regulación de la distribución ambulante u ocasional. A continuación mencionaré los principales hitos de esta evolución, centrándome en aquellos aspectos que afectan a la venta callejera (2.1.), prestando especial atención a la reforma operada por la LO 5/2010, que articuló por primera vez una especial respuesta para la distribución al por menor en atención a las características del culpable y a la escasa cuantía del beneficio obtenido, es decir, pensando en el fenómeno del “top manta” (2.2.). Esta reforma ha sido objeto de una dura crítica –a mi juicio poco matizada– por parte de la doctrina, a la que me referiré para concluir este epígrafe (2.3.).

2.1. El progresivo endurecimiento de la regulación penal. Líneas jurisprudenciales

Inicialmente la protección penal de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial se llevaba a cabo a través del tipo penal en blanco consagrado en el art. 534 CP, que castigaba a quienes infringieran intencionalmente los derechos de autor y los derechos de propiedad intelectual, sin mayor especificación. La LO 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaba la Sección III del Capítulo 4º, Título XIII del Libro II del Código penal y que fue coetánea de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual, introdujo en el Código penal los arts. 534 bis a) ss., donde ya se especificaban cuáles eran las conductas constitutivas de delito contra la propiedad intelectual. Los delitos contra la propiedad intelectual se mantuvieron sin mayor precisión en el antiguo art. 534 y no es hasta el Código penal de 1995 que se procede a la descripción de las conductas penalmente típicas en los arts. 273 ss., situándose tanto los delitos contra la propiedad intelectual como contra la propiedad industrial en el Capítulo XI: “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, incluido en el Título XIII: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”¹.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo una serie de cambios² que supusieron un paso decisivo en la represión de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al menos en la represión de la venta callejera. Entre las modificaciones introducidas por dicha Ley conviene destacar tres que influyeron notablemente en las conductas que nos ocupan: en primer lugar, se endurecieron las penas. La pena de multa –cuyo mínimo pasa de seis a doce meses– y la pena de prisión han de imponerse ahora cumulativamente en ambos tipos de delitos: pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses. Otro cambio de gran repercusión fue la conversión de estos delitos en delitos públicos, al desaparecer el requisito de la denuncia previa, lo que “supuso una auténtica revolución para los usos policiales” en cuanto legitimaba a las Fuerzas de Seguridad a actuar de oficio y permitió en su día organizar operaciones policiales contra la venta callejera que en un determinado momento llegaron a provocar la práctica desaparición de los “manteros” del paisaje urbano³. Asimismo se incluyó la posibilidad de realizar el ofrecimiento de acciones (art. 771.1ª LECrim) a las entidades de gestión de los derechos de autor, reconociéndolas como legitimadas para ejercer la acción penal. Este cambio en el régimen de perseguibilidad reforzó la iniciativa del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas. Como recogía la Circular 1/2006: “Los Fiscales deberán observar, por tanto, en esta clase de delitos, como en todos los delitos públicos, una posición activa y vigilante en relación con la aportación al procedimiento de las

¹ Con detalle sobre la evolución de los delitos contra la propiedad intelectual hasta el Código penal de 1995, vid. GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual. De la reforma de 1987 al Código penal de 1995*, 1998, pp. 27 ss.

² Con detenimiento sobre la reforma operada en estos delitos por la LO 15/2003, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España», *DPC*, (30-88), 2009, pp. 103 ss.

³ VALLÉS CAUSADA, «Guardia Civil y defensa de la propiedad intelectual», en *Colección de Estudios de Derecho Judicial*, (129), 2007, p. 203. Como recoge este autor, “un buen ejemplo sería la Operación Madrid Plus, llevada a cabo en la Comunidad Autónoma de Madrid a finales del 2005, en la que actuaron de forma conjunta la Guardia Civil, el CNP, la Agencia Tributaria y las policías locales de la CAM (especialmente la de Madrid Capital). Su principal resultado fue la desaparición *de facto* durante varios meses de los *manteros* de las calles de Madrid” (p. 203, nota 26).

pruebas que sirvan para acreditar los hechos delictivos, procurando no caer en la peligrosa inercia de dejar la incorporación exclusiva de las pruebas a las partes...⁴. Por último, conviene destacar que los delitos contra la propiedad intelectual e industrial flagrantes se incorporaron al catálogo de delitos de juicios rápidos (arts. 795 y ss. LECrim), lo que según la citada Circular “evidencia el claro propósito de dar una respuesta inmediata y eficaz a las formas más generalizadas de ataque a estos derechos que vienen representados en nuestra sociedad por la figura del ‘top manta’”^{5 6}.

Resulta a mi juicio dudoso, sobre todo en relación con los delitos contra la propiedad intelectual, que este endurecimiento punitivo se tradujera en una mayor y mejor protección de los bienes jurídicos, pues pronto la relevancia de la piratería física cedió frente a otras conductas como por ejemplo las descargas a través de internet. No cabe duda sin embargo de que las mencionadas reformas fueron eficaces en la persecución policial y castigo penal del último y más expuesto eslabón de la cadena⁷.

Pero no sólo los antecedentes normativos son importantes para entender la actual regulación y poder valorarla, también resulta necesario atender a su aplicación. La dureza de la regulación determinó la convivencia de dos tendencias jurisprudenciales: la que aplicaba los arts. 270 y 274 CP en todo su rigor y la que buscaba la absolución con argumentos de diferente índole. Me referiré a los delitos contra la propiedad intelectual para sistematizar esta jurisprudencia⁸, donde hallamos Sentencias que fundamentan la absolución en la insuficiencia de la actividad probatoria sobre los elementos del tipo, absolviendo por no haberse practicado pericial alguna que demuestre el carácter de copia ilegítima del contenido de los CDs y DVDs incautados⁹, o por no haber quedado acreditado que las copias se hubieran realizado sin la autorización de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual o sus cesionarios, debiendo además acreditar de forma documental las

⁴ “Circular 1/2006 sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003”, p. 6.

⁵ “Circular 1/2006 sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003”, pp. 6-7.

⁶ Sobre la evolución legislativa de los delitos contra la propiedad intelectual, vid. por todos TIRADO ESTRADA, *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital (Análisis tras la reforma del Código penal de 2015)*, 2016, pp. 82 ss. Sobre la evolución legislativa de los delitos contra la propiedad industrial vid., por ejemplo, CASELLES FORNES, *Derecho de marcas y proceso penal*, 2017.

⁷ Según datos que la Policía Municipal de Madrid habría aportado al diario *La Razón*, desde enero a noviembre de 2008 se habían practicado más de seiscientos ochenta detenciones por delitos de ese tipo. Son datos de un artículo firmado por BOULLOSA, «Cerco al top-manta», aparecido en *La Razón*, el 13 de enero de 2009.

⁸ El resumen jurisprudencial que a continuación se expone ha sido tomado de MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Distribución al por menor (“top manta”) en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial», en *Memento Experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 259-260. Extensamente sobre esta jurisprudencia vid. por todos CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, «¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)», *InDret*, (2), 2007. También encontramos referencias jurisprudenciales en LLORIA GARCÍA, «“Top manta” y “top mochila”. Algunas reflexiones sobre su ilicitud penal a la vista de la jurisprudencia más reciente», en PALAO MORENO/PLAZA PENADÉS, (dirs.), *Nuevos retos de la propiedad intelectual. Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, 2009, pp. 195 ss.; o en RODRÍGUEZ MORO, *Tutela penal de la propiedad intelectual*, 2012, pp. 502 ss.

⁹ SAP de Madrid, Sec. 7^a, de 19 de junio de 2006, citando otras que habrían resuelto en el mismo sentido o la SAP de Barcelona, Sec. 2^a, de 25 de marzo de 2004, entre otras muchas.

entidades gestoras los respectivos contratos de gestión en vigor¹⁰, o por ausencia de dolo, al aceptarse que el acusado pensaba que eran discos defectuosos y de ahí su bajo precio¹¹.

Otras Sentencias, por el contrario, fundamentan el fallo absolutorio en una interpretación restrictiva de los elementos del tipo basada en consideraciones dogmáticas de diversa índole. Por ejemplo, se afirma que no basta la exhibición del material, sino que es necesaria la efectiva transmisión¹², o que el concepto de “distribución” empleado por el art. 270 CP puede ser interpretado como no inclusivo de la venta callejera. También encontramos resoluciones que niegan el elemento “en perjuicio de tercero” o que argumentan que el “ánimo de lucro” ha de entenderse no sólo como persecución de un beneficio patrimonial, sino como “finalidad comercial”, que exigiría, al menos, un mínimo de infraestructura comercial¹³. Asimismo encontramos resoluciones que entienden que la necesidad de una mínima organización es un elemento del tipo del 270 CP, o que este sólo sanciona la reproducción en masa o su distribución en grandes cantidades¹⁴.

Por último, buena parte de la jurisprudencia que intenta la absolución de los “manteros”, apelaba en sus razonamientos a los principios constitucionales limitadores del *ius puniendi*, tales como el principio de mínima intervención, afirmando que en el ámbito del art. 270 sólo deberían subsumirse las conductas más graves¹⁵, el de subsidiariedad, debiendo ser abordadas tales lesiones de la propiedad intelectual desde el Derecho civil y el Derecho administrativo¹⁶ y, por supuesto, se argumenta la absolución sobre la base del principio de proporcionalidad¹⁷ o apelando a varios criterios a la vez¹⁸.

¹⁰ SAP de Badajoz, Sec. 1ª, de 16 de abril de 2004; SAP de Madrid, Sec. 17ª, de 5 de noviembre de 2007; SAP de Madrid, Sec. 17ª, de 21 de abril de 2008. También requiere la prueba del contenido falsificado y de la ausencia de consentimiento del titular, la SAP de Madrid, Sec. 17ª, de 29 de octubre de 2004, entre otras.

¹¹ Poniendo de manifiesto la Sentencia que los discos tenían la apariencia de originales (SAP de Madrid, Sec. 17ª, de 29 de octubre de 2004).

¹² En este sentido, SAP de Pontevedra, Sec. 2ª, de 26 de octubre de 2007, que argumenta esta conclusión de la siguiente manera: “el art. 270 CP ya adelanta suficientemente la protección del interés protegido castigando conductas de mera puesta en peligro del mismo: las de reproducción y almacenamiento, que en sí no suponen un peligro para el bien jurídico protegido sino cuando van destinados a la comercialización de los mismos. Por tanto, el precepto castiga actos preparatorios previos a la comercialización. Por el contrario, la distribución supone ya la lesión del bien jurídico protegido, cuando se agota la comercialización por actos de venta, alquiler, préstamos; en cambio, la simple oferta no contiene aún una lesión del bien jurídico protegido. Por ello, no resulta necesario para la protección del derecho de explotación exclusiva, sino totalmente desproporcionado e incoherente con el principio de intervención mínima, el castigo de la mera oferta sin almacenaje y sin reproducción. De hecho, si lo hace para los delitos contra la propiedad industrial: ‘poseer’ y ‘ofrecer’”.

¹³ SAP de Barcelona, Sec. 10ª, de 15 de junio de 2004.

¹⁴ SSAP de Burgos, Sec. 1ª, de 26 de noviembre de 2004 y de 6 de octubre de 2006, donde se apela al principio de mínima intervención para fundamentar esta interpretación.

¹⁵ SSAP de Burgos, Sec. 1ª, de 26 de noviembre de 2004 y de 6 de octubre de 2006.

¹⁶ Como la SAP de Barcelona, Sec. 7ª, de 8 de febrero de 2006, que argumenta que contra estas conductas “la lucha no pasa por la aplicación del Derecho penal, sino por la aplicación de normas de orden público, que impiden este tipo de ventas”.

¹⁷ SAP de Barcelona, Sec. 10ª, de 15 de junio de 2004, que afirma que aún en el supuesto de considerarse probado el ánimo comercial, la conducta no debería subsumirse en el art. 270 por imperativo del principio de proporcionalidad.

¹⁸ SAP Bilbao, Sec. 2ª, de 25 de marzo de 2008.

La anterior sistematización de los razonamientos en los que se podía basar la absolució, no debe llevarnos a pensar que esta jurisprudencia era absolutamente mayoritaria y que los preceptos penales en cuestió no se estaban aplicando. Muy al contrario, un amplio sector jurisprudencial no entendía posible la aplicació restrictiva de los elementos del tipo y mucho menos posible la aplicació directa de principios limitadores del *ius puniendi* al considerar que "el principio de mínima intervenció no es un principio de la interpretació del Derecho penal, sino de la política criminal que se dirige fundamentalmente al legislador. Sólo puede operar como criterio regulador de la interpretació de las normas penales de manera mediata, pero sin que en ningún caso pueda servir para invalidar una interpretació de la Ley ajustada al principio de legalidad"¹⁹.

