

48

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HIS PRÆVIDE ET PRO

Revista

Julio 2021

48

Revista Penal

Penal

Julio 2021



tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 48

Sumario

Doctrina:

- Aporofobia y delito: la criminalización del top manta, por *Demelsa Benito Sánchez*..... 5
- Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporóforas a través de los delitos patrimoniales, por *Isabel García Domínguez*..... 33
- El elemento subjetivo del delito de autocapacitación terrorista (art. 575,2 CP): una nueva interpretación, por *Carmen González Vaz*..... 58
- La representación de la violencia filio-parental en *Quién te cantará* (Vermut, 2018), por *Jorge Gracia Ibáñez* y *Ana L. Cuervo García*..... 74
- Pertinencia de la formación universitaria en Criminología y Criminalística, por *Wael Sarwat Hikal Carreón*..... 85
- La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida, por *Cristina Isabel López López*..... 94
- Abogados y profesores en los juicios de Núremberg, por *Francisco Muñoz Conde*..... 110
- The Ayotzinapa case as an example of how corruption, impunity and core crimes intertwine, por *Francisco Muñoz-Conde* y *Tania Ixchel Atilano*..... 121
- Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, por *José Manuel Paredes Castañón*..... 132
- La ocupación de un inmueble sin violencia o intimidación: un delito innecesario, por *Ana Isabel Pérez Cepeda*..... 143
- Incumplimiento de las obligaciones exigibles y concepto penal de insolvencia, por *Mario Sánchez Dafauce*..... 163
- Franz Exner (1881-1947), por *Sebastian Scheerer* y *Dors Lorenz*..... 190
- El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable, por *José Luis Serrano González de Muriello*..... 205

Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal 2018-2021. (*Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2018-2021*)..... 216

Bibliografía:

- **Recensión:** “La contracción del Derecho procesal penal” de Juan- Luis Gómez Colomer (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020), por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 285

Fe de erratas..... 287

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva *Arias Montano*: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Jiajia Yu (China)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Ana Cecilia Morun y Francisco Álvarez Martínez (República Dominicana)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Fabio Nicolichia y Francesco Rossi (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Aporofobia y delito: la criminalización del top manta

Demelsa Benito Sánchez

Revista Penal, n.º 48. - Julio 2021

Ficha técnica

Autora: Demelsa Benito Sánchez

Adscripción institucional: Universidad de Deusto - Profesora Contratada Doctora de Derecho penal.

Title: Aporophobia and crime: the criminalisation of the illegal street vending.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN “DERECHO PENAL DE LA APOROFOBIA”. III. EL PROBLEMA DE LOS DATOS EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TOP MANTA. IV. EL DERECHO PENAL COMO *PRIMA RATIO* FRENTE A LOS DELITOS DE LOS POBRES: LA CRIMINALIZACIÓN DEL TOP MANTA. 1. La vulneración del principio de intervención mínima en la tipificación de los delitos de top manta. 2. Las consecuencias aporófobas de la condena por un delito de top manta. 3. Propuesta para despenalizar el top manta o, al menos, para mitigar la respuesta penal. V. CONCLUSIONES. Referencias bibliográficas. Listado de sentencias citadas.

Summary: I. INTRODUCTION. II. THE MEANING OF THE EXPRESSION “CRIMINAL LAW OF APOROPHOBIA”. III. THE PROBLEM OF DATA RELATED TO THE CRIMINAL OFFENCES OF ILLEGAL STREET VENDING. IV. CRIMINAL LAW AS A *PRIMA RATIO* AGAINST THE OFFENCES OF THE POOR: THE CRIMINALIZATION OF THE ILLEGAL STREET VENDING. 1. The isolation of the principle of minimal intervention in the criminalisation of illegal street vending. 2. The aporophobic consequences of the conviction for the offence of illegal street vending. 3. Proposal to decriminalise the illegal street vending or, at least, to mitigate the criminal response. V. CONCLUSIONS. References. Case law.

Resumen: Este trabajo tiene por objeto el estudio de una de las principales muestras del “Derecho penal de la aporofobia” que se pueden encontrar en el Código Penal español: el delito de top manta. La expresión “Derecho penal de la aporofobia” hace referencia a esas normas penales que dispensan un trato discriminatorio a las personas más desfavorecidas económicamente. El top manta, es decir, la venta ambulante de productos falsificados, es el medio de vida de un determinado colectivo de personas en España, el colectivo de inmigrantes pobres, normalmente, en situación administrativa irregular. Sin poder acceder legalmente a un trabajo, esta venta callejera es su manera de subsistir. El legislador entiende que estas conductas deben ser delito por afectar a los derechos de propiedad intelectual e industrial. En este trabajo, sin embargo, se defiende que tal afectación no se produce o no lo hace en un grado tal que merezca la intervención del Derecho penal, que además no se ha mostrado eficaz en la erradicación de estas prácticas. Por eso, se propone su despenalización o, al menos, una interpretación muy restrictiva y favorable a reo del tipo penal.

Palabras clave: aporofobia, bagatela, delito, Derecho penal, pobreza, top manta.

Abstract: This paper aims to study one of the main examples of the “criminal law of aporophobia” that can be found in the Spanish Criminal Code: the offence of illegal street vending. The expression “criminal law of aporophobia” refers to those criminal laws that provide discriminatory treatment to the most economically disadvantaged people. The illegal street vending is the only livelihood of certain individuals in Spain: poor immigrants, usually in an irregular adminis-

trative situation. Since they cannot access to the legal labour market, the street vending of counterfeit products is their only way of getting livelihood. The legislator considers that these behaviors shall be a criminal offence because they affects intellectual and industrial property rights. This paper, however, argues that such impact does not occur or does not do so to a degree that justifies the intervention of the criminal law, which has also not been effective in eradicating these practices. For this reason, this paper proposes the decriminalisation of the illegal street vending or, at least, a very restrictive interpretation of the elements of the definition of this criminal offence.

Keywords: aporophobia, bagatelle, crime, criminal law, poverty, “top manta” (illegal street vending).

Observaciones: Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales” (RTI2018-095155-A-C22), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España para el período 2019-2021 (Proyecto Coordinado “Aporofobia y Derecho Penal”, RTI2018-095155-B-C21).

Abreviaturas utilizadas: BOE (Boletín Oficial del Estado), CP (Código Penal), DOUE (Diario Oficial de la Unión Europea), FGE (Fiscalía General del Estado), FJ (fundamento jurídico) SAP (Sentencia de la Audiencia Provincial), SJP (Sentencia del Juzgado de lo Penal), STS (Sentencia del Tribunal Supremo), TBC (Trabajos en beneficio de la comunidad).

Rec.: 7-04-2021 **Fav.:** 3-05-2021

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo ofrece un estudio de una de las principales manifestaciones de la aporofobia que se pueden observar en el Derecho penal español: la consideración como delito del llamado top manta. Esta expresión, que no aparece definida en el diccionario de la Real Academia Española, hace referencia al puesto ambulante en el que se venden productos falsificados¹. En el caso de España, en un principio, este tipo de venta se centró en copias piratas de CD de música, luego se pasó a los DVD y en el momento actual el foco se pone en la venta de prendas de vestir, como camisetas de equipos de fútbol, calzado, bolsos y otros complementos de conocidas marcas. El ofrecimiento de esos productos en la vía pública, a un precio mucho más reducido del que tendrían en el establecimiento oficial, se ha convertido en el modo de subsistir de un determinado colectivo de personas en España, el colectivo de personas inmigran-

tes pobres, normalmente, en situación administrativa irregular; concretamente, varones jóvenes procedentes del continente africano. La carencia de un permiso de trabajo les impide acceder al mercado laboral legal, por lo que son escasas las salidas que tienen para sobrevivir. Entre ellas podrían estar, por supuesto, las ayudas públicas pero los estrictos requisitos para acceder a ellas hacen que, para la persona en situación administrativa irregular sea prácticamente imposible conseguir las, e incluso para el extranjero que reside legalmente puede ser verdaderamente complicado acceder a ellas². Ante estas dificultades, una alternativa para la supervivencia en es recurrir al top manta, esto es, a la venta de productos falsificados por las calles, sin engaño alguno para el cliente porque quien compra en el top manta conoce a la perfección que el producto es falso.

Siendo esta la única opción de este colectivo de personas para la subsistencia, el legislador español decidió hace tiempo que estas prácticas debían ser considera-

¹ La definición procede de la Fundación del español urgente (Fundéu), entidad asesorada por la Real Academia Española (<https://www.fundeu.es/>). Respecto de la grafía de la expresión, en este artículo se opta por seguir las recomendaciones de la Fundéu, la cual señala que lo apropiado es escribirla con dos palabras pues la pronunciación mayoritaria mantiene el acepto individual en ambas voces: /tóp mánta/. Y dada la extensión de ambos términos, no hay razón para escribirlos entre comillas ni con cursiva, salvo que dichos vocablos aparezcan en medios no españoles.

² Por ejemplo, en el caso de la renta de garantía de ingresos (RGI) que ofrece el gobierno vasco, junto con el empadronamiento, primer escollo para el inmigrante en situación administrativa irregular, se requiere tener residencia efectiva en esta comunidad autónoma durante los tres años anteriores ininterrumpidamente, aunque hay excepciones. A ello hay que añadir toda una multitud de requisitos como la acreditación de que no se dispone de recursos económicos ni de bienes (salvo vivienda habitual), ser mayor de 23 años, haber solicitado cualesquiera otras prestaciones económicas que le pudiera corresponder, estar inscrito como demandante de empleo, etc. Además, se debe tener una cuenta bancaria para recibir la ayuda, cosa que no puede hacer un inmigrante en situación irregular. *Vid.* Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social (Boletín Oficial del País Vasco, núm. 250, de 31.12.2008).

das delictivas por atentar, en su opinión, contra los intereses económicos que derivan de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Las reformas del Código Penal de los años 2010 y 2015 dejan claro que estas conductas son delito, pese a la opinión en contra de la mayoría de la doctrina e incluso de parte de la jurisprudencia, que había recurrido a diversas fórmulas para absolver a los materos³, como realizar interpretaciones muy restrictivas del tipo penal o acudir al principio de intervención mínima del Derecho penal como principio limitador del *ius puniendi* del Estado. La reforma de 2015, en una muestra del rigor punitivo del legislador con los más desfavorecidos, dificulta el recurso a esas fórmulas que había diseñado la jurisprudencia para no condenar.

Este artículo defiende la tesis de que la criminalización del top manta es una muestra de lo que se puede denominar “Derecho penal de la aporofobia” que rige en el momento actual, un Derecho penal que pone la lente sobre los excluidos del sistema, castigando conductas de escasa o nula lesividad para bienes jurídicos que, como sucede con el caso del top manta, se llevan a cabo porque son la única opción para subsistir. Su criminalización vulnera el principio de intervención mínima, razón por la cual, se aboga por su despenalización. En todo caso, no se ignora en este trabajo que es muy difícil eliminar un delito del Código Penal. Por ello, se propone una interpretación muy restrictiva y a favor de reo del tipo penal.

Este trabajo se estructura del siguiente modo. Tras el epígrafe primero dedicado a la introducción, el segundo ofrece una definición del llamado “Derecho penal de la aporofobia”, en el marco del cual se ubica la consideración del top manta como delito. El epígrafe tercero pretende presentar la realidad *penal* del top manta. Para ello, se querían ofrecer datos sobre esta modalidad delictiva, si bien, ha sido complicado encontrar información tan precisa en las fuentes oficiales, que se suelen limitar a ofrecer datos sobre *todos* los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. El epígrafe cuarto explica por qué la criminalización del top manta es una muestra de un sistema penal aporóforo y por qué se rechaza la permanencia de este delito en el Código Penal, centrando el argumento en la vulneración del principio de intervención mínima, es decir, una vulneración de carácter fragmentario y subsidiario que debe tener el Derecho penal. Para la construcción de estos

argumentos se ha tenido en consideración la doctrina más relevante y actual en la materia y se ha realizado un estudio jurisprudencial del tratamiento del top manta en los últimos cuatro años, teniendo en cuenta que otros estudios han revisado la jurisprudencia hasta esa fecha⁴. Finalmente, dentro de este epígrafe, se explican las consecuencias aporóforas de la tipificación del top manta, esencialmente, el escaso o nulo efectivo preventivo-general y preventivo-especial de la pena de multa en este delito pues, dada la condición socioeconómica del reo, no es de extrañar que no la pague. La consecuencia es la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, que puede determinar el ingreso en prisión del mantero condenado a una pena de multa y que no la paga. Otras consecuencias derivan del hecho de que el prototipo de sujeto activo de este delito es un ciudadano extranjero en situación administrativa irregular, lo que implicará una negación del permiso de residencia y trabajo cuando lo solicite si sus antecedentes penales no han sido cancelados. El epígrafe quinto ofrece las conclusiones de este estudio, proponiendo la despenalización del top manta así como algunas alternativas para mitigar los efectos aporóforos del Derecho penal en este punto si el tipo penal continúa en el Código Penal.

II. EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN “DERECHO PENAL DE LA APOROFOBIA”

Se deja ver en el título de este trabajo que la criminalización del top manta es una muestra del “Derecho penal de la aporofobia”. Esta expresión merece ser explicada. El término aporofobia fue acuñado por la filósofa española Adela Cortina a mediados de los años noventa para designar el rechazo al pobre⁵, aunque su uso no se generalizó hasta la publicación de su obra *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia* en el año 2017⁶, mismo año en el que este término fue elegido palabra del año por la Fundéu e incorporado al diccionario de la Real Academia Española⁷. Con este término, Cortina quiere llamar la atención sobre un elemento que caracteriza a la sociedad actual, que no se identifica exactamente con dos palabras ya existentes, la xenofobia y el racismo, porque lo que *molesta* de determinadas personas, como los refugiados políticos o los inmigrantes irregulares, no es su condición de extranjeros o su pertenencia a otra raza, sino que sean po-

3 Según la Fundéu, el mantero es la persona que se dedica al negocio del top manta.

4 *Vid.*, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Régimen jurídico, política criminal y realidad del ‘top manta’”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1, 2018, pp. 1-37.