2.2. Especial consideració a la introducció de la falta contra la propiedad intelectual e industrial por la LO 5/2010, de 22 de junio. Sus causas y consecuencias

La evolució mencionada configuró una regulació muy severa que determinó que a finales de 2008 se detectaran decenas de personas en prisió cumpliendo penas privativas de libertad por vender en el "top manta". Se trataba de una realidad humana tremendamente dura²⁰, que dio lugar a que en el 2009 se iniciara una movilizació social, en la que los propios vendedores callejeros, desafiando los riesgos de detenció y expulsió que lleva añadidos el no tener "papeles", junto con otros colectivos sociales comenzaron a denunciar la desproporció del castigo, a solicitar que no hubiera "ni un mantero en prisió"²¹ y que se despenalizara el "top manta". Cada vez más voces hicieron suya esta causa. Desde el ámbito jurídico también se pidió la despenalizació de la venta ambulante por entender que su castigo conculcaba principios limitadores del Derecho penal. También se unieron numerosos profesionales del mundo cultural y artístico y titulares del Derecho de propiedad intelectual que entendían que sus derechos no debían ser protegidos de una manera tan desproporcionada, creándose una plataforma de artistas desde donde se solicitaban indultos e incluso se llegó a pagar multas para que la pobreza no incrementara más el encierro en prisió. La campaña tuvo una considerable repercusión mediática.

Sin entrar en mayores pormenores de esta movilizació social, no puedo dejar de mencionarla porque coincidió con la tramitació del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal que

¹⁹ En palabras de la SAP Madrid, Sec. 7ª, de 6 de noviembre de 2008, con cita de resoluciones del Tribunal Supremo. También la SAP Lleida, Sec. 1ª, de 16 de enero de 2008, que insiste en que el principio de ultima "ratio", "aun pudiendo servir de orientació, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijació de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervenció del derecho penal", o la SAP Málaga, Sec. 7ª, de 23 de abril de 2008, entre otras muchas. Otros ejemplos de Sentencias condenatorias: SAP Barcelona, Sec. 10ª, de 7 de abril de 2005, o la SAP Zaragoza, Sec. 3ª, de 17 de febrero de 2005, SAP Cádiz, Sec. 2ª, de 2 de septiembre de 2008.

²⁰ En palabras de un miembro de la Asociació Sin Papeles de Madrid: "Antes de venir aquí, nadie ha tenido ni un problema con la poli. Tu primera vez en un calabozo, lloras como un niño y es el peor día de tu vida. Luego ya te vas acostumbrando. Eso sí, si tus padres se enteran de que pasas por eso, se mueren. Es muy desproporcionado, estar en la cárcel por vender. Compartes el espacio con grandes criminales, que se ríen de ti y no se pueden creer que estés en la cárcel por vender CDs. Se ríen y dicen que para eso mejor podíamos haber vendido droga, que ganas más 'pasta'". (MARTÍNEZ ESCAMILLA/ASOCIACió SIN PAPELES DE MADRID, «"La manta" y la hospitalidad en el Código penal que nos amenaza», en PEÑA/AUSÍN (eds.), *Pasando Fronteras. El valor de la movilidad humana*, 2015, p. 136).

²¹ En alusión a uno de los eslóganes de la campaña. Sobre esta movilizació, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Ni un mantero en prisió. Historia de una campaña», *Revista Mugak*, (52), 2010, pp. 17-19.

cristalizó en la Ley Orgánica 5/2010. En buena medida la campaña por la despenalización del “top manta” determinó que el legislador por primera vez prestara atención a la distribución al por menor con fines de supervivencia²², si bien las fuerzas parlamentarias del momento y los avatares de la tramitación determinaron la creación de un tipo atenuado (art. 270.1 segundo párrafo) para las distribución al por menor “atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico”, que pasaba a considerarse falta cuando el beneficio obtenido era inferior a cuatrocientos euros²³.

2.3. Valoración de la reforma operada por la LO 5/2010

Como se ha puesto de manifiesto, la regulación introducida por la LO 5/2010 no era la perseguida por los implicados en la movilización social que reclamaba la despenalización. No obstante, desde estos sectores se entendió que la reforma suponía una mejora respecto de la situación anterior en cuanto la nueva falta del art. 623.5 CP establecía una pena de localización permanente o multa frente a la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses de la regulación precedente. Este significativo cambio, si bien no excluía por completo el ingreso en prisión, que podía seguir produciéndose por impago de la multa, sí lo reducía notablemente al desaparecer la pena de prisión como pena principal y establecerse una pena alternativa para la multa. A ello había que añadir otras consecuencias favorables derivadas de la conceptualización de estos comportamientos como faltas como que, en principio, la venta callejera no justificaría la detención policial y que las faltas no generaban antecedentes penales, aspecto este de gran importancia especialmente para personas “sin papeles”, pues los antecedentes dificultan enormemente la regularización administrativa y hacen más factible la expulsión.

Por ello, desde esta perspectiva sorprende mucho la valoración negativa, prácticamente sin matices, que la doctrina penal mayoritaria dedica a la introducción por la Ley Orgánica 5/2010 de la falta del hoy derogado art. 623.5 CP, reprochando que con ello se habría endurecido el tratamiento jurídico-penal del fenómeno del “top manta”²⁴. Se argumenta que con la introducción

²² El Proyecto de Código penal propuso la creación de un tipo atenuado para los delitos contra la propiedad intelectual de siguiente tenor: “No obstante, en los casos de distribución al por menor en que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días”. Y por supuesto el equivalente tipo atenuado para los delitos contra la propiedad industrial. Frente a esta regulación un grupo de juristas propusimos la siguiente enmienda según la cual el apartado primero del art. 270 quedaría redactado como sigue: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios. No obstante, esta pena no se impondrá en los casos de distribución al por menor en que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, cuando los beneficios obtenidos por el acusado no excedan de los 400 euros.” Este informe titulado “Notas críticas y enmiendas a la propuesta de regulación penal de las conductas de los “manteros” contenida en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, del Código penal”, actualmente no se encuentra disponible en internet.

²³ Vid. epígrafe 6, tabla comparativa de regulación.

²⁴ Se repite también la idea de que dicho endurecimiento habría sido en realidad la finalidad perseguida por el legislador de esta reforma, por mucho que en el Preámbulo se declarara que se había evidenciado “una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña

de la falta cuando el beneficio no superaba los 400 euros, el legislador dejaba clara la tipicidad de estas conductas a pesar de su escasa entidad, cerrando con ello el paso a la línea jurisprudencial que venía absolviendo por aplicación directa de principios limitadores del *ius puniendi* como el de intervención mínima o el principio de subsidiariedad. En este sentido se expresa, por ejemplo, GÓMEZ RIVERO: “A primera vista, el nuevo régimen introducido por el legislador del 2010 parecería estar orientado a asegurar un trato más favorable para los casos que comprendía. Basta sin embargo compararlo con la que hasta entonces había sido una práctica extendida por parte de los Tribunales de Justicia para comprender que su alcance real fue, por el contrario, el de asegurar su castigo por medio de la curiosa vía de introducir una atenuante. En efecto, había sido doctrina frecuente de los Tribunales conceder espacios de impunidad *-penal-* para estos vendedores a pequeña escala sobre la base del principio de *insignificancia* del injusto y, en definitiva, de argumentos que en última instancia enlazaban con el respeto del principio de *proporcionalidad* entre la gravedad de los hechos y la entidad de la respuesta penal. Tal interpretación quedó definitivamente vedada al castigarse esa actividad de manera expresa, siquiera como modalidad atenuada”²⁵.

No puedo compartir esta valoración. Quizá la nueva regulación dificultaba la absolución por aplicación directa de principios limitadores del *ius puniendi*, pero de ello no puede deducirse sin más un agravamiento general de la situación penal de estas personas. Más bien supuso un alivio, pues ya no se dictaban penas de prisión y de hecho se redujo la persecución de estos delitos²⁶. En primer lugar, no me atrevería a calificar ni mucho menos de mayoritaria la línea jurisprudencial proclive a la absolución²⁷. Ya se ha expuesto que junto a sentencias absolutorias se dictaban otras muchas condenatorias, existiendo una corriente jurisprudencial manifiestamente reacia a la aplicación directa de principios limitadores del *ius puniendi*²⁸. Por otra parte, la reforma no impidió que pudieran seguir dictándose sentencias absolutorias basadas en cuestiones procesales o en

escala de copias fraudulentas de obra amparadas por tales derechos, máxime cuando frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situación de pobreza, a veces utilizadas por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia”. Así por ejemplo GARCÍA RIVAS, «Lección XVI. Delitos contra la propiedad intelectual», en BOIX REIG (dir.), *DPE II*, 2012, p. 414. También MESTRE DELGADO, «La reforma (piccola y pícara) de los delitos contra la propiedad intelectual», *Diario La Ley*, (7534), 2010. Otros autores, sin embargo, entienden que la reforma tuvo una finalidad atenuante, aunque no consideran satisfactorio el resultado, por ejemplo, CARRASCO ANDRINO, «Los delitos relativos a la propiedad industrial: la modificación de los apartados 1 y 2 del art. 274 CP y la nueva falta del art. 623 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (eds.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 307, o RODRÍGUEZ MORO, *Tutela penal de la propiedad intelectual*, 2012, p. 513,

²⁵ GÓMEZ RIVERO, «La tutela penal de la propiedad intelectual e industrial: las últimas reformas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (36), 2013, p. 9. En el mismo sentido vid., por ejemplo, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, pp. 862-863; o MORÓN LERMA, «Delitos contra la propiedad intelectual», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 302.

²⁶ Así se percibe desde la Asociación Sin Papeles de Madrid. Cuestión diferente –e interesante– es que la presión policial se manifestó de otras maneras y la disminución de denuncias por delitos contra la propiedad intelectual e industrial se vio acompañada por un incremento de las denuncias por delitos de desobediencia o atentado.

²⁷ A pesar de ser sumamente crítica con la reforma en el sentido indicado, TOMÁS-VALIENTE LANUZA califica de mayoritaria la jurisprudencia de las audiencias provinciales partidaria de condenar y como minoritaria, pero significativa, la corriente jurisprudencial que absolvía en consideración al principio de intervención mínima y a la necesidad de mantener el ámbito propio de la tutela civil. («Delitos relativos a la propiedad intelectual», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, 2016, nm. 11753).

²⁸ Vid. nota el pie núm. 18

interpretaciones restrictivas de los elementos del tipo, por lo que el impacto de la reforma en la jurisprudencia no parece haber sido de tanto calado como la doctrina le atribuye. La valoración negativa tan tajante que la mayoría de la doctrina dedica al tipo atenuado y a la antigua falta del art. 623.5 CP olvida sobre todo las penas tan graves con que se sancionaban anteriormente estas conductas y la dureza de la situación que su aplicación generaba.

También critica la doctrina esta reforma desde la perspectiva político-criminal, pues la reforma adecuada debería haber atendido a la nula o escasa relevancia penal de las conductas, destipificando los comportamientos que no revistan un mínimo de lesividad, en vez de atender a la situación de determinados colectivos. El regular teniendo esto último en el punto de mira, habría generado incoherencias en relación con el tratamiento de otras conductas también de muy escasa lesividad pero difícilmente encuadrables en la expresión “distribución al por menor”, como por ejemplo podría ser las fotocopias en servicios de reprografía²⁹. Nótese como, trascendiendo el concreto fenómeno del “top manta”, esta crítica plantea además la interesante pregunta de cuál ha de ser la respuesta del Código penal a las realidades de exclusión social. A esta cuestión me referiré con más detenimiento en el quinto epígrafe de este trabajo.

3. La venta ambulante en la LO 1/2015, de 30 de marzo. Su considerable incremento punitivo

Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, y con ello también la regulación de la venta callejera, han sido modificados nuevamente por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Para el análisis del régimen jurídico de la nueva regulación me detendré primero en la conceptualización de estas conductas como delito leve o menos grave (3.1.), para a continuación constatar las consecuencias derivadas de la nueva penalidad y de la supresión de las faltas (3.2.). En esta ocasión la doctrina coincide plenamente en el endurecimiento de la respuesta penal que supone la reforma y en la valoración negativa derivada de ello.

Por lo que respecta a los delitos contra la propiedad intelectual, el art. 270.4 CP consagra un tipo, supuestamente atenuado respecto del tipo básico, que castiga con una pena única de prisión de seis meses a dos años *la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional*, estableciendo el párrafo segundo una modalidad más atenuada, según la cual “No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del art. 271, el juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días”. Las circunstancias del tipo agravado del art. 271 CP hacen mención a la especial trascendencia económica del beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener, especial gravedad de los hechos, pertenencia a organización o asociación y a la utilización de menores de dieciocho años.

²⁹ Vid. por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal y económico y de la empresa*. PE, 2015, p. 201; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, pp. 865-866.

Por su parte, los delitos contra la propiedad industrial incorporan en su art. 274.3, párrafo primero y segundo, un tipo de idéntica estructura y penalidad al anterior, si bien definiendo la conducta típica como “la venta ambulante u ocasional”³⁰.

3.1. La venta ambulante u ocasional: ¿delito leve o menos grave?

Una de las modificaciones de más trascendencia introducidas en el Código penal por la Ley Orgánica 1/2015 fue la desaparición de las faltas. A pesar de lo declarado en el Preámbulo de esta ley en el sentido de que la supresión de las faltas estaría orientada por el principio de intervención mínima, lo cierto es, tal y como ha diagnosticado de forma unánime la doctrina, que dicha supresión ha producido un endurecimiento generalizado de la respuesta penal, muy en particular por lo que se refiere a la delincuencia patrimonial de escasa entidad, cuyos tipos penales reaparecen en el Libro II convertidos mayoritariamente en tipos atenuados constitutivos de delitos leves. El calificar estas infracciones como delitos leves determina unas consecuencias penales más gravosas que las que en su día producían las faltas. Por otra parte, la nueva configuración de las tipicidades frecuentemente ha ido acompañada de un incremento directo de las penas que nadie había reclamado³¹.

El caso de la venta ambulante constituye un claro ejemplo de este criticado endurecimiento. Los supuestos de menor entidad que aquí nos ocupan –y dejando de momento a un lado las modificaciones de la conducta típica– han pasado de estar castigados con una pena de localización permanente de cuatro a doce días y multa de uno a dos meses (antiguo art. 623.5 CP), a una pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días (art. 270.4 segundo párrafo y art. 274.3 párrafo segundo CP), si es que no se aplica el párrafo primero de sendos artículos que prevé una pena única de prisión de seis meses a dos años y que vendrían a remplazar a los antiguos arts. 270.1 segundo párrafo y 274.2 segundo párrafo del CP, que establecían penas de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. El endurecimiento es más que notable.

La nueva regulación pone además de manifiesto el mal hacer técnico del legislador de la mencionada reforma, que ha creado una nueva clasificación tripartita de las infracciones penales –delitos leves, menos graves y graves– sin asegurarse siquiera del correcto funcionamiento de sus reglas de aplicación. En concreto, respecto al subtipo de distribución ambulante u ocasional especialmente atenuado en consideración a las características del autor y al escaso beneficio, surge la duda de si nos encontramos ante un delito leve o por el contrario ha de ser conceptualizado como delito menos grave. A pesar de las muy diversas consecuencias sustantivas y procesales que se

³⁰ Vid. tabla comparativa de regulación (epígrafe 6).

³¹ No es posible citar aquí todos los autores que han criticado el incremento punitivo que ha acompañado a la desaparición de las faltas. Vid. por todos, FARALDO CABANA, quien pone de manifiesto que dicho incremento en la penalidad se produce sin que en la mayoría de los casos se haya modificado la configuración de la conducta típica añadiendo elementos que de alguna manera lo justifiquen y sin que el legislador haya ofrecido ninguna explicación al respecto (*Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*, 2016, pp. 69 ss.). Sobre la concreta incidencia de esta reforma en la denominada criminalidad de bagatela, vid. por todos, PÉREZ MANZANO, «Lo que una verdad (a medias) esconde: el destino de las faltas», en MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, 2016, pp. 288 ss.

derivan de una u otra calificación, la deficiente técnica legislativa dificulta una respuesta clara. Veamos por qué.

El tipo atenuado de venta ambulante u ocasional en atención al escaso beneficio y a las características del autor (arts. 270.4 segundo párrafo y 274.3 segundo párrafo CP) prevé dos penas alternativas: pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. La pena de multa de uno a seis meses debe ser considerada una pena leve de acuerdo con lo establecido en el art. 33.4 g) CP –es una pena leve la multa de hasta tres meses– en relación con lo previsto en el art. 13.4 CP, último inciso, según el cual “cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”. Si atendemos sólo a la pena de multa estaríamos ante un delito leve. Sin embargo, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días es una pena menos grave de acuerdo con el art. 33.3 l) CP. En atención a esta pena, estaríamos ante un delito menos grave. El problema reside en que el legislador no ha resuelto esta eventualidad –penas alternativas de diferente gravedad– dejando la decisión en manos del intérprete³².

Ante esta laguna, la Fiscalía General del Estado se ha pronunciado por la solución más severa. Según la *Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*, en el caso de penas cumulativas alternativas “sólo podrá considerarse leve un delito cuando todas las penas que tenga asignadas incluyan o estén íntegramente comprendidas en los tramos leves definidos en el art. 33.4 CP; por el contrario, si alguna o algunas de ellas tienen prevista una extensión comprendida íntegramente en los tramos menos graves del art. 33.3 CP, prevalecerá el art. 13.2 CP y el delito habrá de ser considerado menos grave” (p. 11). Como argumento trae a colación la Fiscalía el tenor del art. 131.2 CP, que a efectos de la prescripción establece que “cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción”. De ahí deduce que cuando estamos ante dos penas alternativas “la reacción penal más intensa es la que debe calificar la gravedad del delito, con independencia de la que se solicite o imponga” (p. 12), manifestando que “lo que en ningún caso sería admisible es que la naturaleza del delito se hiciera depender de la pena elegida”. “De seguir el criterio de tomar en consideración la pena solicitada para calificar al delito de leve o menos grave, la inclinación que muestre la acusación por la multa o los trabajos condicionaría el foro de competencia judicial [art. 14.1 y 5, d) LECrim] y el procedimiento adecuado (Libro VI LECrim), situación de todo punto inaceptable pues contravendría el principio de seguridad jurídica y el derecho del justiciable a conocer de antemano el juez competente (derecho de rango fundamental amparado en el art. 24.2 CE)”³³, calificando expresamente de delito menos grave el subtipo privilegiado de los arts. 270.4 y 274.3.

³² Y ello a pesar de que el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL advertía expresamente de esta laguna, sin que ni el Gobierno ni posteriormente los grupos parlamentarios tomaran nota de dicha advertencia (“Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, p. 21); advertencia también recogida por el CONSEJO DE ESTADO (“Dictamen sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, consideración cuarta, B).

³³ Y continúa: “Con la paradoja añadida de que siendo alternativa la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que no se puede imponer sin consentimiento del reo (art. 49 CP), sería éste quien dirimiría definitivamente la

En mi opinión, la argumentación transcrita no es concluyente, resultando defendible la conclusión contraria: que el subtipo atenuado de estos delitos ha de ser calificado como delito leve³⁴. Ciertamente la previsión del art. 13.4 CP, que opta por calificar como leve el delito cuando la pena establecida, por su extensión, pueda ser calificada de leve y menos grave, no está pensada para los casos de penas alternativas, pero está resolviendo un problema mucho más similar al que estamos tratando de dilucidar que la regla de prescripción establecida en el art. 131.2 CP, que la Fiscalía usa como referencia interpretativa.

Por otra parte, la procedencia de una interpretación a favor de los delitos leves se deduce también del Preámbulo de la LO 1/2015: “De otra parte, se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce– viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles” (apartado I). “La nueva categoría de delitos leves permite subsumir aquellas conductas constitutivas de falta que se estima necesario mantener. Pero también se logra un tratamiento diferenciado de estas infracciones para evitar que se deriven consecuencias negativas no deseadas. A diferencia de lo que se establece para delitos graves y menos graves, la condición de delito leve se atribuye cuando la pena prevista, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave. Con ello se evita que el amplio margen establecido para la pena en algún supuesto pueda dar lugar a su consideración como delito menos grave” (apartado XXXI). De las consideraciones transcritas puede deducirse la voluntad del legislador de una interpretación a favor de los delitos leves y del principio de mínima intervención a la hora de solventar la laguna legal puesta de manifiesto. Las dudas sobre si puede calificarse como delito menos grave parecen más bien producto de la imprevisión y de la deficiente técnica legislativa.

Por último, tampoco resulta convincente el argumento de la Fiscalía en el sentido de que no puede dejarse la competencia y el procedimiento en manos de la acusación a través de la solicitud de pena, ni en manos del procesado que ha de prestar su consentimiento a los trabajos en beneficio de la comunidad. Y es que, según la tesis aquí mantenida, el subtipo atenuado tendría la consideración de delito leve debido a su configuración legal, con independencia de la pena que se solicite o que finalmente se imponga sea una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad.

Bien es cierto que la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales,

naturaleza del delito mediante el simple expediente de rehusar el consentimiento para que le sea aplicada la pena de trabajos pues entonces la naturaleza del delito, y con ello la competencia y el procedimiento a seguir dependería de la inclinación que muestre la acusación por la pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, máxime teniendo en cuenta que esta última pena no se puede imponer sin el consentimiento del reo (art. 49 CP), por lo que sería éste quien en definitiva determinaría la naturaleza del delito” (“Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO1/2015”, pp. 12-13).

³⁴ En este sentido se pronunciaba el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (“Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, p. 22). En la doctrina BOLDOVA PASAMAR, «La desaparición de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013», REDPC, [16-12], 2014, p. 10.

incorporó a la Ley de Enjuiciamiento Criminal la disposición adicional séptima, según la cual “sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, los delitos que alternativa o conjuntamente estén castigados con una pena leve y otra menos grave se sustanciarán por el procedimiento abreviado o, en su caso, por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o por el proceso por aceptación de decreto”. Con ello se zanján las dudas respecto al procedimiento a seguir en los casos contemplados, que podrá ser abreviado o de juicio rápido según proceda. Sin embargo, se trata a mi juicio de una previsión, introducida a través de una ley ordinaria, a la que no cabe atribuir efectos tan importantes como la gravedad del delito y las consecuencias sustantivas que de ello se derivan. Es cierto que en aplicación de estos delitos puede finalmente imponerse una pena menos grave y por ello probablemente el legislador procesal ha querido reconducir su enjuiciamiento al procedimiento abreviado, pues conocidas son las críticas por cierta merma de las garantías procesales que se han dirigido al juicio de faltas ahora convertido en juicio para delitos leves, en el que ni siquiera es preceptiva la asistencia letrada.

Entiendo pues que sólo a los efectos del procedimiento a seguir la Ley 41/2015 colma la laguna que venimos analizando. Dicha laguna genera una gran inseguridad jurídica y en la actualidad supuestos atenuados de distribución ambulante u ocasional están siendo calificados bien como delitos leves o como delitos menos graves dependiendo del órgano judicial en cuestión. Por citar algún ejemplo, la Sección primera de la Audiencia Provincial de Castellón, en su Sentencia de 18 de noviembre de 2016, se manifiesta expresamente a favor de considerar estos supuestos como delito leve, aplicando el consiguiente plazo de prescripción de un año. Por el contrario, la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en Sentencia de 14 de noviembre de 2016, hace suyos los argumentos de la Circular 1/2015 y entiende que estamos ante un delito menos grave, anulando la resolución apelada por haber sido tramitada a través del procedimiento para delitos leves y obliga a que vuelva a sustanciarse por un procedimiento abreviado.

En resumen, además de por los razonamientos expuestos, entiendo que el principio de mínima intervención y los principios limitadores del *ius puniendi* que de él se derivan, aconsejan que la laguna legal existente se resuelva a favor de considerar delito leve el subtipo atenuado en atención a las características del culpable y el escaso beneficio. Esta conclusión también se derivaría de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, en el sentido de que las dudas razonables que la interpretación de un precepto pueda provocar deberían ser resueltas de la forma más favorable al acusado, en este caso evitando el especial endurecimiento que se derivaría de la calificación de estas conductas como delitos menos graves. En el epígrafe siguiente me detendré en alguna de estas consecuencias.

3.2. Consecuencias derivadas de la nueva penalidad

A continuación haré mención a las consecuencias que para el subtipo más atenuado de la venta ambulante u ocasional se derivan de la desaparición de las faltas y de la nueva penalidad prevista para estos delitos.