5 El término apareció por primera vez en CORTINA, A. “Aporofobia”. *ABC Cultural*, 1 de diciembre de 1995, p. 63.

6 CORTINA, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Paidós, Barcelona, 2017.

7 La definición incorporada es “Fobia a las personas pobres o desfavorecidas”, del griego *áporos*, carente de recursos y —*fobia*. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, 23ª ed., 2020.

bres, es decir, que “en apariencia, no puede[n] devolver nada bueno a cambio” a la sociedad que los recibe, únicamente problemas, de ahí la tendencia a excluirlos⁸.

Precisamente, el Derecho penal puede contribuir a esa exclusión⁹. Lo hace cuando, por ejemplo, se criminalizan conductas de bagatela que lleva a cabo al inmigrante irregular para subsistir, como el top manta. Pero lo hace también cuando no se castigan los ataques de los que es víctima el excluido, cuando no se castigan los abusos que sufre, precisamente, por su situación de necesidad económica¹⁰. Son estas dos manifestaciones del Derecho penal de la aporofobia, expresión con la cual se quiere hacer referencia a un Derecho penal que trata de manera diferente (peor) a los más desfavorecidos. El Derecho penal puede ser aporóforo¹¹ *por exceso* o *por defecto*. Lo es por exceso cuando se criminalizan conductas de escasa lesividad, como la pequeña delincuencia patrimonial, llevada a cabo, en buena parte, por personas en una situación socioeconómica desfavorecida, y se asignan penas desproporcionadas en comparación con las penas de los delitos económicos. Y ello pese al escaso impacto personal, social, económico o medioambiental de estas conductas¹². He aquí la dicotomía entre la aporofobia y la *plutofilia* de la que habla el profesor Terradillos Basoco¹³, entre el Derecho penal de los pobres y el Derecho penal de los ricos. Se castigan los ataques mínimos a la propiedad, como hurtos o defraudaciones, o el propio top manta, con indepen-

dencia de la cuantía del perjuicio y del beneficio; pero en el fraude fiscal se exige que se superen los 120.000€ (art. 305 CP) y en el delito de alteración de precios en el mercado se pide un beneficio o perjuicio superior a 250.000€ (art. 284 CP). Por esta razón se ha generalizado la expresión “Derecho penal del amigo”¹⁴, para designar a ese conjunto de normas penales benevolentes con el delincuente de cuello blanco¹⁵, en contraposición con la ya clásica expresión “Derecho penal del enemigo”, que aunque en un principio se centró en los terroristas, enemigos del sistema, hoy parece ampliarse a cualquier “otro” que se aparte de los estándares de la sociedad, entre ellos, los excluidos del sistema.

Por otro lado, el Derecho penal es aporóforo por defecto cuando no da respuesta a los ataques que sufren las personas socioeconómicamente más desfavorecidas. Pese a la expansión del Derecho penal en las últimas décadas, hay ámbitos en los que le cuesta entrar como el laboral y el medioambiental, quizá por el perfil de sus víctimas, siempre los parias del sistema¹⁶. Y así, en el caso español, se observa con estupor que no hay un castigo expreso de la esclavitud, o que las personas jurídicas no pueden responder penalmente por los delitos laborales. A nivel internacional no hay una respuesta contundente para las violaciones de derechos laborales y medioambientales llevadas a cabo por empresas multinacionales¹⁷. El Derecho penal también es aporóforo por defecto cuando no otorga la suficiente

8 CORTINA, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre...*, op. cit., pp. 11-15.

9 Vid., sobre la exclusión que depara el Derecho penal a las personas inmigrantes (pobres), GARCÍA ESPAÑA, E. “Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: un mosaico de exclusión”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-15, 2017, pp. 1-28; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “Derecho penal y exclusión social. El ‘top manta’ en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”. En DE LA CUESTA AGUADO et al (coord.). *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M^a. Terradillos Basoco*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 637-651; TERRADILLOS BASOCO, J. M. “El derecho penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración”. En MUÑOZ CONDE, F. et al (dir.). *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1113-1137.

10 O cuando no se castigan de la misma manera que los ataques a otros colectivos. Por ejemplo, el Código Penal español no incluye en la agravante de discriminación la aporofobia. Vid. al respecto, BUSTOS RUBIO, M. “Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4^a CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-04, 2021, pp. 1-42.

11 El término aporóforo no se recoge en el diccionario de la Real Academia Española pero cada vez se usa más en la prensa y en escritos académicos, para designar al que manifiesta aporofobia.

12 PENA GONZÁLEZ, W. “El comunitarismo y el Derecho penal de aporofobia”. *Revista Penal*, 47, 2021, p. 249.

13 TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2020, *passim*.

14 GARCÍA SÁNCHEZ, B. “Algunas manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal ‘del amigo’: corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco)”. *Revista Penal*, 47, 2021, pp. 61-83; VIDALES RODRÍGUEZ, C. “Derecho penal del amigo (Reflexión crítica acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública)”. *Revista de Derecho y Proceso penal*, 32, 2013, pp. 269-295.

15 Definido por Sutherland como un hombre respetable, de estatus social alto y que realizan una actividad profesional. SUTHERLAND, E. “White-Collar Criminality”. *American Sociological Review*, 5-1, 1940, pp. 1-12.

16 TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Aporofobia y plutofilia...*, op. cit., pp. 125-147

17 Aunque cada vez son más las propuestas que nacen desde la Academia para hacer frente a estas conductas. Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y DUTRA DE PAIVA, G. “La amazonia brasileña: los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medio ambiente. Una reflexión desde el Derecho penal”. *Sistema Penal Crítico*, 1, 2021, pp. 9-42; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. “Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos”. *Política Criminal*, 15-30, 2020, pp. 948-992;

protección a otros colectivos tradicionalmente explotados por su situación de necesidad, como las mujeres pobres, especialmente, las inmigrantes, víctimas de abusos laborales y sexuales¹⁸. Nótese que la esclavitud tiene un importante sesgo de género. Se estima que el 71% de las personas sometidas a trabajo forzoso en el mundo son mujeres y niñas; el 99% de las víctimas de explotación sexual son mujeres y niñas¹⁹.

La aporofobia del sistema penal también se puede observar en la fase de aplicación de la ley, aunque este trabajo, por razones de espacio, se ciñe a la aporofobia existente en la legislación vigente, en concreto, en la tipificación del top manta como delito. A continuación, se ofrecen algunos datos empíricos en relación con los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, en los que se enmarca el delito de top manta, para después entrar en el análisis de la vulneración del principio de intervención mínima que conducirá a defender la despenalización de estas conductas en el último apartado de este trabajo.

III. EL PROBLEMA DE LOS DATOS EN RELACIÓN CON DELITOS DE TOP MANTA

La realidad del top manta es indiscutible en España, como se puede apreciar, especialmente, en las calles céntricas de las grandes ciudades. No obstante, pese a ser una conducta perfectamente visible (al contrario

de lo que ocurre con otras formas de delincuencia patrimonial), conocer la magnitud *penal* del problema es complicado porque apenas se dispone de evidencia empírica en relación con estas modalidades delictivas, que tienen encaje actualmente en los delitos contra la propiedad intelectual y en los delitos contra la propiedad industrial del Código Penal, en concreto, en los arts. 270.4 y 274.3, respectivamente, dependiendo de cuál sea el objeto material sobre el que recae la acción típica. Ambos delitos se encuentran ubicados dentro de la Sección 1ª y Sección 2ª, respectivamente, del Capítulo XI del Título XIII del CP, dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico.

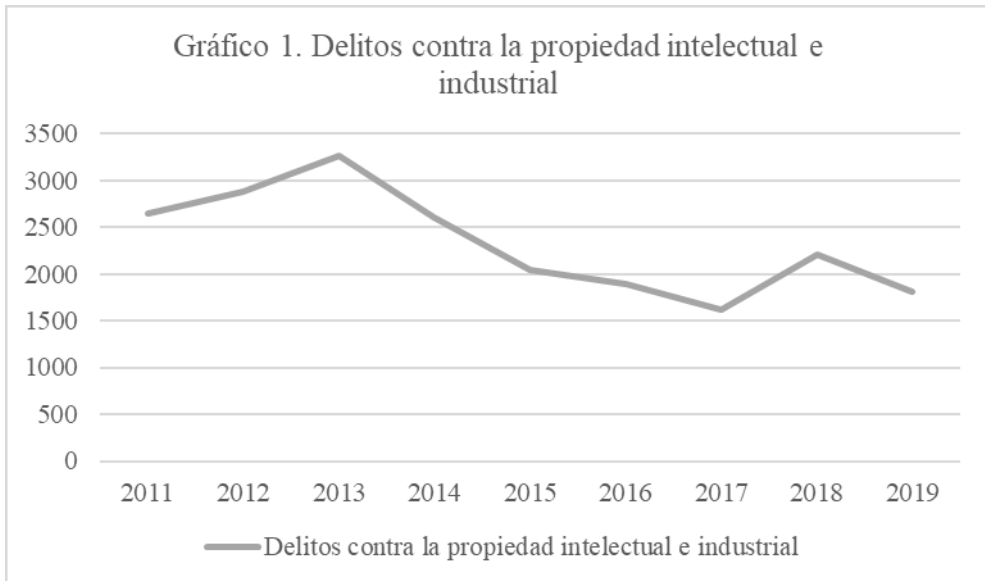
El Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, una de las principales fuentes existentes en España para conocer la evolución de la delincuencia²⁰ solo recoge una amplia categoría relativa a las infracciones penales conocidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado denominada “Contra la propiedad intelectual e industrial”. Dentro de ella no se desagregan, si quiera, esos dos grandes bloques (propiedad intelectual y propiedad industrial); mucho menos, los concretos tipos penales que pueden encontrarse en el texto punitivo. Si se observa la evolución de esa categoría delictiva en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, la curva desciende claramente desde 2013, aunque asciende en 2018 (*vid.* gráfico 1). Pese al descenso desde 2013, las condenas por estos delitos, sin embargo, aumentan claramente, según los datos del Instituto Nacional de Estadística (*vid.* gráfico 2).

PÉREZ CEPEDA, A. I. “Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por violación de los Derechos Humanos”. *Revista Penal*, 44, 2019, pp. 126-146; RUIZ ARIAS, M. “Corporate environmental criminal liability in Spain and the participation of the environmental nongovernmental organizations (ENGOS)”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 101, 2020, pp. 1-22; SERRA PALAO, P. “Cómo hacer frente a la impunidad ambiental: hacia una convención internacional contra el ecocidio”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 100, 2020, pp. 1-31.

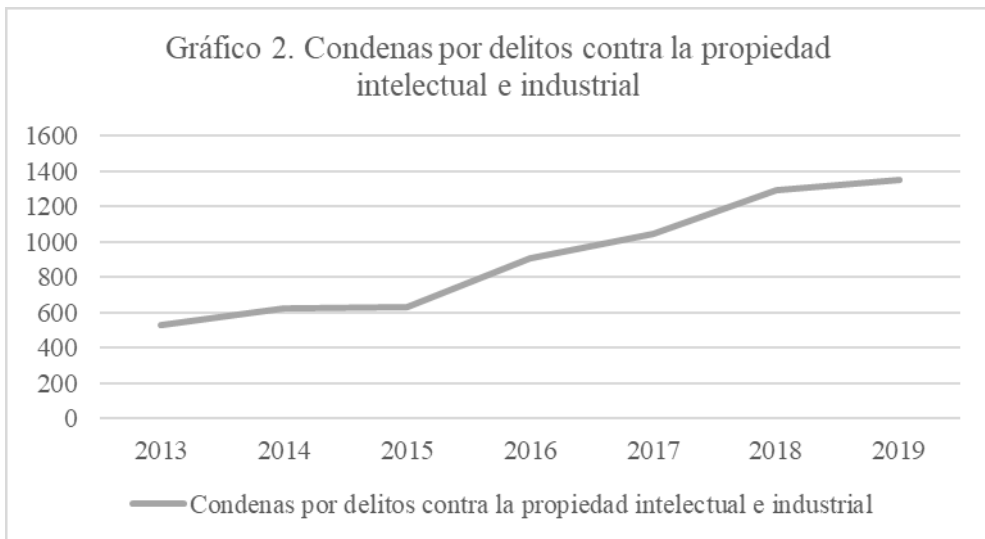
18 La literatura en este punto es amplísima. A modo de ejemplo, *vid.* recientemente, ACALE SÁNCHEZ, M. “Mujer inmigrante y pobre: una mina para el Derecho Penal”. *Revista Penal*, 47, 2021, pp. 5-23.

19 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, WALK FREE FOUNDATION y INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Global Estimates of Modern Slavery*. Ginebra, 2017, pp. 9-10.

20 FERNÁNDEZ VILLAZALA, T. “Las estadísticas oficiales en la medición del delito”. *Revista General de Derecho Penal*, 12, 2010, p. 11; SERRANO TÁRRAGA, M. D. “La medición del delito y la importancia de sus aportaciones para la criminología contemporánea”. *Revista de Derecho UNED*, 20, 2017, p. 133.



Fuente. Ministerio del Interior. *Anuario Estadístico*. 2011-2019.