Puede comenzar mencionándose una ampliación de los plazos de prescripción. Mientras que las antiguas faltas tenían un plazo de prescripción de seis meses, los delitos leves tienen un plazo de prescripción de un año y en los menos graves dependerá de la pena establecida para el tipo

delictivo en cuestión (art. 131.1 CP). De considerarse el subtipo atenuado un delito menos grave, el plazo de prescripción habría pasado de seis meses a cinco años, lo que no es baladí habida cuenta de que no era infrecuente la prescripción de las faltas. También se produce una ampliación del plazo de prescripción de la pena, aunque este viene determinado por la pena impuesta en sentencia firme y si ésta ha de calificarse como leve o menos grave, siendo un año el plazo de prescripción para las penas leves y de cinco para las penas menos graves (art. 133.1 CP)³⁵.

Muy relevantes son las consecuencias de la transformación de las faltas en delitos en relación con los antecedentes penales, pues mientras las faltas no los generaban, los delitos, aunque sean leves, sí. Y sabido es su transcendencia de cara al acceso a la función pública o a algunos trabajos o, en el caso de las personas extranjeras, por dificultar notablemente la obtención de permiso de residencia o, en el caso de tenerlo, dificultar su renovación o incluso provocar su expulsión³⁶. Si bien según la circunstancia octava del art. 22 CP, los delitos leves no han de ser tenidos en cuenta a efectos de reincidencia, sí pueden ser tomados en consideración a otros efectos, y es pensable que puedan ser valorados por el juez a la hora de determinar si procede o no la aplicación del subtipo atenuado de venta ambulante u ocasional en atención a las características del autor. Los antecedentes penales por delitos menos graves sí computan a efectos de reincidencia y su existencia puede justificar la no suspensión de la pena (art. 80.2.1ª CP).

Asimismo de gran trascendencia para la realidad que nos ocupa es la posibilidad o no de detención policial. La previsión contenida en el art. 495 LECrim, según el cual “no se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle”, ha de ser aplicada a los delitos leves de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda de la LO 1/2015. No así a los delitos menos graves, por los que, en principio, la policía puede detener al presunto autor³⁷.

Aunque la disyuntiva delito leve/delito menos grave tiene más consecuencias, concluiré este epígrafe haciendo mención a los efectos en la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa, que tan sólo en el caso de los delitos leves puede cumplirse mediante localización permanente (art. 53.1 CP).

Como puede apreciarse, amén del incremento nominal de las penas, de la desaparición de las faltas se deriva un endurecimiento de la respuesta penal, especialmente intenso si las conductas objeto de este estudio se califican como delito menos grave.

³⁵ Hay efectos, como pueden ser el plazo de prescripción de la pena o de cancelación de los antecedentes penales, que dependen no del tipo de delito, sino de la pena finalmente impuesta, de tal manera que aunque el delito se haya considerado y sustanciado como un delito menos grave, si la pena impuesta es leve, sus efectos posteriores serán los que correspondan a una pena leve. En este sentido, ALHAMBRA PÉREZ, *Estudio práctico de los delitos leves. Análisis sustantivo y procesal*, 2016, pp. 20-21.

³⁶ Sobre esta repercusión vid. LARRAURI PIJOAN, «Antecedentes penales y expulsión de personas migrantes», *InDret*, (2), 2016. Sobre la agravación de la situación jurídica del vendedor ambulante cuando confluye el elemento extranjero, vid. *infra*, epígrafe 5.

³⁷ Sobre estas consecuencias comparando las faltas con los delitos leves, vid. por todos DE VICENTE MARTÍNEZ, *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, 2015, pp. 32 ss. También ALHAMBRA PÉREZ, *Estudio práctico de los delitos leves. Análisis sustantivo y procesal*, 2016, pp. 21 ss.

4. Configuración de la conducta típica

Como puede apreciarse en la tabla comparativa de regulación que se incluye en el epígrafe 6, la LO 1/2015 no sólo ha aumentado la penalidad de estos delitos, sino que también ha reconfigurado las conductas típicas. Se apuntarán a continuación las cuestiones más destacadas.

4.1. En los delitos contra la propiedad intelectual

Por lo que respecta a los delitos contra la propiedad intelectual, el legislador habría “pretendido perfeccionar, intensificar, ampliar y reforzar la tutela penal de los derechos de propiedad intelectual, saliendo al paso algunos de los problemas prácticos que se habían planteado en la aplicación de los tipos penales y procurando su acomodación a las nuevas dinámicas comisivas generadas en la era digital y en el entorno de la red de redes”³⁸. Pueden mencionarse, entre otras novedades, la ampliación de las conductas típicas al incorporarse al tipo básico una cláusula abierta de cierre referida a quien «de cualquier otro modo explote económicamente»; la ampliación del objeto material de la conducta que puede recaer sobre “obras y prestaciones”; la explícita inclusión de las conductas de facilitación del acceso o localización en internet de obras y prestaciones protegidas, con el fin de tipificar las webs de acceso; la sustitución del elemento “ánimo de lucro” por “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”, novedades en las que solo se incidirá en la medida que afecten a las conductas de venta ambulante.

El tratamiento jurídico penal del “top manta” habría sufrido relevantes modificaciones: en vez de “distribución al por menor”, la conducta típica es ahora la “distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional”. Este cambio, que no aparecía en el texto del Anteproyecto, dificulta la aplicación del tipo y subtipo atenuado a otras conductas que sí tenían cabida en los tipos atenuados de la regulación anterior, como la distribución al por menor y de escasa entidad en establecimientos abiertos al público, a no ser que se trate de una distribución o comercialización meramente ocasional, pues parece que por “ambulante” habrá que entender distribución realizada fuera de un establecimiento comercial permanente³⁹. El carácter ambulante o meramente ocasional de la distribución o comercialización determinaría la aplicación del párrafo primero del tipo atenuado del art. 270.4 primer párrafo CP, que establece una pena única de prisión de seis meses a dos años.

La aplicación del subtipo atenuado del párrafo segundo del art. 270.4 CP, en el que en principio tendrían cabida los supuestos del “top manta”, ya no viene determinada por una cuantía económica, como ocurría con los cuatrocientos euros de la anterior falta y como sigue sucediendo con otros delitos patrimoniales como por ejemplo el hurto o la estafa. Ahora se amplía la discrecionalidad judicial acudiendo a “las características del culpable y la reducida cuantía del

³⁸ En palabras de TIRADO ESTRADA, *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital*, 2016, p. 96.

³⁹ Criticando que la nueva regulación deje fuera de los tipos atenuados la distribución de escasa relevancia en estos establecimientos, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, p. 866; RUÍZ RODRÍGUEZ/ RODRÍGUEZ MORO, «Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial», en TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Lecciones IV, PE*, 2016, p.84; TIRADO ESTRADA, *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital*, 2016, pp. 267 ss., entre otros autores.

beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener”, elementos que justificarían la aplicación del tipo más atenuado. La referencia a las “características del culpable” ha sido criticada por la doctrina, por entender preferible el término “circunstancias” o bien por considerar más adecuado político-criminalmente que la especial atenuación respondiera al criterio general de la escasa relevancia de la conducta, con independencia de las características o circunstancias de sus autores⁴⁰.

Al elemento “escaso beneficio obtenido” se añadió durante la tramitación “o que se hubiera podido obtener”⁴¹, incorporación de relevancia práctica evidente porque con la anterior regulación muchos órganos judiciales aplicaban la falta del art. 623.5 CP cuando no se incautaba ninguna cantidad de dinero que pudiera imputarse a la venta⁴² y mayoritariamente se entendía por beneficio obtenido el realmente conseguido y no el potencial. En cualquier caso, la actual regulación no exige la prueba de un beneficio efectivamente obtenido. Para su cálculo parece lógico entender que el beneficio es la diferencia entre el precio de venta del producto y el precio de compra, más otros gastos si los hubiera y para ello se atenderá a los objetos intervenidos, si bien en muchos casos se desconocerá el precio de venta y de compra, resultando difícil el cálculo del hipotético beneficio. En la estimación de si es escaso o no, habrá que atender al tiempo necesario para vender el producto y si esos hipotéticos beneficios son propios de economías de subsistencia a las que el subtipo atenuado parece querer dar cobertura.

Son también elementos de la conducta típica del art. 270.4 CP los contenidos en el art. 270.1 CP. Así, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional ha de hacerse “con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero”. El ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto no resulta dudoso en el caso de la distribución o comercialización ambulante. Por su parte, “en perjuicio de tercero” ha sido un elemento muy polémico, con reconocida y utilizada capacidad de rendimiento para fundamentar la atipicidad en supuestos de escasa relevancia, según su interpretación⁴³. Ésta ha sido triple. Por un lado su

⁴⁰ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal y económico y de la empresa*. PE, 2015, p. 201; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, pp. 863 ss. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/GÓMEZ-JARA DÍEZ, criticaban esta referencia, de difícil concreción, calificándola de “Derecho penal de autor *in bonam parte*”, («Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores», en SILVA SÁNCHEZ [dir.], *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, 2011, pp. 386-387).

⁴¹ La propuesta del Anteproyecto era la siguiente: “No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días”.

⁴² Así se exigía por la jurisprudencia mayoritaria. Vid., por ejemplo, SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 2ª, de 13 de febrero de 2017, que mantiene que “sería preciso probar que se ha realizado alguna venta y que el beneficio obtenido efectivamente excede de 400 euros para aplicar el tipo atenuado previsto en el párrafo segundo del artículo 274.2 del Código penal y de no acreditarse ese exceso de los 400 euros, sólo cabría la sanción por falta (Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de abril de 2011 y 1 de junio de 2011, por todas)” (FJ 2º). Aunque también pueden hallarse resoluciones judiciales, entiendo que minoritarias, que a mi juicio con clara vulneración del tenor literal del precepto, calculaban el beneficio obtenido que exigía la regulación introducida por la LO 5/2010 considerando que “el criterio relevante a tener en cuenta es el valor de cambio representado en cada momento por la cosa en un hipotético intercambio” (SAP Málaga, Sec. 9ª, de 26 de enero de 2016, FJ 3º).

⁴³ Vid. por todos, PUENTE ABA, quien en su día propuso una interpretación restrictiva de los conceptos “ánimo de lucro” y “perjuicio”, exigiendo que la conducta esté destinada a obtener ventajas patrimoniales “significativas”, como forma de diferenciar el ilícito civil y penal («El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de

comprensión como un elemento subjetivo del tipo, rechazada mayoritariamente por la doctrina y, por otra parte, su entendimiento como un perjuicio de naturaleza objetiva, escindiéndose aquí las posturas entre quienes mantienen que ha de tratarse de un perjuicio real y efectivo y quienes entienden que basta la aptitud o idoneidad de la conducta para causar el perjuicio.

Podría considerarse mayoritaria en la doctrina la última postura reseñada, es decir, que basta la potencialidad de la conducta para causar perjuicio⁴⁴, argumentándose que “sólo así se cumplimentaría el necesario requisito de la existencia de un principio de ofensividad al bien jurídico”⁴⁵ y además porque optar por la exigencia de un resultado de peligro resultaría incompatible con modalidades comisivas como la reproducción o el almacenamiento⁴⁶, abonando asimismo la interpretación a favor del peligro potencial la introducción por la LO 1/2015 de la precisión “beneficio que se hubiera podido obtener”. Sin embargo, la afirmación del perjuicio potencial presenta sus dificultades. A mi juicio podría negarse la concurrencia de la idoneidad de la conducta para causar un perjuicio patrimonial en los poquísimos supuestos de venta callejera de CDs y DVDs y otros soportes con contenidos pirateados que todavía se producen. Para negar el perjuicio que generan estas conductas se puede aludir a que en la actualidad prácticamente ha desaparecido la piratería en soporte físico debido a la accesibilidad e incremento de las descargas por internet y otras formas de acceso a estos productos, amén del argumento de que resulta dudoso si los compradores hubieran adquirido la obra en el mercado legal, es decir, que la compra de un ejemplar pirateado en un puesto de venta callejero no tiene por qué equivaler a un producto legal menos vendido.

No voy a detenerme en el resto de los elementos del tipo, que no han sufrido modificación, como el objeto material del delito, que consiste en una obra literaria, artística o científica o la falta de autorización de los titulares o cesionarios de los derechos.