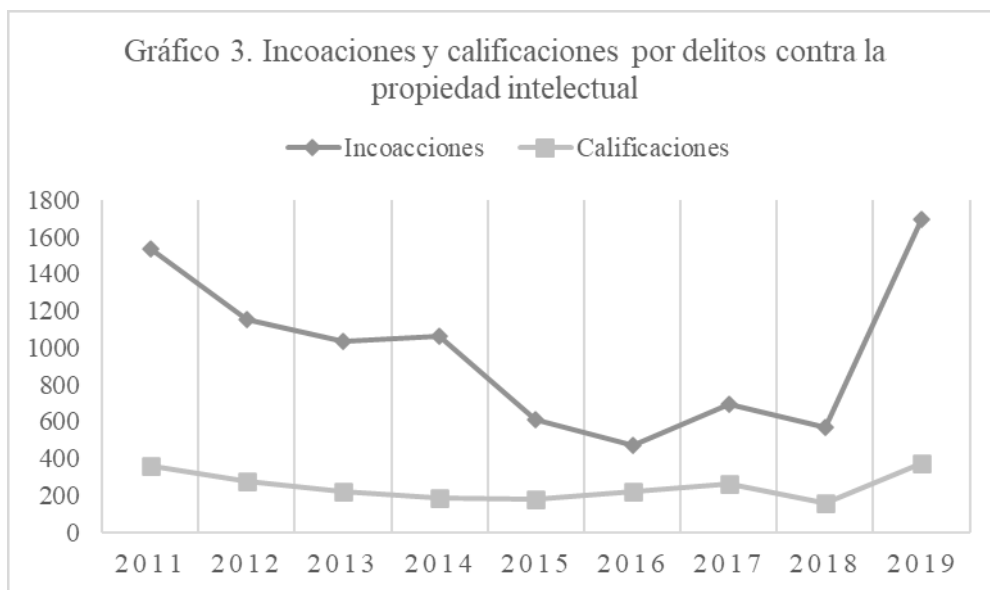
Fuente. Instituto Nacional de Estadística. *Condenados según tipo de delito*. 2013-2019²¹.

21 Información disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=25997> (última consulta el 6.4.2021). No hay datos al respecto antes del año 2013.

En las Memorias de la Fiscalía General del Estado tampoco se ofrecen datos detallados respecto de las conductas objeto de estudio en este trabajo, si bien, en ellas aparece separada la información relativa a delitos contra la propiedad intelectual, por un lado, y a delitos relativos a la propiedad industrial, por otro (*vid.* gráficos 3 y 4). En concreto, se muestran datos sobre las incoaciones y calificaciones por estos delitos. La evolución de los datos relativos a incoaciones por delitos contra la propiedad intelectual era claramente descendente hasta 2018, aunque en el año 2019 se muestra una subida muy significativa (más del doble) que la FGE no explica claramente. Indica simplemente que “la gran difusión de los medios tecnológicos hace que ahora desde la comodidad y el anonimato que proporciona el propio hogar se puedan cometer ataques a tales derechos [de propiedad intelectual e industrial]”²². La curva relativa a las calificaciones por delitos contra la propiedad intelectual se mantiene relativamente estable. Por lo que respecta a los delitos contra la propiedad industrial, la evolución de las incoaciones es irregular, si bien, en claro ascenso desde 2016. Las calificaciones muestran una ligera tendencia al alza.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado relativa al año 2018 hace referencia expresa a la actividad de las personas que se dedican a la venta callejera de productos falsificados relacionados con la industria musical o cinematográfica, señalando que su actividad ha decaído en parte porque “la auto descarga por los particulares ha llevado a que estos ya no acudan a tradicionales fuentes de provisión callejera”²³.

Con esta información del Anuario Estadístico del Ministerio del Interior y de las Memorias de la Fiscalía General del Estado es complicado hacer un diagnóstico fiable de la situación real de las conductas de top manta en el ámbito penal. Datos más precisos aparecen en el Portal Estadístico de Criminalidad²⁴, en donde se ofrece información detallada sobre los delitos contra la propiedad intelectual, por un lado, y contra la propiedad industrial, por otro. En relación con los delitos contra la propiedad intelectual, la incautación de objetos en la vía pública, que es donde podría encajar el top manta, ha decaído notablemente en los últimos años, situándose en el último año analizado en el 10% del total, como se puede advertir en el gráfico 5. En general, todas las incautaciones por estos delitos han decaído, salvo las que tienen lugar en recintos aduaneros, puertos y aeropuertos.

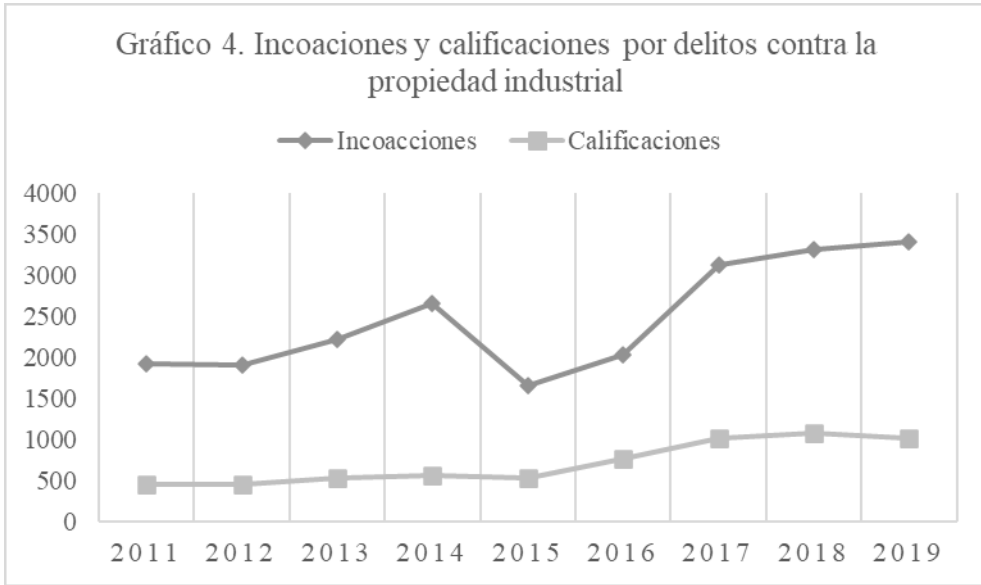


Fuente. Fiscalía General del Estado. *Memorias*. 2011-2019.

22 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria*, 2019, p. 1188.

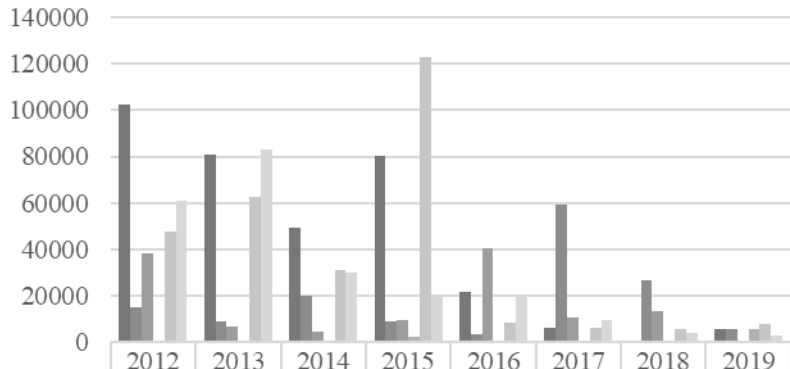
23 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria*, 2018, p. 1158.

24 <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/> (última consulta el 6.4.2021).



Fuente. Fiscalía General del Estado. *Memorias*. 2011-2019.

Gráfico 5. Delitos contra la propiedad intelectual. Lugares en los que se incautaron los objetos

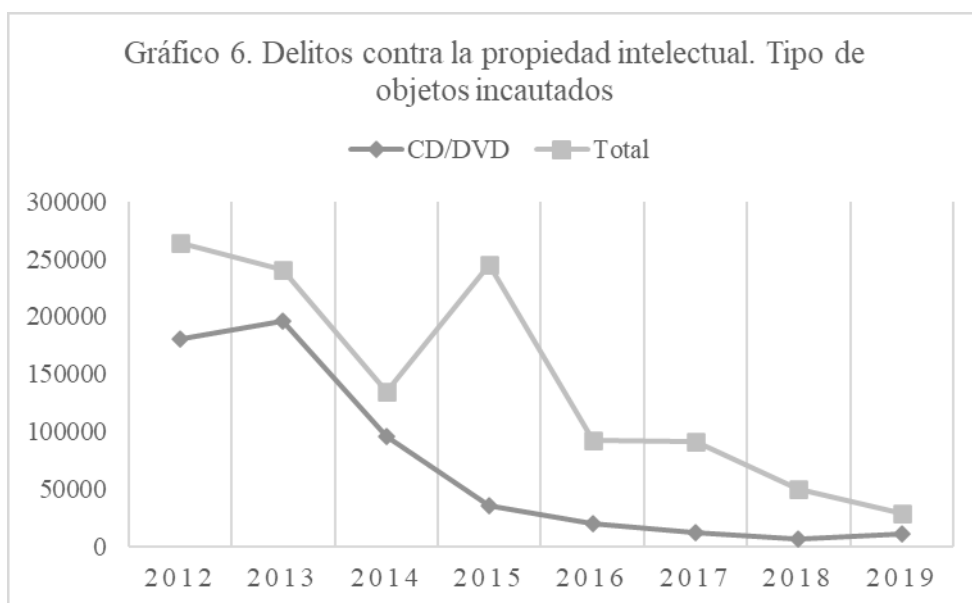


	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
■ Domicilio	102358	80976	49330	80212	21546	6066	353	5333
■ Establecimientos / Locales / Recintos	14789	8775	20164	9139	3112	59329	26606	5830
■ Naves / Fábricas / Almacenes	38186	6450	4237	9651	40421	10644	13312	499
■ Recintos aduaneros / Puertos / Aeropuertos	166	150	462	2500	87	118	1	5690
■ Resto	47462	62867	31088	123160	8079	5984	5565	7773
■ Vía pública	61085	83180	29712	20511	19295	9190	3932	2995

Fuente. Portal estadístico de criminalidad. Sección relativa a propiedad intelectual. 2012-2019.

En cuanto a los objetos incautados, el Portal Estadístico de Criminalidad distingue cuatro categorías: (1) CD/DVD/análogos, (2) material reprográfico, (3) otros y (4) software/informática/electrónica. En los años que muestran los datos (*vid.* gráfico 6), las incautaciones por CD, DVD y análogos, que son los productos que de manera tradicional se ofrecían en el top manta, descienden notablemente, lo que muestra que esta actividad es en el momento actual muy residual.

Con respecto a propiedad industrial, la tendencia es diferente. En este tipo de delitos, los datos del Portal Estadístico de Criminalidad especifican en un apartado la “venta ambulante ilegal” (*vid.* gráfico 7), es decir, aquella en la que encaja el top manta. Aquí los datos sobre incautaciones varían mucho de unos años a otros, por lo que no se pueden extraer conclusiones. Lo que no se puede afirmar es que desciendan estas incautaciones, como sí sucede con los efectos procedentes de delitos contra la propiedad intelectual.

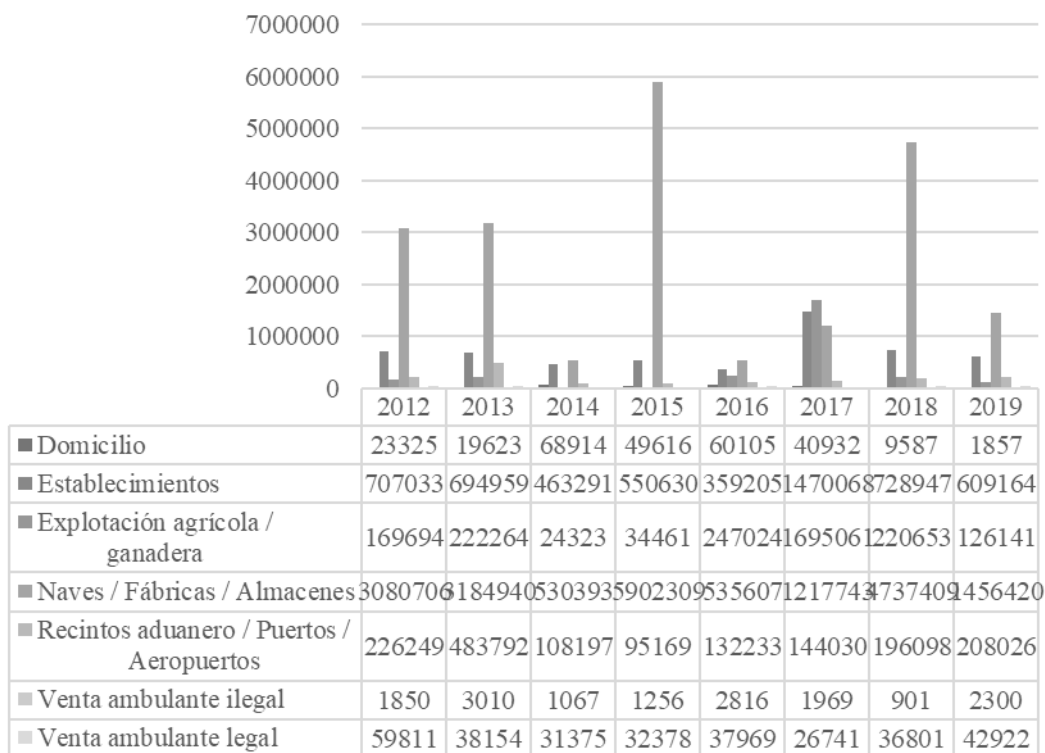


Fuente. Portal estadístico de criminalidad. Sección relativa a propiedad intelectual. 2012-2019.