4.2. La conducta típica en los delitos contra la propiedad industrial. Especial consideración al “riesgo de confusión” del producto

La LO 1/2015 también ha modificado la regulación de los delitos contra la propiedad industrial. En lo que afecta al ofrecimiento, distribución o comercialización de productos con signos distintivos no auténticos, el legislador diferencia ahora entre que estas conductas se realicen al por mayor (art. 274.1 b) CP) o al por menor (art. 274.2 CP). Al igual que en delitos contra la propiedad intelectual, se recoge un tipo atenuado que castiga con pena única de prisión de seis meses a dos años la “venta ambulante u ocasional” (art. 274.3 primer párrafo, CP) y un subtipo atenuado respecto de este según el cual “atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del

los delitos contra la propiedad intelectual», *Revista Penal*, [21], 2008, pp. 103 ss.). En esta línea también GÓMEZ RIVERO, quien valora positivamente lo que califica como un “un requisito adicional específicamente reductor del ámbito de aplicación de las previsiones penales”, manifestando su confianza en que sobre la base de este elemento los jueces realicen una interpretación en la que tenga cabida el principio de insignificancia y se pueda expulsar de la tipicidad penal los casos menos graves (*Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, 2012, p. 136).

⁴⁴ Con detenimiento sobre este elemento, RODRÍGUEZ MORO, *Tutela penal de la propiedad intelectual*, 2012, pp. 343 ss. También, TIRADO ESTRADA, *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital*, 2016, pp. 194 ss., entre otros.

⁴⁵ En palabras de TIRADO ESTRADA, *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital*, 2016, p.199.

⁴⁶ En este sentido, por ejemplo, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, p. 861.

beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del art. 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días”. A estos delitos son perfectamente aplicables las consideraciones arriba realizadas al abordar los delitos contra la propiedad intelectual sobre los elementos “características del culpable y reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener”. Eso sí, a diferencia de aquellos delitos, el legislador ha optado por el término más restrictivo “venta ambulante u ocasional” en vez de “distribución o comercialización ambulante u ocasional”, si bien no creo que del uso del término “venta” puedan derivarse importantes consecuencias interpretativas como, por ejemplo, exigir para la consumación que se llegue a producir la efectiva transmisión del producto al consumidor⁴⁷, habida cuenta, entre otras razones, de la remisión al beneficio obtenido “o que se hubiera podido obtener” para la aplicación del subtipo atenuado. Al igual que ocurría con los delitos contra la propiedad industrial, quedarían en principio excluidas del ámbito de aplicación del art. 274.3 CP la venta al por menor que se verifique en establecimientos abiertos al público, a no ser que sea ocasional.

Por lo demás, la reforma no parece afectar significativamente a las líneas jurisprudenciales existentes tendentes al sobreseimiento o la absolución, por ejemplo a las resoluciones en este sentido que se fundamentan en la ausencia de prueba de determinados elementos del tipo, como por ejemplo en la falta de prueba de que las marcas estén efectivamente registradas argumentando que a pesar de que se trate de marcas conocidas, dar por hecho que están siempre registradas sería una presunción contraria a reo⁴⁸.

Esta reforma tampoco parece que vaya a aportar nuevos argumentos en la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de usurpación de signos distintivos y sobre si ha de exigirse o no un “riesgo de confusión” acerca de la autenticidad del producto para poder considerar típica la venta. A pesar de que las características y extensión de este art. no me permiten un análisis en profundidad de una cuestión tan debatida y compleja, ni lamentablemente una toma en consideración de toda la bibliografía sobre esta cuestión, resulta inevitable una referencia y reflexión al respecto, habida cuenta de su relevancia práctica en la actividad de venta callejera y de lo divididas que se hallan tanto la doctrina científica como la jurisprudencia.

El debate sobre el bien jurídico protegido gira en torno a si este es únicamente el *derecho de exclusividad* del titular a disponer de los signos distintivos registrados o si dicho derecho ha de ser objeto de ulteriores concreciones que doten a las conductas típicas de un contenido lesivo capaz de justificar la intervención del Derecho penal frente a las conductas prohibidas por la Ley de Marcas.

⁴⁷ En este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal y económico y de la empresa*. PE, 5ª ed., 2015, p. 238, quien entiende que “venta” incluye también las acciones de exponer u ofrecer al público los productos.

⁴⁸ En este sentido la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Pamplona/Iruña, de 31 de marzo de 2017.

O bien, si estamos ante un delito pluriofensivo que protege otros bienes jurídicos además del uso exclusivo de la marca⁴⁹.

Como defensor de la primera postura podemos citar a GIMBERNAT ORDEIG quien entiende que “los delitos contra la propiedad industrial protegen única y exclusivamente el derecho del titular registral, siendo irrelevante para la existencia de tales delitos que el consumidor haya corrido el peligro de lesión de su derecho patrimonial o que éste haya sido efectivamente lesionado”⁵⁰, si bien buena parte de sus argumentos pivotan sobre el rechazo de la tesis que mantiene que estos delitos protegerían, además, el patrimonio de los consumidores y que, por lo tanto, carecerían de relevancia penal los comportamientos que no generan un riesgo para el consumidor en la medida que este sabe que compra un producto con marca usurpada.

Coincido con quienes niegan la relevancia del patrimonio del consumidor –entendido como bien jurídico individual que exige un daño efectivo para su consumación– y creo que son contundentes algunos de los argumentos que sustentan el rechazo, entre ellos los que apelan a la relevancia del consentimiento del titular del signo distintivo, que convertiría en atípicas a los efectos del art. 274 CP la venta de productos con marcas usurpadas aunque hubieran generado perjuicio en el consumidor⁵¹.

Pero el rechazar el patrimonio individual de los consumidores como objeto de protección no implica renunciar a una concreción de los derechos derivados de la titularidad registral de la marca que les dote de un contenido material capaz de justificar la intervención del Derecho penal. Son varios los intentos en este sentido, de los que solo puedo citar algunos. Por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN entiende que “no existe lesividad (y, por consiguiente, tampoco antijuridicidad material, incluso cuando las conductas resulten subsumibles, desde el punto de vista lingüístico, en el tipo penal) si, además de quebrantarse el derecho de uso en exclusiva del signo distintivo (condición necesaria, pero no suficiente), no se produce también con ello un efecto patrimonial desventajoso para el titular del derecho”⁵². Así pues, el objeto jurídico protegido resultaría ser, también en estos delitos, el patrimonio individual (del titular del derecho de propiedad industrial)⁵³, lo que le llevaría a negar la tipicidad de la conducta cuando dicho daño no resulta probable, por ejemplo, porque el consumidor en ningún caso hubiese comprado el producto

⁴⁹ Sobre el debate en torno al bien jurídico, con claridad, GÓMEZ RIVERO, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, 2012, pp. 340 ss.

⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, «El bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1423.

⁵¹ En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, «Los delitos de usurpación de marcas y otros signos distintivos: ¿protección del derecho, protección del patrimonio o protección del consumidor?», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1649-1650. Vid también los argumentos de naturaleza dogmática esgrimidos por GIMBERNAT ORDEIG, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1429 ss.

⁵² Al considerar PAREDES CASTAÑÓN que el bien jurídico es el patrimonio individual del titular de la marca, este autor concluye que el efectivo daño patrimonial es el resultado típico que habrá de ser probado para castigar por una consumación (*LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1670), pero ello provoca a mi juicio irresolubles problemas probatorios habida cuenta del carácter especulativo en el que necesariamente ha de sustentarse el juicio sobre el perjuicio económico que sobre el patrimonio del titular de la marca tienen o tendrán las conductas de usurpación.

⁵³ PAREDES CASTAÑÓN, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1656.

legítimo⁵⁴. Para SEGURA GARCÍA, a través de estos delitos “no solo se pretenderían tutelar los intereses patrimoniales de los titulares de los derechos de propiedad industrial sino, igualmente, el interés general o de los consumidores en un funcionamiento correcto y leal de la competencia en el mercado”⁵⁵. En esta línea, GÓMEZ RIVERO también señala el patrimonio individual del titular de los derechos como objeto inmediato de protección, que podría verse menoscabado con la introducción en el mercado de productos con la marca usurpada. Pero según esta autora ello es compatible con intereses de dimensión supraindividual, socioeconómica en la configuración de estos delitos⁵⁶, dimensión supraindividual que se concretaría en la consecución de “una *competencia leal*, entendiendo por tal, como una de sus reglas, la exclusión del aprovechamiento ilícito que uno de los competidores haga de la inventiva del competidor creador”⁵⁷, siendo también relevantes los intereses de los destinatarios finales de los productos, los consumidores y “la *confianza* depositada en torno a que el producto o servicio designado con la marca en cuestión se corresponda realmente con la calidad y características del adquirido”⁵⁸. Más recientemente, MORA GONZÁLEZ intenta acotar las conductas con relevancia penal a través de la utilidad social que la marca está llamada a desempeñar mediante su función informativa en cuanto permitiría al consumidor “conocer determinada información sobre los bienes presentes en el mercado”, y en este sentido le protegería en sus expectativas acerca del producto, salvaguardando también al titular de la marca registrada por el esfuerzo realizado para mantener dichas expectativas⁵⁹. Son tan sólo algunos de los intentos realizados para la concreción del bien jurídico.

Las consideraciones sobre el bien jurídico que tratan de dotar a estos delitos de un contenido más acorde con el principio de mínima intervención, suelen constituir el punto de partida de una interpretación restrictiva de las conductas típicas, seleccionando los comportamientos más graves y así diferenciando el ámbito de protección de la Ley de Marcas y el del Derecho penal. Y en este cometido la idea de “confundibilidad” o “riesgo de confusión” viene constituyendo uno de los principales criterios de selección. Pero de nuevo existe división en cuanto a la relevancia y configuración del riesgo de confusión, pudiendo señalarse tres diferentes posturas: la que niega cualquier relevancia al riesgo de confusión frente a quienes se la reconocen, escindiéndose esta última línea entre quienes tan solo atienden para valorar dicho riesgo a las características del signo usurpado y a las del producto frente a quienes además consideran relevantes en el juicio de confundibilidad los denominados *factores secundarios*, como serían el lugar de venta, la

⁵⁴ Y aclara las consecuencias de su tesis con el siguiente ejemplo: “si los compradores de camisetas con el logotipo de la marca Armani que no han sido producidas por la empresa correspondiente, dado su poder adquisitivo, su extracción social y el lugar donde adquirieron el producto (un mercado callejero, por ejemplo), nunca se hubiesen dirigido a una tienda con franquicia del titular de dicho derecho de marca y pagado el elevado precio de la camiseta que allí se vende, difícilmente podría decirse que la franquicia ha dejado de obtener ingresos por dicha venta, puesto que tales consumidores no eran clientes, ni siquiera potenciales, de la misma. Como resultará obvio, distinto es el caso si la camiseta en cuestión se vende en una tienda semejante a la que ostenta la franquicia y que se encuentra al lado de ésta, a un precio sensiblemente inferior (PAREDES CASTAÑÓN, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1661)

⁵⁵ SEGURA GARCÍA, *Los delitos contra la propiedad industrial en el Código penal español de 1995*, 2005, p. 32.

⁵⁶ GÓMEZ RIVERO, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, 2012, p. 353.

⁵⁷ GÓMEZ RIVERO, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, 2012, p. 355, cursiva en el original.

⁵⁸ GÓMEZ RIVERO, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, 2012, p. 357, cursiva en el original.

⁵⁹ MORA GONZÁLEZ, *La protección penal del derecho de marca: caminando hacia el monólogo*, 2002, pp. 227 ss.

presentación o el precio al que se oferta la mercancía. Ilustraré estas tendencias con algunas resoluciones judiciales⁶⁰.

Como muestra de la primera tendencia –irrelevancia del riesgo de confusión– puede citarse la Sentencia de 26 de enero de 2016 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Málaga, que mantiene que:

“el art. 274 CP sanciona la utilización ilegítima de la marca y de los signos distintivos, impidiendo que sean imitados aprovechando la creación industrial ajena y utilizándola con fines comerciales o de lucro, siendo el bien jurídico protegido el derecho de uso o explotación exclusiva de la propiedad industrial derivado de su registro en los organismos correspondientes (STS de 22 de septiembre de 2000), de ahí que no sea precisa una lesión efectiva o potencial de los intereses del consumidor como consecuencia de la aptitud del signo usurpado para la confusión (es decir, no es necesaria para la consumación del delito que exista una posibilidad de confusión en el consumidor por las características concretas del objeto o por las circunstancias o contexto en que es puesta en comercio, como la presentación de los productos, los lugares de venta o el precio” (FJ 2º), con lo que anula la sentencia absolutoria de instancia que mantenía lo contrario⁶¹.