De lo expuesto hasta aquí no se pueden extraer conclusiones fiables en torno a la magnitud penal del top manta porque los datos no son muy precisos. En todo caso, el legislador parece preocupado por el tema, y en las dos grandes reformas realizadas en el Código Penal en la última década, las de 2010 y 2015, ha confirmado que estas conductas deben ser consideradas delictivas, sin

apoyarse en datos empíricos sobre la evolución de estos delitos o el impacto económico que tienen. Su criminalización y el endurecimiento de la respuesta penal que supone la última reforma van en contra del principio de intervención mínima que debe limitar el Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho.

Gráfico 7. Delitos contra la propiedad industrial. Lugares donde se incautaron los objetos



Fuente. Portal estadístico de criminalidad. Sección relativa a propiedad intelectual. 2012-2019.

IV. EL DERECHO PENAL COMO *PRIMA RATIO* FRENTE A LOS DELITOS DE LOS POBRES: LA CRIMINALIZACIÓN DEL TOP MANTA

1. La vulneración del principio de intervención mínima en la tipificación de los delitos de top manta

Los delitos relativos a la propiedad industrial e intelectual se han visto modificados por las principales reformas de los últimos años en diversos puntos, entre ellos, en lo relativo al top manta. Sin poder ser aquí exhaustivos, se recordará que la reforma del año 2003²⁵ eliminó la necesidad de denuncia previa para la persecución de estos delitos e incorporó la pena de prisión

como cumulativa a la multa, a la vez que se aumentó esta última pena. La reforma abrió la posibilidad de que los vendedores del top manta pudieran ser castigados con penas de prisión de hasta dos años y multa de hasta 24 meses. Lo que se buscaba era poder proceder a la expulsión del ciudadano extranjero condenado a una pena de prisión²⁶. Además, a través de la dicha ley de reforma se modificó también la Ley de Enjuiciamiento Criminal para ampliar el ofrecimiento de acciones a las entidades que ostentaran la representación legal de los titulares de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La reforma del Código Penal del año 2010²⁷, de marcado carácter expansivo en su generalidad, se mostró,

25 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 283, de 26.11.2003.

26 GARCÍA ESPAÑA, E. "Extranjeros sospechosos...", *op. cit.*, p. 15.

27 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 152, de 23.6.2010.

sin embargo, partidaria de subsanar la desproporcionada de las penas previstas para dos supuestos: el top manta y el micro-tráfico de drogas. Para ello, en los dos preceptos en los que encajan las conductas de top manta, los arts. 270 y 274 CP, se incorporaron sendos tipos atenuados que permitían una notable rebaja de la pena, eliminando la prisión²⁸ en los casos de “distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico”, siempre que no concurrieran las circunstancias agravantes de los arts. 271 y 276 CP, respectivamente. Además, si el beneficio no superaba los 400€, la conducta debía castigarse como falta, lo que no generaba antecedentes penales y no dificultaba, por tanto, la obtención de un permiso de residencia para el responsable, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²⁹. La modificación de 2010 supuso, por tanto, una limitación de la intervención penal si se comparaba con la reforma del año 2003³⁰, pero confirmaba la tesis de que el top manta debía ser, en todo caso, castigado penalmente³¹. Es más, las consecuencias penales podían ser especialmente duras pues la atenuación era potestativa, y en el caso de apreciar alguna agravante, como la pertenencia a organización delictiva, incluso transitoria, se llegaba a una pena de hasta cuatro años de prisión.

La modificación de estos delitos llevada a cabo en la reforma del año 2015³², como ya hizo la del año 2010, corroboró la tesis de la criminalización del top manta, haciendo ya muy difícil la absolución de los manteros. Algunas sentencias así lo han puesto de manifiesto. La

SAP Madrid 134/2019, de 7 de marzo de 2019, señala que

“lo cierto es que en los últimos tiempos el parlamento, al ser consciente de los problemas socioeconómicos de toda índole que subyacen a la producción y venta de los CD’s y los DVD’s, no ha destipificado las conductas de los vendedores ambulantes en las reformas del artículo 270 del Código Penal con el fin de evitar tales conductas y disuadir punitivamente a los posibles infractores (...). Por consiguiente, aunque pueda perfectamente comprenderse que se discrepe en el plano político-criminal de la punición de esa clase de conductas cuando son perpetradas por sujetos de escasos recursos, lo que no cabe es que [el juzgador] solvente su discrepancia axiológica aplicando sus propios criterios frente a los que ha impuesto el legislador cuando tipifica ciertos comportamientos por considerarlos reprochables en el ámbito penal (...). Entendemos que no cabe (...) destipificar de facto la conducta en el marco jurisdiccional con el argumento de que se trata de comportamiento que no generan repulsa social” (FJ primero)³³.

La reforma de 2015 no solo confirmó la tesis del castigo del top manta, sino que endureció la respuesta penal³⁴. En primer lugar, porque se volvió a incorporar la pena de prisión para estos supuestos, tanto en el art. 270 CP como en el art. 274 CP. En segundo lugar, porque la desaparición de las faltas ha llevado a considerar todas las conductas como delito, y no parece claro que el delito, en el caso del top manta, deba calificarse como leve o menos grave (*vid. infra* epígrafe IV.2), con las consecuencias que una u otra calificación tendrá para el condenado, especialmente, si se trata de una persona extranjera en situación irregular, lo que no

28 Existió un fuerte movimiento social que reclamaba la eliminación de la prisión para los manteros. *Vid.* MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “Ni un mantero en prisión”. *Revista Mugak*, 52, 2010, pp. 17-19.

29 BOE núm. 10, de 12.1.2000.

30 Valorando la reforma positivamente, *vid.* MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “La venta ambulante...”, *op. cit.*, p. 9.

31 Criticándolo, *vid.* entre otros, GÓMEZ RIVERO, C. “La tutela penal de la propiedad intelectual e industrial: las últimas reformas”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 36, 2013, p. 33; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 200; MESTRE DELGADO, E. “La reforma (piccola y pícara) de los delitos contra la propiedad intelectual”. *La Ley* 14961, 2010, p. 5; NAVARRO BLASCO, E. “La criminalización de los manteros: un ejemplo de la utilización del derecho penal como forma de represión en defensa de intereses concretos con vulneración del principio de intervención mínima”. En MORALES PRATS, F.; TAMARIT SUMALLA, J.M. y GARCÍA ALBERTO, R. (coord.). *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*. Aranzadi/Thomson Reuter, Cizur Menor, 2018, p. 973; LLORIA GARCÍA, P. “La protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del CP de 2015”. *La Ley* 5983, 2016, p. 16; RODRÍGUEZ MORO, L. “El delito de venta ambulante o meramente ocasional de ejemplares de obras con derechos de propiedad intelectual del art. 270.4 CP, tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo: análisis normativo y político criminal”. *Revista General de Derecho Penal*, 32, 2019, p. 12.

32 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31.3.2015.

33 En el mismo sentido, la SAP Valencia 658/2019, de 16 de diciembre de 2019, en respuesta al recurso interpuesto por la defensa, asentado en el principio de intervención mínima, responde, tras hablar del carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal, que “el legislador ha tipificado la conducta de auto como delito y a ello hay que estar” (FJ quinto).

34 Las críticas han sido prácticamente unánimes en la doctrina. *Vid.*, entre las publicaciones más recientes, GARCÍA DOMÍNGUEZ, I. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*. Ratio Legis, Salamanca, 2020, p. 38; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “La venta ambulante...”, *op. cit.*, p. 11; RODRÍGUEZ MORO, L. “El delito de venta...”, *op. cit.*, pp. 13-15.

es sino una muestra más los vestigios discriminatorios que quedan en el Código Penal.

A la vista de lo expuesto, en este trabajo se defenderá la tesis contraria a la impuesta en la reforma del Código Penal del año 2015: la despenalización de este tipo de conductas. Esta tesis se apoya en que la criminalización de estas conductas vulnera el principio de intervención mínima que debe limitar la actuación del Derecho penal en Estados constitucionales como el nuestro. A continuación, se explica por qué se vulnera ese principio, primero, en relación con la propiedad intelectual y, después, en relación con la propiedad industrial.

a) Delitos contra la propiedad intelectual

La protección penal de la propiedad intelectual se regula en la Sección 1ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal. El primer precepto de la Sección es el art. 270, que castiga con una de prisión de seis meses a cuatro años y multa de 12 a 24 meses al que

“con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación 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”.

En el párrafo cuarto de este precepto se ubican dos tipos atenuados. El primero obliga al juez o tribunal a imponer una pena de prisión de seis meses a dos años en los casos de “distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional”. Y el segundo, donde la jurisprudencia suele ubicar el top manta, faculta al juez o tribunal a imponer una pena menos gravosa, eliminando la prisión y pasando a una pena de multa de uno a

seis meses o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días en tales supuestos en atención a tres requisitos que deben estar presentes a la vez: (i) las características del culpable, (ii) la reducida cuantía del beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener, y (iii) la ausencia de las circunstancias agravantes del art. 271 CP³⁵. Estos tres requisitos, específicamente pensados para el top manta, merecen mayor explicación.

(i) El hecho de que el legislador se refiera a “características del culpable” ha sido criticado por su vaguedad³⁶. Algunos autores han calificado esta expresión como Derecho penal de autor *in bonam partem*³⁷, defendiendo que sería preferible un criterio asentado en las “circunstancias del hecho”, por ejemplo, la *escasa relevancia de la conducta*³⁸. La polémica expresión solo puede comprenderse si se realiza una lectura conjunta con el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 que incorporó este tipo atenuado al texto punitivo. Allí se señala que en estos casos de ataques a la propiedad intelectual e industrial “se ha evidenciado una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena (...), máxime cuando frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia”³⁹. De esta lectura conjunta parece deducirse que el tipo atenuado está pensado para personas que cometen el delito en una situación económica muy desfavorecida⁴⁰. No obstante, alguna sentencia ha señalado que la rebaja punitiva no se circunscribe a la marginalidad en la que suele hallarse el autor de este tipo de infracciones penales sino que se puede aplicar a cualquier supuesto en el que se quiebra esa proporcionalidad a la que se ha hecho referencia⁴¹.

(ii) La reducida cuantía del beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener. La expresión “o que se hubiera podido obtener” se agregó al precepto a través de la Ley Orgánica 1/2015, con la intención de acabar con una línea jurisprudencial que, sobre la base de la re-

35 En los delitos contra la propiedad industrial también se exigen estos requisitos en el tipo atenuado aplicable al top manta, ubicado en el art. 274.3 CP, inciso segundo. En ese caso, las agravantes específicas están en el art. 276 CP.

36 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*, 2013, p. 219; RODRÍGUEZ MORO, L. “El delito de venta ambulante...”, *op. cit.*, p. 8.

37 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; ROBLES PLANAS, R. y GÓMEZ-JARA DIEZ, C. “Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores”. En SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.). *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 386-387. Destaca su “objetivo pietista” Tirado Estrada, lo que no evita su crítica por la deficiente redacción del precepto. Vid. TIRADO ESTRADA, J. J. *La protección penal de la propiedad intelectual (análisis tras la reforma del código penal de 2015)*. Tesis doctoral. Universitat Jaume I, 2015, p. 308.

38 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “La venta ambulante...”, *op. cit.*, p. 17; TIRADO ESTRADA, J. J. *La protección penal de la propiedad intelectual...*, *op. cit.*, p. 308.

39 Considerando XVII del Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

40 RODRÍGUEZ MORO, L. “El delito de venta ambulante...”, *op. cit.*, p. 8.

41 En este sentido, señala la SAP Las Palmas 146/2012, de 4 de junio de 2012 que “difícilmente cabe concluir que el legislador concibiera su reforma con la intención de aplicarla exclusivamente a ‘personas en situación de pobreza’” (FJ segundo).

gulación anterior, castigaba como falta esos supuestos en los que no se podía concretar el beneficio obtenido porque, por ejemplo, no se incautaba dinero al detenido atribuible a la venta de estos productos⁴². Este inconveniente probatorio desaparece con la redacción actual pues no es preciso constatar beneficio alguno. No obstante, sí se deberá probar, para la condena, cuál era el beneficio potencial que podía obtener el acusado, para lo cual ha defendido la doctrina que deben tenerse en cuenta los efectos que de manera realista cabe esperar que el acusado pudiera vender, restando, evidentemente, los gastos en los que hubiera incurrido⁴³, cuestión que no será sencilla, en cuyo caso la interpretación deberá ser en favor del reo⁴⁴.

En la práctica parece complicado determinar tanto el beneficio obtenido como el beneficio que se hubiera podido obtener⁴⁵. En las sentencias analizadas para este artículo, no se explica cómo se calcula el beneficio obtenido⁴⁶. En relación con el beneficio potencial, muchas sentencias ni siquiera lo mencionan, aunque sí condenan por este tipo atenuado⁴⁷, lo cual debe criticarse por omitir un elemento tan importante del tipo. En las sentencias en las que sí se menciona el beneficio potencial, no se tienen en cuenta los gastos en los que el acusado hubiera podido incurrir, si no, simplemente, la cantidad que el sujeto podría haber obtenido por la venta de los efectos⁴⁸.