En el otro extremo se situarían las resoluciones que conceden relevancia a los denominados factores secundarios en la emisión del juicio de confundibilidad. Por citar alguna de estas resoluciones, en la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 6 de febrero de 2014 puede leerse:

“En efecto, comprar en la calle productos expuestos en una manta y a los precios que allí se compra hace aparecer en los consumidores la idea única de que, aunque la mercancía ostente una determinada apariencia comercial, no están adquiriendo en verdad un producto de esa marca, sino un subproducto propio de la economía sumergida. Ningún perjuicio ni engaño se puede producir a quienes adquieren objetos en dichas circunstancias. Cosa distinta sería que tales objetos fueran vendidos a precios iguales o similares a los legítimos y además en tiendas especializadas situadas en zonas comerciales de prestigio pues entonces podría hablarse de engaño o de intención de causarlo y de desprestigio del titular de una marca” (FJ 7º). Esta conclusión se basa fundamentalmente en consideraciones referidas al bien jurídico: “Ello no supone negar la dimensión patrimonial individual de los intereses que constituyen el objeto de protección y, en especial, el derecho a preservar la marca y sus rendimientos económicos de sus legítimos titulares, sino destacar la pluriofensividad del delito y, en particular, junto a los intereses patrimoniales, las condiciones de información, transparencia y justo equilibrio del mercado, como presupuestos para el ejercicio de los derechos de los consumidores”, amén de esgrimir la compatibilidad de este criterio con “los propios términos utilizados por el art. 274.1 CP, cuando se refiere a signo distintivo idéntico o confundible, en lugar de emplear los términos idéntico o similar (éste más objetivo) del art. 34 de la Ley de Marcas. Con este calificativo el Código Penal añade nuevos matices a la descripción típica. El vocablo confundible va más allá de la mera similitud, encierra la actitud de un sujeto que no puede ser otro que el consumidor, cuyos

⁶⁰ Ulteriores referencias jurisprudenciales sobre el riesgo de confusión en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPC*, (30-88), 2009, pp. 125 ss.

⁶¹ En el mismo sentido las Sentencias de la Sección 1 de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 8 de marzo de 2016, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de diciembre de 2016, o la Sentencia de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2016, que insiste que lo confundible ha de ser el signo distintivo y no el producto, línea jurisprudencial que la propia resolución califica como mayoritaria.

intereses, lesionados por la posible confusión que sufre, penetran por esta vía en el ámbito de protección del tipo" (FJ 5^a)⁶².

Una posición que podríamos considerar intermedia es la de aquellas resoluciones que conceden trascendencia al riesgo de confusión, pero negando la relevancia en su apreciación a los factores secundarios como precio, lugar de venta, etc. y atendiendo tan sólo a las características del signo distintivo y del producto, a la hora de determinar la confundibilidad. Así, la Sentencia de la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Valencia, de 21 de septiembre de 2009, partiendo de la necesidad de que las conductas penalmente típicas posean la importancia y gravedad necesaria para que entre en juego el Derecho penal, habida cuenta de que los derechos en cuestión gozan de protección también dentro del ámbito jurídico privado, razona respecto a esta delimitación:

"Cuestión que para valorarla la hemos de poner en relación con el análisis del bien jurídico que se tiende a proteger a través de este tipo, que no es otro que el derecho de uso o explotación exclusivo de una propiedad industrial derivado de su registro en los organismos correspondientes. La naturaleza individual de este bien jurídico, no excluye un efecto mediato o indirecto en el ámbito colectivo en que se concentran los intereses de los consumidores en general. Así las cosas, la exigencia de que la imitación o reproducción de una marca comercial, o su comercialización por terceras personas no autorizadas por su titular, genere riesgo de confusión o de error en los consumidores de un determinado producto o mercancía o en el público en general, no ha de ser interpretada como que ha de concurrir necesariamente un fraude o engaño que afecte negativamente al adquirente del bien, ya que de ser así entraríamos más bien en el marco propio del delito de estafa. Su interpretación correcta, ha de hacerse en el sentido de que, partiendo siempre de la identidad o cuasi-identidad entre los logotipos que componen la marca de los objetos o productos auténticos y la de los espurios, las características y configuración de las mercancías no sean tan disímiles con las originales ni tan deficitarias de calidad que hagan sumamente difícil su vinculación con los productos de la marca falsificada. Por consiguiente, en los casos en que las mercancías espurias estén configuradas de una forma tan burda y vulgar que muy poco tengan que ver con las auténticas, no parece razonable ni proporcionada la aplicación de la norma penal, aunque el autor de la imitación o de la distribución de la mercancía inauténtica carezca de la autorización del titular y obre a sabiendas de la ilicitud de su proceder. En cambio, si los objetos a los que se adosó ilícitamente el logotipo falso tienen una semejanza notable con los originales, debe operar la norma penal sin que para ello sea preciso que el adquirente o el público en general obren en la creencia de que están adquiriendo productos auténticos de la marca imitada. Pues, aunque los compraran a sabiendas de su inautenticidad, sobre todo por el bajo precio o el lugar de venta, siempre se estaría vulnerando el derecho individual a la propiedad industrial del uso exclusivo de la marca, y no dejaría de irrogarse ciertos perjuicios a las empresas titulares de la marca comercial" (FJ 1^o).

⁶² En el mismo sentido y con extensa argumentación, la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Salamanca en Sentencia de 26 de mayo de 2014 o las Sentencias de la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Valencia, de 1 de julio de 2010 y de 12 de abril de 2013. En la doctrina penal son numerosos los autores que conceden relevancia al riesgo de confusión. Así SEGURA GARCÍA, *Los delitos contra la propiedad industrial en el Código penal español de 1995*, Valencia, 2005, pp. 126-127; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, precisando que la exigencia de riesgo de confusión "no se basa en que el bien jurídico protegido sean los intereses de los consumidores, si no se produce el riesgo de confusión es porque el derecho exclusivo del titular a identificar sus productos y servicios distinguiéndolos de otros no se ha vulnerado" (*DPC*, [30-88], 2009, p. 127). También CARRASCO ANDRINO, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 307; LA MISMA, «Delitos relativos a la propiedad industrial», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *DPE II*, 2011, pp. 517-518; GUINARTE CABADA, «Delitos contra la propiedad industrial (arts. 274 y 276 CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, p. 908; MESTRE DELGADO, «Tema 13. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en LAMARCA PÉREZ (coord.), *DPE*, 2^a ed., 2017, p. 480, entre otros numerosos autores.

Indicadas a través de las resoluciones citadas las tres tesis en torno al “riesgo de confusión”, procede una toma de postura al respecto, aunque sea breve. Conviene comenzar señalando que obscurece notablemente la discusión entender el riesgo de confusión como riesgo de quebranto en el patrimonio del consumidor del producto no auténtico, entendido como bien jurídico individual. Me sumo a quienes piensan que no es este un bien jurídico protegido en los delitos relativos a la usurpación de marcas, pero tampoco resulta convincente entender que estos delitos sirven para proteger únicamente el derecho al uso exclusivo de la marca, sin consideración a los intereses de los que es instrumental la marca y la exclusividad de su explotación, pues resultaría difícilmente comprensible el uso del Derecho penal para proteger un mero signo. Parece claro que el uso exclusivo de la marca sirve a los intereses económicos legítimos del titular de la marca que lógicamente pueden verse afectados por la distribución de productos con marcas usurpadas. Pero al tiempo puede afirmarse que los signos distintivos están llamados cumplir una función social, sirviendo a los derechos de los consumidores y al correcto funcionamiento del mercado, como intereses de carácter supraindividual.

Para calibrar cuándo una determinada conducta supone un peligro para estos intereses, estando entonces justificada la intervención penal, la confundibilidad o riesgo de confusión puede servir de fórmula orientativa –que no fórmula mágica–, pero en cualquier caso para que este criterio pueda resultar fructífero habrá que ponerlo en conexión no con el patrimonio del consumidor, sino con los legítimos intereses a los que hemos hecho mención⁶³. Esta conexión no se entabla correctamente cuando quienes conceden relevancia a los “factores secundarios” arguyen que quien compra en un mercadillo o a un precio mucho más bajo que el del producto original “no se confunde”, no incurre en error. Sí se entabla una conexión con los intereses legítimamente protegidos cuando se argumenta, por ejemplo, que aquellos consumidores que compran en un mercadillo o en el “top manta” productos con marcas usurpadas en ningún caso comprarían en los puntos oficiales de venta y, por otra parte, que el comprador de productos de marca auténticos no dejará de adquirirlos para comprar productos con marcas usurpadas que difícilmente satisfacen su afán de exclusividad. Es decir, la venta callejera no conllevaría una pérdida de clientes ni, por lo tanto, un perjuicio económico directo en cuanto que las ventas de productos con marcas usurpadas no sustituirían las ventas de productos originales.

Este razonamiento, en principio correcto, suscita sin embargo la duda de qué sucedería cuando a través de canales no oficiales de distribución como pueden ser mercadillos, “top manta” o tiendas de mercancías bagatela, se pusieran a la venta productos de gran similitud y difíciles de diferenciar de los productos originales. El hecho de que los consumidores sean conscientes –por el bajo precio, lugar de venta, empaquetado, etc. – de que se trata de productos no auténticos, no significa que los intereses legítimos que subyacen tras el uso exclusivo de la marca no se vean afectados por estas

⁶³ Críticamente sobre la capacidad de rendimiento del riesgo de confusión, MORA GONZÁLEZ, *La protección penal del derecho de marca*, 2002, pp. 292 ss.

conductas, pues no es descabellado predecir que el cliente de productos originales deje de sentir interés por un producto difícilmente diferenciable del no auténtico⁶⁴.

Creo por tanto que el criterio del riesgo de confusión tiene cierta capacidad de rendimiento y ha de valorarse, como propone GARCÍA RIVAS, desde la perspectiva del consumidor medio entendido como “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”⁶⁵. Cuando además de los signos distintivos los productos son objetivamente confundibles con los productos originales podría quizá razonablemente temerse una pérdida de interés del consumidor de productos auténticos y una pérdida de exclusividad de la marca y de lo que ello representa. Sin embargo, esto no suele suceder con los productos vendidos en el “top manta”, cuyo carácter no auténtico es evidente por la escasa calidad, acabados, materiales empleados, incluso porque en muchas ocasiones los signos distintivos se adhieren a productos que nada tienen que ver ni en diseño ni en calidad con los originales. Estas mercancías carecen de los elementos propios del producto original que le confieren, junto con la marca, un valor que justifica el elevado precio que se paga por el original, por ello la venta de estos productos no permite prever una pérdida de consumidores de productos originales, ni una pérdida de la exclusividad que va unida a la marca, y a mi juicio debería considerarse atípica.

No puede dejar de mencionarse la crítica dirigida al riesgo de confusión como criterio seleccionador de conductas típicas en el sentido de que su uso vulneraría el principio de legalidad pues del tenor literal del precepto no puede extraerse tal exigencia⁶⁶. Ciertamente la interpretación ha de tener unos límites que impidan que la letra de la ley se convierta sin más en la voluntad del intérprete, y así no sería de recibo una interpretación contraria a lo establecido en la norma por mucho que fuera más acorde a los principios de mínima intervención u otros principios limitadores del *ius puniendi*. Sin embargo, y a pesar de reconocer el peso de la crítica, no creo que sea este el caso, al menos de forma evidente. La exigencia de confundibilidad no sería una interpretación frontalmente vulneradora del tenor literal, sino que está en sintonía con la regulación en cuanto esta exige la incorporación de “signo distintivo idéntico o confundible” a “productos idénticos o similares”. Ciertamente, el riesgo de confusión se predica de los signos distintivos y no de los productos, pero puede razonablemente mantenerse que la suma del producto y del signo distintivo ha de generar una semejanza con las mercancías auténticas, constituyendo el criterio de la confundibilidad –en el sentido que aquí se ha mantenido– una fórmula auxiliar para su constatación. No resultando incompatible con el tenor literal, la exigencia de confundibilidad

⁶⁴ En este sentido se expresa GÓMEZ RIVERO: “Baste pensar en la inevitable devaluación que sufre el prestigio de su firma cuando cualquiera puede obtener en el mercado ilegal un producto similar, casi imposible de distinguir a simple vista del verdadero, de tal modo que, al final, quien luzca, por ejemplo, un bolso de una prestigiosa marca para cuya adquisición ha tenido que hacer un importante desembolso económico, pueda acabar dando la impresión de que no ha adquirido uno auténtico, sino comprado en uno de aquellos mercadillos. Es fácil de comprender la pérdida del interés del potencial adquirente por un producto tan fácilmente confundible con la mercancía falsa y que, al final, con una u otra calidad, puede tener cualquiera. Invertir una elevada suma de dinero para adquirir un bien casi imposible de diferenciar del que ostente quien ha pagado por él un ínfimo importe, así como asumir el riesgo de que cualquiera pueda pensar razonablemente que es falso, no se presenta, desde luego, como una operación atractiva” (GÓMEZ RIVERO, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, 2012, p. 358).