Otro problema adicional es entender qué significa “reducida cuantía”, expresión que ha sido calificada

por la doctrina como imprecisa⁴⁹. En la SAP Valencia 43/2019, de 24 de enero de 2019, en un caso en el que el beneficio potencial se estimó en 126€, no se aplicó el inciso segundo del tipo atenuado, confirmando la pena de prisión de seis meses. Sí se aplicó el inciso segundo del tipo atenuado en la SAP Navarra 38/2020, de 2 de marzo de 2020, en la que el beneficio potencial se estimó en 1560€, y en la SAP Granada 205/2017, de 25 de abril de 2017, en la que el beneficio potencial se estimó en 1394,80€. Como se puede observar, la descripción típica genera una absoluta inseguridad jurídica en el acusado. En todo caso, por coherencia con el resto de delitos patrimoniales, deberá entenderse que hay reducida cuantía si no se superan los 400€⁵⁰, y ello no obsta para que, superándose esa cuantía, pero estimándose en todo caso como reducida, se aplique también este inciso.

(iii) Ausencia de las circunstancias agravantes específicas previstas en el 271 CP. Ciertamente, los casos de top manta en los que se habla de reducida cuantía no son compatibles con las dos primeras agravantes de este precepto: que el beneficio obtenido o pretendido sea de especial transcendencia económica, y que los hechos revistan especial gravedad por el valor de los objetos o por el perjuicio ocasionado. Por lo tanto, solo en los casos de pertenencia a organización criminal, y en los casos en que se utilice a un menor de 18 años, no sería posible aplicar el tipo privilegiado al top manta⁵¹.

42 *Vid.* amplias referencias jurisprudenciales sobre esta interpretación en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “La venta ambulante...”, *op. cit.*, p. 17; también en MIRÓ LLINARES, F. “Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva Reforma penal”. En MORRILLAS CUEVAS, L. (dir.). *Estudios sobre el Código Penal reformados (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 642. En la doctrina se habían realizado otras propuestas más beneficiosas para el acusado como, por ejemplo, entender que, si no constaba beneficio alguno, la conducta era atípica, o entender que solo se estaba ante una tentativa. *Vid.* RODRÍGUEZ MORO, L. “El delito de venta ambulante...”, *op. cit.*, p. 10.

43 GALÁN MUÑOZ, A. “Delitos relativos a la propiedad intelectual”. En QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRAT, F. (coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016; MIRÓ LLINARES, F. “Delitos contra bienes inmateriales”, *op. cit.*, p. 642.

44 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “La venta ambulante...”, *op. cit.*, p. 17.

45 La SAP Cádiz 122/2018, de 16 de mayo de 2018, contesta al recurso que cuestiona la valoración del perito que son válidos otros mecanismos indirectos como preguntar a otros vendedores ambulantes (FJ segundo).

46 Por ejemplo, la SAP Valencia 658/2019, de 16 de diciembre de 2019, que hace referencia a la cantidad incautada, 143,60€, y entiende que ese es el beneficio obtenido, pero en modo alguno se tienen en cuenta los gastos en los que el acusado hubiera podido incurrir (en este caso, se confirma la condena por el delito contra la propiedad industrial del art. 274.3, inciso segundo, CP).

47 *Vid.*, por ejemplo, aunque respecto del art. 274.3 CP, inciso segundo, las siguientes sentencias en las que se menciona el perjuicio ocasionado a las marcas, pero no el beneficio que podía haber obtenido el acusado: SAP Madrid 344/2020, de 29 de junio de 2020; SAP Segovia 208/2019, de 4 de noviembre de 2019; SAP Madrid 377/2018, de 21 de mayo de 2018; SAP Barcelona 694/2017, de 2 de noviembre de 2017. En otras no se menciona ni el perjuicio ocasionado ni, mucho menos, el beneficio, aunque sí condenan. *Vid.* por ejemplo, SAP Madrid 134/2019, de 7 de marzo de 2019 en relación con el delito del art. 270.4, inciso segundo CP.

48 *Vid.*, por ejemplo, respecto del delito contra la propiedad intelectual del art. 270.4, inciso segundo CP, la SAP Granada 205/2017 de 25 de abril de 2017. Respecto del delito contra la propiedad industrial del art. 274.3, inciso segundo CP, SAP Navarra 38/2020, de 2 de marzo de 2020.

49 LLORIA GARCÍA, P. “La protección penal...”, *op. cit.*, p. 17.

50 TIRADO ESTRADA, J. J. *La protección penal de la propiedad intelectual...*, *op. cit.*, p. 310.

51 MORÓN LERMA, E. “De los delitos relativos a la propiedad industrial”. En QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRAT, F. (coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

En la jurisprudencia analizada no se han encontrado supuestos de aplicación del art. 276 al top manta.

Aclaradas estas circunstancias, corresponde ahora precisar cuál es el bien jurídico tutelado y ponerlo en relación con el principio de intervención mínima. El art. 270 CP se orienta a la protección de los intereses económicos derivados de los derechos de explotación exclusiva de la propiedad intelectual⁵². No se puede dudar de la importancia de este bien jurídico para la sociedad actual, lo cual sin duda justifica la intervención del Derecho para su protección, pudiéndose llegar, como *ultima ratio*, al Derecho penal. Ello es así porque en el momento presente las nuevas tecnologías ha facilitado enormemente la vulneración de esos derechos⁵³ y el fenómeno delictivo ha adquirido unas dimensiones desorbitadas, con estrecha relación, en diversas ocasiones, con el crimen organizado⁵⁴. Sin embargo, la existencia de un bien jurídico relevante no justifica *per se* la intervención penal. Como es sabido, el *ius puniendi* encuentra un límite en el principio de intervención mínima. De acuerdo con este principio, el Derecho penal no debe actuar si el bien jurídico puede ser protegido a través de otros medios menos lesivos para el ciudadano pero que también sean eficaces, como el Derecho civil o el administrativo. Igualmente, el principio de intervención mínima restringe la actuación del Derecho penal sobre aquellas conductas que constituyen los ataques más graves a los bienes jurídicos, por lo que las conductas

de bagatela no deberían tener cabida en el Código Penal. Precisamente, las conductas de top manta son un claro ejemplo de conducta de bagatela.

La realidad muestra que la venta ambulante de obras piratas se ha convertido en una actividad residual pues el producto físico cada vez se consume menos, por la aparición en escena de las plataformas digitales⁵⁵. Es por ello que el impacto que la venta en el top manta de CD o DVD piratas pueda tener en el bien jurídico es mínimo o nulo. Téngase en cuenta que las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, que otrora lucharon por poder personarse en estos procedimientos, cada vez se personan menos⁵⁶. Si esta es la realidad, será que no consideran que sus representados ven lesionados sus intereses económicos por parte de quien se dedica al top manta. De hecho, los defensores de la industria musical y cinematográfica parecen ahora poner el foco en la represión penal del intercambio de archivos P2P y de las webs de enlace a descargas ilegales de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, pero no en el top manta⁵⁷.

Además de la escasa lesividad para el bien jurídico, no debe olvidarse que existe una norma extrapenal, Ley de Propiedad Intelectual⁵⁸, que también protege, entre otras cosas, los intereses económicos de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Dicha Ley legitima a esos titulares para, por ejemplo, solicitar una indemnización por los daños materiales y morales

52 Vid. entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España". *Derecho Penal y Criminología*, vol. 30, núm. 88, 2009, pp. 97-98; GALÁN MUÑOZ, A. "De los delitos relativos a la propiedad intelectual", *op. cit.*; LLORIA GARCÍA, P. "La protección penal...", *op. cit.*, p. 7; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 192; MIRÓ LLINARES, F. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 240 y 245; TIRADO ESTRADA, J. J. *La protección penal de la propiedad intelectual...*, *op. cit.*, pp. 114-122.

53 GALÁN MUÑOZ, A. "Delitos relativos a la propiedad intelectual", *op. cit.*

54 PLANCHADELL GARGALLO, A. y VIDALES RODRÍGUEZ, C. "Los delitos contra la propiedad intelectual: consideraciones generales". En FAYOS GARDO, A. (ed.). *La propiedad intelectual en la era digital*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 271. La Unión Europea llamó la atención sobre los vínculos entre las conductas que vulneran los derechos de propiedad intelectual y la delincuencia organizada en la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, sobre una "Estrategia para mejorar la protección y la garantía de respeto de los derechos de propiedad intelectual en los terceros países" (2014/2206(INI)).

55 DE LA MATA BARRANCO, N. J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y NIETO MARTÍN, A. *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, 337; RODRÍGUEZ MORO, L. "El delito de venta ambulante...", *op. cit.*, p. 25.

56 Advirtiéndolo, RODRÍGUEZ MORO, L. "El delito de venta ambulante...", *op. cit.*, p. 26. Los casos de top manta por el delito del art. 270.4 son escasos en la jurisprudencia analizada para este trabajo. En un caso, las entidades ADIVAN y AGEDI ni si siquiera comparecieron (SAP Madrid 377/2018, de 21 de mayo de 2018). En otro sí, y reclamaron indemnización (SAP Granada 205/2017, de 25 de abril de 2017). En la SPJ Núm. 3 Oviedo 99/2020, de 24 de junio de 2020, para absolver por el delito contra la propiedad intelectual, se señala que en "la acusación mantenida por el MF no se menciona a los titulares de los derechos, ni tan siquiera se relacionan a las productoras fonográfica quien pudieran afectar tales reproducciones tales como a AFYVE, y en tal sentido no cabe duda que *tal entidad no sufre perjuicio penalmente relevante por la venta*, en un puesto callejero, de copias burdas del original" (FJ primero) (sin cursiva en el original).

57 Algo que sucede tanto en España como en otros países. Vid. RANDO CASERMEIRO, P. "La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual. Aspectos globales y nacionales", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-3, 2015, p. 25.

58 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regulando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. BOE núm. 97, de 22.4.1996.

sufridos⁵⁹, de modo tal que solo debería intervenir el Derecho penal cuando esta norma no se haya mostrado eficaz para proteger el bien jurídico. Pero, como se ha dicho, en el caso del top manta no parece, si quiera, que el bien jurídico se vea afectado. Sin embargo, el legislador español parece haber optado, precisamente, por lo contrario: usar el Derecho penal como *prima ratio* para los casos de top manta. Y ello pese a que la propia Directiva 2004/487CE, relativa al respecto a los derechos de propiedad intelectual⁶⁰ aboga por la adopción de medidas de tipo civil o administrativo para combatir las prácticas que vulneran los derechos de propiedad intelectual (por cierto, todas las prácticas, no solo las de bagatela), aunque abre la puerta a “aplicar otras sanciones adecuadas en los casos en que se haya infringido un derecho de propiedad intelectual” (art. 16). Dentro de esas otras sanciones parecen hallarse las penales, como indica el considerando número 28 de la Directiva.

En definitiva, opta el legislador español por el recurso al Derecho penal para el combate de unas prácticas que no persiguen, en la mayoría de las ocasiones, más que la subsistencia de la persona que las lleva a cabo, el inmigrante que no puede acceder al mercado laboral y que no generan un perjuicio en el titular de los derechos. La propia Fiscalía General del Estado ha señalado que el Derecho penal no es una herramienta eficaz para combatir estas prácticas⁶¹. De hecho, el foco debería ponerse en las redes de crimen organizado que fomentan la realización de estas prácticas entre los ciudadanos inmigrantes, pero eso parece ser muestra de lo que Terradillos Basoco ha denominado *plutofilia* en la política criminal (en contraposición con la aporofobia en la política criminal)⁶²; una política criminal centrada en el castigo del pobre, del marginado pero no de los poderosos, como ya se dijo *supra* epígrafe II.

b) Delitos contra la propiedad industrial

Habiendo expuesto hasta aquí el rechazo a la criminalización del top manta en relación con la propiedad intelectual, corresponde ahora analizar el caso en relación con la propiedad industrial. En este supuesto,

el precepto de referencia es el art. 274 CP, que en su párrafo primero castiga con penas de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses al 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,

a) fabrique, produzca o importe productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, u

b) ofrezca, distribuya, o comercialice al por mayor productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, o los almacene con esa finalidad, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado”.

El párrafo segundo contiene un tipo atenuado cuando la conducta sea al por menor. En concreto, se castiga con penas de seis meses a tres años de prisión al que realice las conductas de ofrecimiento, distribución y comercialización al por menor, o preste servicios o desarrolle actividades que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con el registrado, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado. El párrafo tercero contiene las conductas de menor gravedad, es decir, las de “venta ambulante u ocasional” de esos productos, mereciendo una pena de prisión de seis meses a dos años (inciso primero). Y, en atención a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, la pena podrá ser de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días, si no concurren las agravantes del art. 276 (inciso segundo), como ya se comentó para el caso de los delitos contra la propiedad intelectual. Es en este último inciso donde la jurisprudencia suele ubicar las conductas de top manta.

El bien jurídico que directamente se pretende tutelar a través del art. 274 CP se concreta en la exclusividad del uso del derecho de propiedad industrial⁶³, bien jurí-

59 Vid. art. 138 de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual también prevé otras medidas para el titular de los derechos, como instar el cese de la actividad ilícita o instar la publicación o difusión de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor. También se pueden solicitar medidas cautelares cuando exista temor racional y fundado de que la infracción va a producirse.

60 Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. DOUE L 157 de 30.4.2004.

61 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria*, 2018, p. 1160.

62 TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Aporofobia y plutofilia*, op. cit., passim.

63 Vid., entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B. “Consideraciones en torno a los delitos contra la propiedad industrial”. *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y el conocimiento*, 1, 2001, pp. 114-115; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, op. cit., pp. 215-216. En la jurisprudencia reciente se puede consultar, SAP Madrid 259/2020, de 13 de julio de 2020, FJ segundo; SAP Madrid 283/2020, de 16 de junio de 2020, FJ primero; SAP Madrid 219/2020, de 9 de junio de 2020, FJ tercero; SAP Baleares 55/2020, de 12 de mayo de 2020, FJ segundo; SAP Madrid 137/2020, d3 24 de abril de 2020, FJ segundo; SAP Madrid 137/2020, de 24 de abril de 2020, FJ segundo; SAP Asturias 66/2020, de 18 de febrero de 2020, FJ primero;

dico de carácter individual, como lo corrobora el hecho de que la tipicidad de la conducta viene determinada por la ausencia del consentimiento del titular del derecho de propiedad industrial⁶⁴. Junto a ese bien jurídico, de manera indirecta o mediata lo que se trata de proteger es la libre competencia en el mercado, bien jurídico de naturaleza colectiva, que se puede ver afectado cuando la usurpación de un signo distintivo impide o dificulta conocer el origen empresarial del producto y, por lo tanto, hace que otros se aprovechen del prestigio o posición de una marca en el mercado⁶⁵. Es decir, de manera mediata no solo se pretende proteger a los empresarios competidores en el mercado, sino también a los consumidores y al interés público del Estado en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado dentro de nuestro modelo de economía social de mercado⁶⁶.

El escenario en relación con las conductas que atacan los derechos de propiedad industrial a través del top manta difiere del comentado con anterioridad, en el que los derechos afectados son los de propiedad intelectual porque en el caso de prendas de vestir, calzado, bolsos y otros complementos falsificados no se puede recurrir, por la naturaleza del producto, a su descarga digital, por lo que no se puede afirmar que la actividad sea residual, como sí sucede con la venta de CD o DVD piratas. Llama la atención, por tanto, que el tratamiento de uno y otro supuesto sea prácticamente el mismo en el Código Penal. Es más, podría decirse que el tratamiento de las conductas que afectan a la propiedad industrial es más permisivo pues en este caso la consumación del delito en el que se enmarca el top manta exige la venta,

mientras que en el caso de los ataques a la propiedad intelectual basta la distribución, y la distribución, dependiendo de la interpretación del concepto, no tendría por qué incluir la venta⁶⁷.

Pese a lo dicho, aunque la realidad muestre que la venta ambulante de prendas de ropa, calzado, completos, etc. falsificados está más extendida que la de CD o DVD, como de hecho parece mostrar la evidencia disponible analizada *supra* epígrafe III, ello no es razón para justificar la intervención del Derecho penal, que en todo caso debe estar limitada por el principio de intervención mínima. Ello lleva a tener que separar, necesariamente, las conductas que encajan en la Ley de Marcas⁶⁸ de las conductas que encajan en el Código Penal, debiendo ser estas últimas las más graves para el bien jurídico tutelado. La distinción gira en torno a la idea del “riesgo de confusión”. El art. 274 CP exige que el signo distintivo del producto que se vende, en este caso, en el top manta, sea “idéntico o confundible” con el original, esto es, con el registrado conforme a la Ley de Marcas. El elemento de la confusión se interpreta de diferente manera por las Audiencias Provinciales. Una línea jurisprudencial niega cualquier tipo de relevancia al riesgo de confusión, por lo que, según su criterio, son punibles incluso “burdas imitaciones que no conllevan engaño ni confusión en el consumidor”⁶⁹ ya que el precepto, en su opinión, no se orienta a tutelar los derechos de los consumidores; lo importante es que se use un signo distintivo sin contar con la autorización pertinente del titular registral.

Otra línea jurisprudencial sí da relevancia al riesgo de confusión. Y aquí se pueden distinguir dos posturas.

SAP Zaragoza 82/2018, de 4 de julio de 2018, FJ segundo; SAP Sevilla 522/2017, de 16 de noviembre de 2017, FJ cuarto; SAP Barcelona 694/2017, de 2 de noviembre de 2017, FJ cuarto. *Vid.* también las SSTS de 6 de mayo de 1992 y 22 de septiembre de 2000, entre otras.

64 SAP Zaragoza 51/2021, de 8 de febrero, FJ segundo; GÓMEZ PAVÓN, P., BUSTOS RUBIO, M. y PAVÓN HERRADÓN, D. *Delitos económicos. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Adaptado a la LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la LO del CP, para transponer Directivas de la UE en los ámbitos financiero y de terrorismo*, Wolters Kluwer, Madrid, p. 105; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, op. cit.*, p. 216.

65 En este sentido se pronunció la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 1/2006 de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003*, 2006, pp. 17-19.

66 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “La venta ambulante...”, *op. cit.*, p. 24; MIRÓ LLINARES, F. “Sobre la posible concurrencia y compatibilidad de tutelas penales de propiedad industrial e intelectual sobre un mismo objeto”. *Eguzkilore*, 21, 2007, pp. 106-107; MORÓN LERMA, E. “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, *op. cit.*; SAP Tarragona 279/2020, 25 de septiembre de 2020, FJ segundo; SAP Sevilla 522/2017, de 16 de noviembre de 2017, FJ cuarto y quinto.

67 Señala la doctrina que, siguiendo una interpretación del término según las normas generales del Derecho civil, la distribución no implica la venta. Sin embargo, si se tiene en cuenta lo que establece el art. 19.1 de la Ley de Propiedad Intelectual, sí se incluye. CASTIÑEIRA PALOU, M. T. y ROBLES PLANAS, R. “¿Cómo absolver a los ‘top manta’? (Panorama jurisprudencial)”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2, 2007, p. 6. No obstante, en la jurisprudencia analizada se entiende consumado el delito del art. 274.3, inciso segundo, aunque no conste la venta efectiva del producto.

68 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. BOE, núm. 294 de 8.12.2001.

69 La cita procede de SAP Madrid 219/2020, de 9 de junio de 2020, FJ tercero. En el mismo sentido SAP Barcelona 434/2020, de 25 de septiembre de 2020; SAP Madrid 259/2020, de 13 de julio de 2020, FJ segundo; SAP Madrid 216/2020, de 23 de junio de 2020, FJ primero; SAP Asturias 171/2020, de 12 de mayo de 2020, FJ primero; SAP Madrid 137/2020, de 24 de abril, FJ segundo; SAP Las Palmas 354/2019, de 13 de noviembre de 2019, FJ segundo; SAP Málaga 40/2019, de 8 de febrero de 2019, FJ segundo; SAP Barcelona 694/2017, de 2 de noviembre de 2017, FJ cuarto.

Una que se centra en las características del signo, y otra que toma en consideración otros factores que rodean la venta del producto. La primera rechaza la tipicidad en esos casos en los que la imitación es burda pues es necesario que el signo distintivo tenga con el original una relación de identidad con semejanza suficiente para provocar error en los consumidores⁷⁰. La segunda rechaza la tipicidad cuando pese a la analogía o identidad del signo distintivo utilizado, de otros factores concurrentes en el caso se deduce que no existe posibilidad de confundir al consumidor⁷¹. Esos factores son, por ejemplo, i) las circunstancias en las que se adquieren los objetos no auténticos, ii) el precio de venta de estos en comparación con los originales, iii) la tenencia o emisión de facturas en el puesto; iv) la profesionalidad del vendedor de los objetos no auténticos, v) la imposibilidad de que fuesen objetos de los denominados “de defecto”, es decir, de los originales desechados por el fabricante por presentar leves defectos⁷².

A pesar de lo indicado, esta línea jurisprudencial no considera que el bien jurídico tutelado sea el patrimonio del consumidor, sino que considera que el delito del art. 274 CP es pluriofensivo, pues no se afecta solo a los derechos del titular de la marca registrada sino al orden económico asentado en la libre competencia que resulta lesionada cuando se incorporan al mercado productos falsificados haciéndose pasar por los originales. En este sentido se ha pronunciado recientemente la SAP Tarragona 279/2020, 25 de septiembre de 2020, señalado que el art. 274 CP

“busca la protección del orden económico basado en la libre competencia y del mercado en su conjunto, en interés de todos los participantes en el mismo; es decir, no solo el de los empresarios competidores, sino también el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado por el mantenimiento de un orden de concurrencia no falseado (...). Con todo ello no se quiere decir que el bien jurídico protegido sea el interés del consumidor (el productor podría ser de mejor calidad que el original), en detrimento del derecho del empresario, pero sí implica la necesidad de relacionarlo de acuerdo con el objeto de ese derecho, que no es otro que la facultad de identificar y diferenciar sus productos o servicios en el mercado. Lo que es muy diferente a sostener que el bien jurídico protegido sea el patrimonio del empresario, pues esa premisa nos llevaría a castigar cualquier conducta que pueda acarrearle perjuicios económicos, solapando la jurisdicción civil. De modo que si ya están identificados y diferenciados los productos o servicios, desde la perspectiva de los operadores de ese tráfico mercantil, el Derecho penal no debe actuar, pues en otro caso se correría el riesgo de tutelar penalmente aspectos tangenciales del derecho protegido” (FJ segundo)⁷³.

Teniendo en cuenta este razonamiento, se rechaza que los casos de top manta sean típicos pero no porque el consumidor conozca que el producto es falso⁷⁴ —eso no se discute—, sino porque en esos casos, la competencia en el mercado no resulta dañada ya que el comprador del top manta no compraría en la tienda original, y viceversa, por lo que la marca sigue cumpliendo su función en el mercado, sin perder prestigio y manteniendo su exclusividad⁷⁵. Además, en estos casos, ni

70 SAP Zaragoza 82/2018, de 4 de junio de 2019, FJ segundo.

71 SAP Tarragona 279/2020, 25 de septiembre de 2020, FJ segundo; SAP Sevilla 522/2017, de 16 de noviembre de 2017, FJ sexto. La SAP Madrid 207/2020, de 12 de junio de 2020, también sigue este criterio aunque confirma la condena por el delito del art. 274.3 porque considera que sí hay riesgo de confusión por el lugar en el que se vendían las camisetas falsificadas de equipos de fútbol, esto es, en locales céntricos de la ciudad, no en el top manta (FJ segundo).

72 SAP Sevilla 522/2017, de 16 de noviembre de 2017, FJ sexto.

73 El mismo argumento aparece en la SAP Sevilla 522/2017, de 16 de noviembre de 2017, FJ quinto.

74 Si no lo supiera, el delito sería el de estafa. Destacándolo, SAP Zaragoza 51/2021, de 8 de febrero, FJ segundo.

75 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “La venta ambulante...”, *op. cit.*, p. 24; MIRÓ LLINARES, F. “Delitos contra bienes inmateriales...”, *op. cit.*, 2015, p. 650; MORÓN LERMA, E. “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, *op. cit.*, No obstante, debe también tenerse en cuenta que las falsificaciones de productos pueden ganar sofisticación con la tecnología actual, lo que sin duda puede afectar a la función de la marca en el mercado, perdiendo su exclusividad y dañando económicamente al titular registral. En todo caso, no parece que por el momento los productos del top manta sean tan sofisticados, por los materiales empleados, los acabados, la escasa calidad, etc., por lo que se puede seguir manteniendo la tesis de que el top manta no afecta a la función que la marca cumple en el mercado (MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “La venta ambulante...”, *op. cit.*, p. 25). Y si ese fuera el caso, que el producto que el inmigrante ofrece en el top manta es verdaderamente sofisticado (y aun así lo puede vender a un precio exiguo, lo que es dudoso), atacar a este como último eslabón de la cadena, ignorando a la organización criminal que esté detrás fabricando y distribuyendo esos productos, e ignorando al comprador, que puede estar cometiendo un delito de receptación, no parece la fórmula más eficaz para acabar con estas prácticas. Es más, puede que incluso el inmigrante esté siendo víctima de un delito de trata de personas. Recuérdese que el art. 177 bis párrafo primero letra c) del Código Penal recoge, entre las finalidades del delito de trata, la “explotación para realizar actividades delictivas”, como podría ser el top manta. Si este fuera el caso, se debería plantear la exención de pena para el inmigrante según lo dispuesto en el art. 177 bis párrafo undécimo. Sobre los problemas prácticos que plantea esta cláusula de exención de la responsabilidad penal, *vid.*, recientemente, GÓMEZ LANZ, J. “La exención de pena para delitos cometidos por víctimas de trata de personas”. En BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. *Sistema penal y exclusión social*. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 235-260.

siquiera se puede decir que el titular de la marca se vea perjudicado económicamente ya que no deja de vender sus productos originales por la aparición en el mercado de los productos falsificados⁷⁶ y, de hecho, en algunas sentencias analizadas los titulares de las marcas no reclaman si quiera indemnización alguna, y cuando lo hacen, son cantidades poco significativas que, por otro parte, se podrían reclamar en el ámbito civil⁷⁷, por ejemplo, *ex art.* 41 de la Ley de Marcas.

Las diversas líneas jurisprudenciales existentes generan una evidente situación de inseguridad jurídica para el acusado por la conducta consistente en vender productos falsificados en el top manta. Para evitar esa inseguridad y, sobre todo, para respetar el principio de intervención mínima que debe limitar la actuación del Derecho penal, debería el legislador español proceder a la despenalización de estas conductas de nula o escasa lesividad para los bienes jurídicos mencionados, tanto el inmediato como el mediato. Sin embargo, el legislador ha optado justo por lo contrario. Como se ha señalado, la reforma de 2015 confirmó la tesis de la criminalización de estas conductas, que no dañan ningún objeto jurídico, que no perjudican económicamente al titular de la marca registrada y que, en ocasiones, ni siquiera generan un beneficio en el sujeto que las lleva a cabo, máxime con la regulación actual en la que basta, para el castigo, la existencia de un beneficio *potencial*. Ello lleva a la condena de quien ofreció unos productos (bolsos) en el top manta por los que podía haber obtenido la friolera cantidad de 50€ (beneficio potencial)⁷⁸.