⁶⁵ GARCÍA RIVAS, en BOIX REIG (dir.), *DPE II*, 2012, p. 444, con cita de la STJUE 19-5-2011, Asunto T580-08 y STJUE 18-5-2011, Asunto T207-08.

⁶⁶ En este sentido GIMBERNAT ORDEIG, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1427 ss.

permitiría además salvar la constitucionalidad del precepto al dotar a las conductas del mínimo de lesividad de los bienes protegidos, sin la cual no es aceptable la intervención penal⁶⁷.

5. Exclusión social y política criminal

Existe una persistente reivindicación social que pide la despenalización del “top manta”⁶⁸ porque supone usar el Derecho penal para perseguir y castigar actividades mínimamente lesivas y guiadas por necesidades de supervivencia. Ciertamente existen otras formas de venta ambulante con fines de supervivencia más allá del “top manta”, pero los “manteros” representaron en un momento dado su cara más visible, por lo que permítaseme dirigir a ellos la atención.

La mayoría de estas personas son inmigrantes en situación de irregularidad administrativa y esta circunstancia ha de ser muy tenida en cuenta para entender la realidad jurídica y humana del “top manta”. Las personas “sin papeles” son paradigma de exclusión social. Su dificultad para integrarse y participar en la vida normalizada que se desarrolla a su alrededor no es producto solo de los obstáculos para hacer efectivos determinados derechos, sino que tiene como causa principal la negación por las propias normas de derechos básicos sin los cuales es imposible la inclusión, la participación en el sistema. Es un principio asumido de Derecho internacional que pertenece a la soberanía nacional de los Estados decidir –con escasas limitaciones– quién puede entrar y quién puede permanecer en su territorio. A partir de ahí y de la consideración de la inmigración como una amenaza, la Unión Europea y nuestro país en su gestión de la inmigración irregular reducen a la mínima expresión el estatuto jurídico de los migrantes en situación irregular⁶⁹, colocándoles en una situación de gran vulnerabilidad. La expulsión se fija como pilar de la gestión migratoria y suele ir precedida de otras medidas restrictivas de derechos: privación de libertad en los centros de internamiento, actuaciones policiales dirigidas a la localización de ciudadanos en situación irregular, detenciones en comisaría, etc.⁷⁰, instrumentos que convierten la venta callejera, concebida también como un problema de orden público⁷¹, en una actividad muy arriesgada. Este

⁶⁷ En términos generales, GALÁN MUÑOZ entiende que tras la reforma del Código penal operada por la LO 1/2015 resulta todavía posible la aplicación jurisprudencial del principio de insignificancia en la interpretación tanto de los delitos contra la propiedad intelectual como en los delitos contra la propiedad industrial («La reforma de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial», en QUINTERO OLIVARES [dir.], *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, pp. 592-593 y p. 607).

⁶⁸ Si bien las reivindicaciones van más allá de la despenalización del “top manta”, pues la persecución de estas personas no solo se lleva a cabo a través del Derecho penal, sino también a través del Derecho administrativo sancionador, muy especialmente desde la legislación de extranjería. Así a los “manteros” se han unido recientemente los “lateros”, que venden bebidas por las calles las noches de fiesta y que si bien no son objeto de persecución penal, sí sufren la aplicación de la normativa administrativa sancionadora sobre venta ambulante.

⁶⁹ Sobre los instrumentos de esta política migratoria, vid. por todos, TERRADILLOS BASOCO «Las políticas penales europeas de inmigración», en PUENTE ABA/ZAPICO BARBEITO/RODRÍGUEZ MORO (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, 2008, pp. 195 ss. Vid. también POMARES CINTAS, «La Unión Europea ante la inmigración irregular: la institucionalización del odio», *Eunomia*, (7), 2014-2015, pp. 143-174.

⁷⁰ Sobre estas situaciones de restricción de derechos previas a la expulsión, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular», *LH-Miguel Bajo*, 2016, pp. 291-312.

⁷¹ Así, el art. 37.7 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana considera una infracción administrativa leve la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión

escuálido estatuto jurídico que les coloca en una situación de gran vulnerabilidad contribuye además a que, como viene señalado la doctrina desde hace tiempo, las personas migrantes se han consolidado como un grupo de riesgo penal, como destinatarios prioritarios del sistema penal⁷², y las normas que proclaman defenderlos no son sino Derecho penal simbólico, de muy escasa aplicación⁷³.

Al migrante en situación irregular no se le reconoce el derecho al trabajo para poder satisfacer las necesidades propias y de las personas que de él o de ella dependen, con lo que ha de buscar sustento en la economía sumergida, con el consiguiente riesgo de explotación. El trabajar sin permiso de trabajo ni de residencia se conceptúa como una infracción administrativa grave (art. 53.1 b) de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), así como el dar trabajo a una persona “sin papeles”, si bien desde la LO 1/2015, de modificación del Código penal, dar trabajo de forma reiterada a inmigrantes en situación irregular –sin necesidad de que concurra ningún tipo de abuso ni de explotación– pasa a ser constitutivo de delito (art. 311 bis CP): el círculo alrededor del migrante irregular se cierra cada vez más⁷⁴. Ha de comprenderse que, sin permiso de trabajo y ante la dificultad de encontrar en estas condiciones una actividad remunerada, la venta ambulante es de las pocas actividades laborales al alcance de estas personas.

No se puede ocultar el desafío que las situaciones de exclusión descritas plantean a los diversos intentos de fundamentación jurídico-política de la pena, tanto para quienes buscan dicha fundamentación en la posibilidad de participación mediante los procedimientos democráticos que dan lugar a las normas que se pretenden imputar (“el ciudadano deliberativo” de GÜNTHER Y KINDHÄUSER), como para quienes apuntan al deber de los ciudadanos de cooperar en el mantenimiento de las condiciones que aseguran la libertad y la seguridad de las que se beneficia (“el ciudadano cooperativo” de PAWLIK)⁷⁵. Y también resulta evidente que dichas situaciones de

adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente, especificando que “se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada”.

⁷² Vid. por todos BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, 2011, o también TERRADILLOS BASOCO, «Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina», en RUÍZ RODRÍGUEZ (coord.), *Sistema Penal y exclusión de extranjeros*, 2006, pp. 43 ss., p. 52.

⁷³ TERRADILLOS BASOCO, «Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina», en RUÍZ RODRÍGUEZ (coord.), *Sistema Penal y exclusión de extranjeros*, 2006, pp. 43 ss., p. 52.

⁷⁴ En palabras de un miembro de la Asociación Sin Papeles de Madrid: “Para saber lo que significa estar mucho tiempo sin papeles, tienes que pasar por eso. Es algo que no se puede explicar. No sentimos vergüenza, sabemos que es simplemente una ley. Pero es estar condenado a la ilegalidad, a no tener trabajo. A tener la constante preocupación de tu familia tan lejos y tú sin poder moverte. Da mucho estrés. Es una pequeña cárcel y no queremos volver [al país de origen] porque sería un poco una vergüenza. Hay momentos que estás tan agobiado que dices, da igual, y sales a la calle sin importarte si te van a detener o qué. Sólo hay que desayunar muy bien antes de salir de casa. Porque sabes que en cualquier momento la poli se para a tu lado te pide los papeles y ya está. Aunque la manta ahora no sea delito, la policía se pasa y nos pide la documentación. Y puedes acabar en el CIE. Incluso te pueden parar en la puerta de tu casa. Cuando ves que un compañero está con el móvil apagado un largo rato, a veces hasta bromeamos, decimos que se ha debido ir tres días de vacaciones, o que se ha ido de peregrinaje. Hay momentos que hay que usar el humor” (MARTÍNEZ ESCAMILLA/ ASOCIACIÓN SIN PAPELES DE MADRID, en PEÑA/ AUSÍN [eds.], *Pasando Fronteras. El valor de la movilidad humana*, 2015, p. 135).

⁷⁵ Sobre estos intentos y sus dificultades para fundamentar el merecimiento de pena de las personas socialmente excluidas, vid. CIGÜELA SOLA, «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günter y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret*, (2), 2017. Sobre estos intentos también SILVA SÁNCHEZ, «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, pp. 715 ss.

exclusión cuestionan la legitimidad del Estado para castigar y que deben tener algún reflejo en la responsabilidad penal, pues como afirma SILVA SÁNCHEZ “el Estado sólo puede calificar como sujetos de responsabilidad –dirigiéndoles el juicio de reproche por su conducta– a aquellos sujetos a quienes simultáneamente quepa calificar como sujetos de protección”⁷⁶, si bien esta idea es un punto de partida necesitado de un desarrollo aplicativo.

Intentando concretar, CIGÜELA SOLA apunta la matización de que habrá de tenerse en cuenta no sólo la gravedad y características de la exclusión, sino también la gravedad del delito cometido y los bienes a los que afecta, afirmando que el Estado retiene por lo general un residuo de legitimidad para hacer responder a quien infrinja las normas que están conectadas con la dignidad⁷⁷. En cualquier caso, el juicio sobre la relevancia penal de situaciones de exclusión deberá contar con instrumentos aplicativos. La doctrina no ha desarrollado a mi juicio suficientemente la cuestión de a través de qué estructuras dogmáticas se puede explicar con mayor coherencia la renuncia o la atenuación de la pena en atención a las situaciones de exclusión, ni la jurisprudencia se ha prodigado en aplicar los pocos instrumentos que el Código penal ofrece. Así, en supuestos como el de la venta ambulante con fines de supervivencia, podría acudir a un estado de necesidad completo o incompleto (art. 20.5 CP)⁷⁸, a la construcción de una atenuante analógica (art. 21.7 CP) o a la solicitud de indulto (art. 4.3 CP). Se alude también a la posibilidad de atender a la exclusión social en la individualización de la pena a través de “las circunstancias personales del delincuente” (art. 66.1.6 CP)⁷⁹, aunque la eficacia de este recurso es sumamente limitada por cuanto solo opera cuando no concurren ni atenuantes ni agravantes y el margen de juego se restringe a la extensión de la pena. En cuanto a la naturaleza jurídica de estas situaciones de exclusión, la inexigibilidad se ha apuntado como el lugar idóneo para estas consideraciones, donde, como sostiene MARTÍN LORENZO, “la exclusión de la responsabilidad no se explica por causas relativas a la individualidad biopsíquica del sujeto ni por el limitado alcance de su conocimiento, sino por la situación en que se halla”, siendo común la exigencia de una situación de conflicto y determinante de la inexigibilidad, según esta autora, la comprensión hacia el motivo por el que se ha actuado⁸⁰, aunque en la medida en que el sujeto se enfrenta a un conflicto entre bienes jurídicos, podría verse ya cuestionada la antijuridicidad penal⁸¹.

No es posible en este trabajo profundizar en los eventuales instrumentos de adaptación de la respuesta penal a las situaciones de exclusión. Baste apuntar que no parecen suficientes y que la

⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 724.

⁷⁷ CIGÜELA SOLA, *InDret*, (2), 2017, pp. 27-28.

⁷⁸ Sobre las posibilidades de aplicación de la eximente de estado de necesidad en situaciones de pobreza, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, «“Los correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo: Pobreza, estado de necesidad y prevención general», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 701 ss.; DEL OLMO DEL OLMO, «El hurto famélico y la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación», *La Ley*, (6426), ref.^a. D-47.

⁷⁹ CÁMARA ARROYO, «Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», *ADPCP*, (LXVIII), 2015, pp. 237 ss.

⁸⁰ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, 2009, pp. 331-334

⁸¹ Sobre la consideración del estado de necesidad siempre como una causa de justificación vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 701 ss.

jurisprudencia no se muestra muy proclive a su aplicación. Por ello no me parece en principio rechazable que en determinados tipos penales el legislador, con el fin de garantizar la toma en consideración, incorpore un tratamiento especial para estas situaciones de exclusión, y por ello no comparto la crítica a la LO 5/2010 de modificación del Código penal, por haber abordado el fenómeno de la venta ambulante con fines de supervivencia. Otra cosa es que la regulación incorporada fuera la opción político-criminal más correcta, pues no lo fue, ni por supuesto lo es la consagrada por la LO 1/2015, castigando la venta ambulante o meramente ocasional con pena única de prisión, que será la pena que se aplique cuando el órgano judicial, en su interpretación de “las características del autor” o de la “reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener”, entienda que no procede mayor atenuación. No es de recibo que defraudar a Hacienda ciento veinte mil euros o cifra inferior se considere una conducta carente de relevancia penal y que, sin embargo, constituya delito y se castigue penalmente a quien para sobrevivir, vende sus mercancías sobre una manta.