Estas conductas de bagatela deberían desaparecer del texto punitivo. Una parte de la jurisprudencia así lo entendió antes de la reforma del año 2015, y recurrió a fórmulas para absolver en los casos en los que no se podía acreditar el perjuicio económico efectivo, en los casos en los que el perjuicio era de escasa cuantía, en los casos en los que, aunque se ofrecía el producto, no se consumaba la venta. En otras se negaba el ánimo de lucro que exigía el tipo entendiendo que se realizaba esta conducta solo para subsistir⁷⁹. Pero todo esto cambia por el endurecimiento de la respuesta penal tras la reforma del año 2015.

En las sentencias analizadas se han encontrado muy pocas absoluciones: alguna por falta de prueba⁸⁰, alguna porque el almacenamiento de productos falsificados no es una conducta típica del art. 274.2, por lo que menos aún lo es del art. 274.3⁸¹, alguna porque apela al principio de intervención mínima, entendiendo que basta con la protección que ofrece la jurisdicción civil en estos casos⁸²; y alguna otra, ya comentada, por la inexistencia de riesgo de confusión. En otras sentencias de Audiencias Provinciales lo que se observa es una rebaja de la pena que impusieron los Juzgados de lo Penal por entender que el precepto a aplicar en el top manta es el art. 274.3, inciso segundo, y no el inciso primero del mismo artículo (recuérdese que recoge como única penal la prisión de seis meses a dos años), en atención a las ya mencionadas “características del culpable”⁸³. Pese a la situación de marginalidad en la que suelen estar los autores de este tipo de delitos, e

76 PAREDES CASTAÑÓN, J. M. “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, p. 1661. En este sentido SAP Sevilla 522/2017, de 16 de noviembre de 2017, FJ séptimo.

77 Por ejemplo, no reclaman nada las marcas Moschino, Michael Kors y Luis Vuitton en la SAP Tarragona 279/2020, de 25 septiembre de 2020; Tous, Carolina Herrera y Gant en SPJ Núm. 2 Oviedo 100/2020, de 26 de junio de 2020; Carolina Herrera, Gant, Fred Perry y Lacoste en SJP Núm. 3 Oviedo 99/2020, de 24 de junio de 2020; Padra, Carolina Herrera y Michael Kors en SAP Navarra 38/2020, de 2 de marzo de 2020; Gant y Lacoste en SPJ Núm. 2 Oviedo 35/2020, de 5 de febrero de 2020; Lacoste en SAP Valencia 658/2019, de 16 de diciembre de 2019; Calvin Klein en SAP Valencia 43/2019, de 24 de enero de 2019, Gucci, Armani, Calvin Klein y Adidas en SAP Madrid 377/2018, de 21 de mayo de 2018. En algunas sentencias absolutorias, se indica, precisamente, que si se han ocasionados perjuicios económicos al titular de la marca, este pueden ejercitar las correspondientes acciones civiles. SAP Tarragona 279/2020, 25 de septiembre de 2020, FJ segundo; SAP Sevilla 522/2017, de 16 de noviembre de 2017, FJ quinto.

78 SAP Zaragoza 51/2021, de 8 de febrero.

79 *Vid.* con amplias referencias jurisprudenciales sobre cada uno de estos supuestos, RODRÍGUEZ MORO, L. “El delito de venta ambulante...”, *op. cit.*, pp. 4-5.

80 La SAP La Rioja 39/2019, de 14 de marzo de 2019 estima el recurso y absuelve por falta de prueba sobre el extremo de que los objetos interceptados en un vehículo estuvieran preparados para ser distribuidos o comercializados a través de la venta ambulante u ocasional. La SJP Núm. 1 Lorca 20/2020, de 29 de enero de 2020 absuelve al acusado porque no se ha aportado a la causa certificación alguna de la Oficina de Marcas y Patentes en la que conste que las marcas de las prendas intervenidas estén registradas. La sentencia se remite a la STS 773/1998, de 2 de junio de 1998, la cual, incluso para marcas conocidas y notorias, exige que conste la certificación registral para dar por probado este elemento del tipo.

81 SAP Las Palmas 333/2018, de 31 de julio de 2018.

82 SJP Núm. 3 Oviedo 99/2020, de 24 de junio de 2020, FJ primero.

83 La SAP Madrid 344/2020, de 29 de junio de 2020 estima parcialmente el recurso presentado por la defensa y cambia la calificación del art. 274.3, inciso primero, al art. 274.3, inciso segundo, en atención a las características del culpable (no tiene antecedentes penales de ningún tipo, no se dedica a la venta ambulante porque también trabaja esporádicamente en la construcción) y a la escasa cuantía del beneficio económico que hubiera podido obtener (FJ quinto). La SAP Navarra 38/2020, de 2 de marzo de 2020 estima parcialmente el

incluso aunque alguna sentencia se refiera a que realizan la conducta para cubrir unos mínimos de subsistencia, no se han encontrado apenas recursos en los que se plantee la aplicación de un estado de necesidad ex art. 20.5 CP⁸⁴. Quizá los estrictos requisitos que la jurisprudencia exige para su apreciación, disuaden de su petición⁸⁵.

Pero lo que más llama la atención del análisis de la jurisprudencia es que aún hay sentencias en las que casos evidentes de ton manta son condenados por el inciso primero del art. 274.3, y no por el inciso segundo. En ese sentido, la SAP Valencia 43/2019, de 24 de enero de 2019, confirma la condena a *seis meses de prisión* en un supuesto en el que se exhibían para su venta camisetas de las marcas Calvin Klein y Tommy Hilfiger, sin constar la venta efectiva, estimando el beneficio potencial en 126€ y habiendo renunciado la marca Calvin Klein expresamente a la indemnización que le pudiera corresponder (no se dice nada de la otra marca pero en el fallo tampoco se menciona que deba indemnizarla). Todo esto con las consecuencias que la condena puede tener para cualquier persona en situación económica desfavorecida, pero más aún, para quien une a esa situación su condición de inmigrante, como se explica en el siguiente epígrafe.

2. Las consecuencias aporófbas de la condena por el delito de top manta

Las conductas de top manta, como se ha indicado y como lo ponen de manifiesto algunas sentencias analizadas, son llevadas a cabo, esencialmente, por personas en una situación de penuria económica que recurren a tales prácticas simplemente para subsistir. Con ese actuar están lejos de dañar los bienes jurídicos ya mencionados relacionados con los derechos de propiedad

intelectual e industrial. Es por ello que en el apartado anterior se ha planteado la despenalización del top manta. El mantenimiento de estas conductas en el texto punitivo no solo atenta contra el principio de mínima intervención del Derecho penal sino que tiene consecuencias devastadoras para el condenado, como se explica a continuación.

(1) La primera consecuencia aporófoba de la imposición de la condena por un delito de top manta tiene que ver con el hecho de que la pena a imponer casi en la totalidad de las sentencias analizadas es la pena de multa, ignorando que tanto el art. 270.4, inciso segundo CP, como el art. 274.3, inciso segundo CP, prevén como alternativa la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (en adelante, TBC). Solo se han encontrado dos sentencias en las que se imponga esta pena⁸⁶. En el resto, la pena es de multa, oscilando, en cuanto a duración, entre uno y cinco meses, y en relación a la cuantía, entre dos y ocho euros al día. Ello lleva a variaciones entre los 60€ y los 900€ de multa en total.

Para la determinación de la pena de multa, una vez fijada la extensión, el art. 50.5 CP establece que la concreción de la cuota diaria debe realizarse teniendo en cuenta, exclusivamente, la situación económica del reo, para lo que habrá de estarse a “su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo”. En la práctica, cuando la acusación no logre acreditar la capacidad económica del reo, se debería realizar una interpretación a su favor e imponer la cuota mínima. Sin embargo, como los juzgados y tribunales suelen encontrarse en la práctica con dificultades probatorias sobre este extremo, especialmente en los delitos leves, sin fase de instrucción propiamente dicha, se ha permitido la imposición de cuotas superiores a dos euros sin necesidad de motivación alguna⁸⁷, como se observa en casi todas las senten-

recurso presentado por la defensa y cambia la calificación del art. 274.3, inciso primero, al art. 274.3 inciso segundo en atención a la pequeña escala y a que posiblemente, el acusado ha procedido a esta venta ambulante de productos falsificados para “cubrir los mínimos de subsistencia de la persona que lo realiza” (FJ cuarto). La SAP Barcelona 694/2017, de 2 de noviembre de 2017 estima parcialmente el recurso presentado por la defensa y cambia la condena del art. 274.2 al art. 274.3 en atención a la pequeña escala y a que la conducta se lleva a cabo “posiblemente para lograr cubrir los mínimos de subsistencia”.

84 Sí se plantea en la SAP Madrid 134/2019, de 7 de marzo, en la cual se desestima esta petición porque no se cumplen los estrictos requisitos de la jurisprudencia, no bastando para su aplicación una situación de extrema penuria económica, siendo necesario un peligro para la vida del autor o de sus allegados, de modo tal que la penuria “conlleve el riesgo de perecimiento o de abocamiento en grave estado de inanición o depauperación” (FJ segundo). En este caso, condena por el delito del art. 270.4, inciso segundo. También en la SAP Madrid 377/2018, de 21 de mayo de 2018, se rechaza la aplicación del estado de necesidad porque no se acredita nada al respecto (FJ primero).

85 Sobre los requisitos del estado de necesidad en la jurisprudencia actual, *vid.* recientemente MOLINA BLÁZQUEZ, M. C. “Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico, los ‘correos de la droga’ y la ocupación pacífica de bienes inmuebles”. En BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. *Sistema penal y exclusión social*. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 120-142. *Vid.* también CÁMARA ARROYO, Sergio. “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*, vol. LXVIII, 2015, pp. 257-262.

86 SAP Madrid 344/2020, de 29 de junio, y SAP Asturias 171/2020, 12 de mayo de 2020.

87 *Vid.*, con ulteriores referencias, VELÁZQUEZ VIOQUE, D. “Justificación, exculpación y ejecución de la pena en consideración a situaciones de exclusión social: marginados y marco penal concreto”. En BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. *Sistema penal y*

cias analizadas para este trabajo⁸⁸. Incluso se permite esta elevación de la cuota por la mera percepción del juez o tribunal aunque no se haya aportado prueba al respecto, lo que genera una auténtica inseguridad jurídica⁸⁹. Este dislate lleva a imponer en algún caso de top manta del art. 274.3 CP una cuota diaria de ocho euros, lo que debe estimarse desproporcionado si se compara con algunas multas impuestas en conocidos casos de delitos económicos, ya que no es en absoluto habitual que se llegue a la cuota máxima permitida por el Código Penal de 400 euros/día⁹⁰.

El problema de la pena de multa, para las personas en una situación de marginalidad, como el inmigrante dedicado al top manta, radica en su impago, que obliga a acudir a la responsabilidad personal subsidiaria *ex art.* 53 CP; una muestra más de la aporofobia del sistema penal. ¡Si no tienes dinero, vas a la cárcel! Esta situación es tradicional en el sistema penal, y no solo en España sino también en otros países de nuestro entorno⁹¹, pero no por ello debe dejar de criticarse. En el Derecho español, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa puede consistir en privación de libertad o en TBC (art. 53 CP), si bien es cierto que los tribunales tienden a elegir la primera con la fácil excusa de la dificultad práctica para cumplir una pena de TBC, ya sea porque no es fácil recabar el consentimiento del penado⁹², porque no hay recursos para ofrecerla o porque es difícil hacer un seguimiento del penado en el caso de personas con hábitos desorganizados⁹³. La privación de libertad que implica la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa puede consistir en prisión o, en caso de delitos leves, en localización

permanente. Los delitos de top manta, como se explicará más adelante, presentan problemas en cuanto a su calificación como delito leve o delito menos grave, y la FGE se ha pronunciado entendiendo que son menos graves⁹⁴, por lo que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa no se podrá cumplir como localización permanente, sino que se deberá ingresar en prisión, con las consecuencias desocializadoras que eso tendrá para el reo. También se ingresará en prisión si el condenado no tiene un domicilio u otro lugar que el juez pueda establecer para el cumplimiento de la localización permanente (art. 37 CP). Téngase en cuenta que las penas cortas de prisión no permiten cumplir los fines de reeducación y reinserción social a los que se refiere el art. 25.2 de la Constitución pues el breve tiempo no permite una clasificación adecuada del penado ni el diseño de un tratamiento. Eso sí, las penas cortas de prisión parecen encajar en la actual política criminal de la exclusión, en la que la prisión ya no sirve a los fines resocializadores que se persiguieron en otros tiempos, sino que es vista como un depósito de personas que no se quieren en la sociedad, reflejo de la cultura de control a la que se refiere Garland⁹⁵.

Mientras el top manta siga castigándose penalmente, los tribunales deberían huir del automatismo que les lleva a imponer la pena de multa, que puede desembocar fácilmente en la pena de prisión por el impago de la multa. En su lugar, deben apostar por los TBC, pese a las dificultades que implique su cumplimiento por la falta de recursos⁹⁶. Para ello es indispensable el apoyo de las instituciones públicas.

exclusión social. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, p. 159, nota 29.

88 Son escasas las sentencias analizadas para este trabajo en las que se impone la pena de multa mínima, dos euros. *Vid.* SAP Madrid 377/2018, de 21 de mayo de 2018 y SAP Zaragoza 51/2021, de 8 de febrero de 2021.

89 Criticándolo, VELÁZQUEZ VIOQUE, D. "Justificación...", p. 160.

90 Tómese como referencia la sentencia del caso Gürtel (STS 507/2020, de 14 de octubre de 2020), en la que se imponen, para algunos de los acusados, penas de multa con una cuota diaria de 200€ (se elevó la cuota respecto de lo previsto en la sentencia de instancia). En algunas sentencias condenatorias por delitos económicos en las que se recurre a la pena de días-multa, en lugar de a la multa proporcional, las cuotas son irrisorias si se comparan con las impuestas para algunos delitos patrimoniales leves. Por ofrecer algún ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional 3/2017, de 23 de febrero de 2017, que condena por un delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, el acusado pagó setenta mil euros en concepto de soborno para lograr unos contratos que ascendían a más de diez millones de euros. La pena de multa fue de seis meses con una cuota día de ¡seis euros!