6. *Tabla comparativa de regulaciones*

Regulación introducida por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del CP	Regulación introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del CP	Regulación introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del CP
Delitos contra la propiedad intelectual	Delitos contra la propiedad intelectual	Delitos contra la propiedad intelectual
<p>Art. 270.1: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.</p>	<p>Art. 270.1. párrafo 2º: “No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del 623.5”.</p> <p>Art. 623.5: “Serán castigados la localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses: 5. Los que realicen los hechos descritos en los artículos 270.1 y 274.2, cuando el beneficio no sea superior a 400 euros salvo que concorra alguna de las circunstancias prevenidas en los artículos 271 y 276, respectivamente”.</p>	<p>Art. 270.4: “En los supuestos a que se refiere el apartado 1, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años” “No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días”</p>
Delitos contra la propiedad industrial	Delitos contra la propiedad industrial	Delitos contra la propiedad industrial
<p>Art. 274.1: “Será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquel,</p>	<p>Art. 274.2 párrafo 2º: “ No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no</p>	<p>Art. 274.3: “La venta ambulante u ocasional de los productos a los que se refieren los apartados anteriores será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años. No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el juez podrá imponer la pena de</p>

<p>para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado, o con su consentimiento”.</p>	<p>exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5”.</p> <p>Art. 623.5: “Serán castigados la localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses: 5. Los que realicen los hechos descritos en los artículos 270.1 y 274.2, cuando el beneficio no sea superior a 400 euros salvo que concurra alguna de las circunstancias prevenidas en los artículos 271 y 276, respectivamente”.</p>	<p>multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.”</p>
---	---	--

7. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, sección y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Barcelona, 2ª, 25.03.2004	Roj: SAP B 3784/2004	Guillermo Benlloch Petit
SAP Badajoz, 1ª, 16.04.2004	Roj: SAP BA 322/2004	Rafael María Martínez de la Concha Álvarez del Vayo
SAP Barcelona, 10ª, 15.06.2004	Roj: SAP B 7946/2004	José María Pijuán Canadell
SAP Madrid, 17ª, 29.10.2004	Roj: SAP M 13844/2004	Ramiro José Ventura Faci
SAP Burgos, 1ª, 26.11.2004	Roj: SAP BU 1371/2004	Francisco Manuel Marín Ibáñez
SAP Zaragoza, 3ª, 17.02.2005	Roj: SAP Z 429/2005	Julio Arenere Bayo
SAP Barcelona, 10ª, 07.04.2005	Roj: SAP B 3219/2005	Daniel de Alfonso Laso
SAP Barcelona, 7ª, 08.02.2006	Roj: SAP B 1747/2006	Ana Ingelmo Fernández

SAP Madrid, 7ª, 19.06.2006	Roj: SAP M 10114/2006	María del Pilar Rasillo López
SAP Burgos, 1ª, 6.10.2006	Roj: SAP BU 706/2006	José Luis Díaz Roldán
SAP Pontevedra, 2ª, 26.10.2007	Roj: SAP PO 2721/2007	José Juan Ramón Barreiro Pardo
SAP Madrid, 7ª, 05.11.2007	Roj: SAP M 15762/2007	María Jesús Coronado Buitrago
SAP Lleida, 1ª, 16.01.2008	Roj: SAP L 4/2008	Antonio Robledo Villar
SAP Bilbao, 2ª, 25.03.2008	Roj: SAP BI 183/2008	María Jesús Real de Asúa Llona
SAP Madrid, 17ª, 21.04.2008	Roj: SAP M 4264/2008	Rosa María Brobia Varona
SAP Málaga, Sede Melilla, 7ª, 23.04.2008	Roj: SAP ML 82/2008	Juan Rafael Benítez Yebene
SAP Cádiz, 8ª, 02.09.2008	Roj: SAP CA 1813/2008	Ignacio Rodríguez Bermúdez de Castro
SAP Madrid, 7ª, 06.11.2008	Roj: SAP M 17545/2008	Ignacio José Fernández Soto
SAP Valencia, 4ª, 21.09.2009	Roj: SAP V 4532/2009	Antonio Ferrer Gutiérrez
SAP Valencia, 2ª, 01.07.2010	Roj: SAP V 2422/2010	Juan Manuel Ortega Lorente
SAP Valencia, 2ª, 12.04.2013	Roj: SAP V 2003/2013	José Manuel Ortega Lorente
SAP Sevilla, 1ª, 06.02.2014	Roj: SAP SE 422/2014	María Auxiliadora Echavarri García
SAP Salamanca, 1ª, 26 .05.2014	Roj: SAP SA 272/2014	Ángel Salvador Carabias Gracia
SAP Granada, 2ª, 26.10.2015	Roj: SAP GR 1620/2015	Aurora María Fernández García
SAP Málaga, 9ª, 26.01.2016	Roj: SAP MA 29/2016	María Teresa Guerrero Mata

SAP Las Palmas, 1ª, 08.03.2016	Roj: SAP GC 1003/2016	Miguel Ángel Parramon Bregolat
SAP Barcelona, 7ª, 26.10.2016	Roj SAP B 10858/2016	Pablo Díez Noval
SAP Palma de Mallorca, 2ª, 14.11.2016	Roj: SAP IB 1956/2016	Diego Jesús Gómez-Reino Delgado
SAP Castellón de la Plana, 1ª, 18.11.2016	Roj: SAP CS 984/2016	Pedro Luis Garrido Sancho
SAP Cádiz, 4ª, 09.12.2016	Roj: SAP CA 2023/2016	María Inmaculada Montesinos Pidal
SAP Las Palmas de Gran Canaria, 2ª, 13.02.2017	Roj SAP GC 738/2017	María del Mar Verastegui Hernández
SAP Cádiz, 1ª, 01.03.2017	Roj: SAP CA 488/2017	Francisco Javier García Sanz
St Juzgado de lo Penal nº 3 de Pamplona/Iruña, 31.03.2017	Procedimie nto Abreviado 280/2016 St 94/2017	Aurora Ruíz Ferreiro
SAP Barcelona, 7ª, 26.10.2016	Roj: SAP B 10858/2016	Pablo Díez Noval

8. Bibliografía

ALHAMBRA PÉREZ (2016), *Estudio práctico de los delitos leves. Análisis sustantivo y procesal*, Comares, Granada.

BOLDOVA PASAMAR (2014), «La desaparición de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (16-12), pp. 1 ss.

BRANDARIZ GARCÍA (2011), *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada.

————— (2007), *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada.

CÁMARA ARROYO (2015), «Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (68), pp. 237 ss.

CARRASCO ANDRINO (2011), «Delitos relativos a la propiedad industrial», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho penal. Parte especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 474 ss.

————— (2010), «Los delitos relativos a la propiedad industrial: la modificación de los apartados 1 y 2 del art. 274 CP y la nueva falta del 623.5 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 305 ss.

CASELLES FORNES (2017), *Derecho de marcas y proceso penal*, Reus Editorial y Elzaburu, Madrid.

CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS (2007), «¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2).

CIGÜELA SOLA (2017), «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günter y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2).

DE VICENTE MARTÍNEZ (2015), *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Bosch, Barcelona.

DEL OLMO DEL OLMO (2006), «El hurto famélico y la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación», *Diario La Ley*, (6426), ref^a. D-47.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2009), «Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España», *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, (30-88), pp. 93 ss.

EALHAM (2005), *La lucha por Barcelona. Clase, cultura y conflicto, 1898-1937*, Alianza Editorial, Madrid.

FARALDO CABANA (2016), *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GALÁN MUÑOZ (2015), «La reforma de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 585 ss.

GARCÍA RIVAS (2012), «Lección XVI. Delitos contra la propiedad intelectual», en BOIX REIG (dir.) *Derecho penal. Parte Especial*, t. II, Iustel, Madrid, pp. 413 ss.

————— (2012), «Lección XVII. Delitos contra la propiedad industrial», en BOIX REIG (dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, t. II, Iustel, Madrid, pp. 435 ss.

GIMBERNAT ORDEIG (2005), «El bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 1411 ss.

GÓMEZ RIVERO (2013), «La tutela penal de la propiedad intelectual e industrial: las últimas reformas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (36), pp. 28 ss.

————— (2012), *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GONZÁLEZ GÓMEZ (1998), *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual. De la reforma de 1987 al Código penal de 1995*, Tecnos, Madrid.

GUINARTE CABADA (2015), «Delitos contra la propiedad industrial (arts. 274 y 276 CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 893 ss.

LARRAURI PIJOAN (2016), «Antecedentes penales y expulsión de personas migrantes», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, (2).

LLORIA GARCÍA (2009), «“top manta” y “top mochila”. Algunas reflexiones sobre su ilicitud penal a la vista de la jurisprudencia más reciente», en PALAO MORENO/PLAZA PENADÉS, (dir.), *Nuevos retos de la propiedad intelectual. Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, Thomson Reuters, Madrid, pp. 195 ss.

MARTÍN LORENZO (2009), *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTÍNEZ ESCAMILLA (2016), «Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coord.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 291 ss.

————— (2010), «Distribución al por menor (“top manta”) en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial», en *Memento Experto. Reforma penal 2010*, Francis Lefebvre, pp. 257 ss.

————— (2010), «Ni un mantero en prisión. Historia de una campaña», *Revista Mugak*, (52), pp. 17 ss.

————— (2004), «“Los correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo: Pobreza, estado de necesidad y prevención general», en BECHIARELLI/TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA, (coord.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 701 ss.

MARTÍNEZ ESCAMILLA/ASOCIACIÓN “SIN PAPELES” DE MADRID (2015), «“La manta” y la hospitalidad en el Código penal que nos amenaza», en PEÑA/AUSÍN (eds.), *Pasando Fronteras. El valor de la movilidad humana*, Plaza y Valdés, pp. 127 ss. (disponible también en <http://eprints.ucm.es/24184/>).

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2015), *Derecho penal y económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MESTRE DELGADO (2017), «Tema 13. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 466 ss.

————— (2010), «La reforma (piccola y pícara) de los delitos contra la propiedad intelectual», *Diario La Ley*, (7534).

MORA GONZÁLEZ (2002), *La protección penal del derecho de marca: caminando hacia el monólogo*, Universidad de Castilla la Mancha, Iustel, Madrid.

MORÓN LERMA (2010), «Delitos contra la propiedad intelectual», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 297 ss.

PAREDES CASTAÑÓN (2005), «Los delitos de usurpación de marcas y otros signos distintivos: ¿protección del derecho, protección del patrimonio o protección del consumidor?», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 1647 ss.

PÉREZ MANZANO (2016), «Lo que una verdad (a medias) esconde: el destino de las faltas», en MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho (UCM), Madrid, pp. 269 ss.

POMARES CINTAS (2014), «La Unión Europea ante la inmigración irregular: la institucionalización del odio», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, (7), pp. 143 ss.

PUENTE ABA (2008), «El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual», *Revista Penal*, (21), pp. 103 ss.

RODRÍGUEZ MORO (2012), *Tutela penal de la propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RUÍZ RODRÍGUEZ/ RODRÍGUEZ MORO (2016), «Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial», en TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, t. IV (*Derecho penal. Parte especial: Derecho penal económico*), 2ª ed., Iustel, Madrid.

SEGURA GARCÍA (2005), *Los delitos contra la propiedad industrial en el Código penal español de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SILVA SÁNCHEZ (2013), «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Editorial Constitutio Criminales Carolina, Oviedo, pp. 715 ss.

SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/GÓMEZ-JARA DÍEZ (2011), «Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 377 ss.

TERRADILLOS BASOCO (2011), «El Derecho penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración», en MUÑOZ CONDE ET AL, *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1113 ss.

————— (2008), «Las políticas penales europeas de inmigración», en PUENTE ABA/ZAPICO BARBEITO/RODRÍGUEZ MORO (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, pp. 195 ss.

TIRADO ESTRADA (2016), *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital (Análisis tras la reforma del Código penal de 2015)*, Comares, Granada.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2016) «Delitos relativos a la propiedad intelectual», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Francis Lefebvre, Madrid.

————— (2015), «Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 845 ss.

VALLÉS CAUSADA (2007), «Guardia Civil y defensa de la propiedad intelectual. La lucha contra la piratería física», en *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales, Colección de Estudios de Derecho Judicial*, (129), CGPJ, pp. 189 ss.