91 *Vid.*, para el caso alemán, el estudio reciente de NEUBACHER, F. y BÖGELEIN, N. "¿Criminalidad de los pobres - criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalcitrantes". *Sistema Penal Crítico*, 1, 2021, pp. 58-62.

92 Recuérdese que el juez o tribunal no puede condenar a la pena de TBC sin el consentimiento del acusado. Por esta razón, en los juicios seguidos por delitos de top manta, la acusación, la defensa o el propio tribunal debería preguntar al acusado si consiente en la imposición de esta pena en el caso de una eventual sentencia condenatoria.

93 VELÁZQUEZ VIOQUE, D. "Justificación...", pp. 167-168.

94 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015*, p. 5.

95 GARLAND, D. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa, Barcelona, *passim*.

96 Criticando la imposición de penas de multa en casos de *top manta* porque no cumplen su función en personas en situación de marginalidad económica, *vid.* MORÓN LERMA, E. "De los delitos relativos a la propiedad industrial", *op. cit.*, RODRÍGUEZ MORO, L. "El delito de venta ambulante...", *op. cit.*, pp. 34-35.

(2) Otra consecuencia que puede padecer el inmigrante irregular por la imposición de una condena por el delito de top manta tiene que ver con la generación de antecedentes penales. Como es sabido, la reforma del Código Penal del año 2015 eliminó las faltas, convirtiendo muchas de ellas en delito, como por ejemplo los casos de top manta que no superaban los 400€. Incluso aunque el delito se califique como leve, siempre genera antecedentes, cosa que no sucedía con las faltas. Tener antecedentes penales impide que el extranjero en situación administrativa irregular obtenga un permiso de residencia y dificulta la renovación del que ya se tenga. En concreto, el art. 31.5 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, exige que se carezca de antecedentes penales en España para autorizar la residencia temporal⁹⁷. Por su parte, el art. 31.7 de la misma ley indica que se valorarán (no parece que positivamente) los antecedentes penales para la renovación de la autorización de residencia temporal.

(3) Otras consecuencias que se derivan de una condena por un delito de top manta tienen que ver con el hecho de considerar el tipo atenuado ubicado en el segundo inciso del art. 270.4 y del art. 274.3 CP como un delito leve o como un delito menos grave. El tema ha sido expuesto de manera muy minuciosa por Martínez Escamilla⁹⁸. El inciso segundo de ambos preceptos señala que la conducta se podrá castigar con una pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días. Como se observa, la pena de multa encaja tanto en la calificación de delito leve como de menos grave (*vid.* art. 33.4.g y art. 33.3.j CP, respectivamente), pero en este caso la solución es sencilla vía art. 13.4 CP. Este precepto indica que, en estos casos, el delito debe considerarse como leve. No obstante, ese artículo está pensando en penas únicas, no en penas alternativas. En el caso del top manta, se prevén como alternativas la pena de multa y la pena de TBC 31 a 60 días, que en todo caso es una pena menos grave (art. 33.3.1). La polémica está servida. La Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2015, opta por la interpretación más desfavorable al reo⁹⁹, lo que no puede valorarse sino de manera negativa por las consecuencias que tiene sobre la prescripción, la re-

incidencia, la detención y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Según lo dicho, la prescripción del delito de top manta, *ex art.* 131.1 CP, no se va a producir hasta los cinco años, mientras que si fuera considerado un delito leve, prescribiría al año. Sobre la reincidencia: si el delito se califica como menos grave, los antecedentes serán tenidos en cuenta, en todo caso, para aplicar la agravante de reincidencia del art. 22.8ª CP. Sin embargo, si el delito se calificara como leve, los antecedentes no podrían considerarse para la aplicación de la agravante de reincidencia, *ex art.* 22.8ª inciso segundo del CP. En todo caso, aunque este último fuera el caso, el juez o tribunal sí podría tener en cuenta los antecedentes para la no aplicación del tipo atenuado del delito de top manta, por las “características del culpable”, lo que implicaría la condena por el inciso primero del art. 270.4, que asigna una pena de prisión de seis meses a dos años. Sobre la detención del sospechoso, y siguiendo lo dispuesto en el art. 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se puede detener por simples faltas (ahora, delitos leves), salvo que el presunto autor no tenga domicilio conocido. Si el delito se considera menos grave, como entiende la Fiscalía General del Estado, sí se puede proceder a su detención. Y sobre la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, el problema se ha expuesto anteriormente: si el delito por el que se condena tiene la consideración de leve, la responsabilidad personal subsidiaria puede cumplirse mediante localización permanente. Si el delito tiene consideración de menos grave, no cabe esta posibilidad *ex art.* 53.1 inciso primero CP, por lo que la responsabilidad personal subsidiaria se debe cumplir en prisión.

(4) Otra consecuencia que puede derivar de la imposición de una pena por el delito de top manta, teniendo en cuenta que los autores son ciudadanos extranjeros, es la expulsión del territorio español. El art. 89 CP obliga a sustituir las penas de prisión de más de un año por la expulsión. Cierto es que el tipo privilegiado del top manta, el inciso segundo, no prevé la pena de prisión, pero sí lo hace el inciso primero. Además, teniendo en cuenta que la aplicación del inciso segundo es potestativa, en la práctica se podría observar esta situación. La única manera de evitar la expulsión del condenado es probar su desproporcionalidad “a la vista de las cir-

97 Esta norma fue recurrida al Tribunal Constitucional porque impide tener en cuenta otras circunstancias del reo, como el arraigo en España. El Auto del Tribunal Constitucional 54/2010, de 19 de mayo, negó la inconstitucionalidad del precepto, argumentando que el legislador puede establecer los requisitos de entrada y permanencia en España para garantizar el orden público interno, ello sin privar al extranjero de los derechos constitucionalmente reconocidos en su condición de persona. Esta decisión es criticable en tanto que la disposición legal no tiene en cuenta otras circunstancias como la pena concreta impuesta, la gravedad del delito ni la antigüedad del mismo. *Vid.* estas críticas, detalladamente, en LARRAURI, E. “Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes”. *In Dret. Revista para el análisis del Derecho*, 2, 2016, p. 6.

98 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. “La venta ambulante...”, *op. cit.*, pp. 11-15.

99 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 1/2015, de 19 de junio...*, *op. cit.*, p. 5.

cunstances del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España” (art. 89.5 CP), un arraigo que será muy difícil de demostrar para un inmigrante irregular¹⁰⁰. Ciertamente, esta regulación es un ejemplo palmario de las políticas de *crimmigration*, término que se emplea para referirse a esas políticas que fusionan el Derecho penal y el Derecho migratorio para el control de las fronteras y los flujos migratorios¹⁰¹, políticas que responden también a un sentimiento aporóforo pues el rechazo es siempre hacia el inmigrante *pobre*. Son muchos los estudios publicados recientemente en España sobre la expulsión de los ciudadanos extranjeros condenados, por lo que a ellos nos remitimos¹⁰². No parece que la expulsión sea probable en el caso de condenas por top manta, en donde es difícil que se aplique una pena de prisión que supere el año, aunque la legislación lo permite en tanto que le inciso primero del art. 270.4 y del art. 274.3 prevén una pena de prisión máxima de dos años.

3. Propuesta para despenalizar el top manta o, al menos, para mitigar la respuesta penal

En este punto, y ante las críticas que se han vertido a lo largo de este trabajo al tratamiento que el Código Penal dispensa a las conductas de top manta, se realizan dos propuestas. Una pasa por la erradicación de estas conductas del Código Penal. La otra, asumiendo que esto es poco probable que cale en el legislador actual, trata de limitar al máximo la aplicación de este tipo penal.

En primer lugar, el legislador debería proceder a eliminar la penalidad para este tipo de supuestos en atención a las circunstancias del hecho, para lo cual debería tenerse en consideración la escasa cuantía del beneficio obtenido, del perjuicio ocasionado y el hecho de que la conducta se lleve a cabo como medio de subsistencia; es decir, lo que ya han aplicado algunas de las sentencias analizadas, aunque solo para reducir la penalidad¹⁰³. El argumento para despenalizar, como se ha explicado a lo largo de este trabajo, gira en torno al cumplimiento de los límites que impone el principio de intervención

mínima del Derecho penal en Estados constitucionales como el nuestro. Precisamente, lo que se observa en las conductas de top manta es su escasa lesividad para los bienes jurídicos en juego, tanto en el caso del art. 270.4 como del art. 274.3 CP, aunque es mucho más evidente en el primer supuesto pues las ventas de CD y DVD piratas son absolutamente residuales en el momento actual por la irrupción de las plataformas digitales, por lo que difícilmente dañan los derechos de explotación exclusiva de los derechos de propiedad intelectual.

En el caso del art. 274.3 CP, el bien jurídico directamente protegido, el derecho de uso en exclusiva de la marca registrada, apenas se ve dañado. Si de la conducta de top manta derivaran posibles perjuicios económicos al titular de la marca, este puede recurrir a otras normas de naturaleza civil para obtener una indemnización. Si nos centramos en la función que la marca cumple en el mercado, y lo relacionamos con el bien jurídico mediatamente tutelado, se debe afirmar que la competencia en el mercado no resulta afectada en tanto que no hay riesgo de confusión acerca del origen empresarial del producto, dada la deficiente calidad que suelen tener estos productos del top manta por los materiales empleados en su elaboración, por lo que la marca sigue cumpliendo su función en el mercado. Es por esta razón que rechazamos la línea jurisprudencial que condena incluso cuando la imitación es burda. En estos casos, la exclusividad de la marca no se ve afectada en absoluto.

No obstante, puede pensarse que en el momento actual o en un futuro próximo las imitaciones ganen sofisticación por el desarrollo tecnológico. En este caso, sin embargo, el foco debería ponerse en los fabricantes del producto falso y en las redes de distribución, que incluso podrían estar vinculadas a la delincuencia organizada, pues son ellos los que hacen peligrar la exclusividad de la marca y los que pueden dañar la competencia leal en el mercado, no el inmigrante que ofrece el producto en la calle, que en ocasiones puede estar incluso sometido a la coacción de la organización criminal. Téngase en cuenta que, en estos últimos casos, el inmigrante podría estar siendo víctima de un delito

100 La FGE reconoce, en su última memoria, que la “acreditación de la situación administrativa del extranjero, así como de sus circunstancias personales, laborales y sociales determinantes del arraigo es un problema endémico”. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria*, 2019, pp. 828-829.

101 Por todos, STUMPF, J. “The Crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power”. *American University Law Review*, vol. 56, núm. 2, 2006, pp. 367-419.

102 *Vid.*, recientemente en España, GARCÍA ESPAÑA, E. “Extranjeros sospechosos...”, *op. cit.*, pp. 1-28; GONZÁLEZ SANCHEZ, I. “La penalización de los migrantes: irregularidad y cárcel en la construcción del Estado neoliberal”. *Migraciones*, 39, 2016, pp. 123-147; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, pp. 131-197; LARRAURI, E. “Antecedentes penales...”, *op. cit.*, pp. 1-29; 2016; NAVARRO CARDOSO, F. “Análisis del art. 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica”. *Revista Penal*, 47, 2021, pp. 193-226; TOMÉ GARCÍA, J. A. “La expulsión de ciudadanos extranjeros sustitutiva de la pena de prisión: resolución en fase de ejecución”. *Crítica Penal y Poder*, 18, 2019, pp. 82-93.

103 SAP Madrid 344/2020, de 29 de junio de 2020, y SAP Navarra 38/2020, de 2 de marzo de 2020.

de trata de personas con fines de explotación (letra c) del art. 177 bis párrafo primero del Código Penal), razón por la cual podría estar exento de pena *ex art. 177 bis párrafo undécimo*.

En segundo lugar, dado que no parece posible que la propuesta despenalizadora cristalice, pues no vivimos épocas de reducción del Derecho penal sino de todo lo contrario¹⁰⁴, se proponen aquí otras modificaciones para limitar la intervención penal en este ámbito.

(1) La aplicación del tipo atenuado del top manta, es decir, del inciso segundo de los arts. 270.4 y 274.3 debe ser obligatoria para el juez, no potestativa, como ocurre con la legislación vigente. Y deberían realizarse las siguientes modificaciones en el precepto. Dadas la inseguridad jurídica que plantea la expresión “reducida cuantía”, debe aclararse que, en todo, caso será reducida cuantía el beneficio que no supere los 400€, en consonancia con el resto de delitos patrimoniales. Se vetaría así la aplicación del inciso primero cuando no se supere esa cuantía¹⁰⁵. Además, debe eliminarse del precepto la expresión “[beneficio] que se hubiera podido obtener” pues cuando el producto ni siquiera se ha vendido es aún más notorio que no hay daño para el titular de los derechos de explotación exclusiva de la marca en tanto que los productos no han sido adquiridos por nadie, por lo que ni remotamente la función que la marca cumple en el mercado se ve afectada.

(2) Dado que el perfil del autor de estas conductas responde al de una persona sin recursos económicos, se debe hacer una reflexión sobre la pena de multa que aparece en el inciso segundo. Ciertamente esta pena no puede eliminarse porque los trabajos en beneficio de la comunidad deben ser aceptados por el reo, podrían darse situaciones en las que no se obtenga ese consentimiento por la razón que fuere. Son conocidas, además, las dificultades prácticas para cumplir la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. No obstante, consideramos que se debe eliminar la imposición automática de la pena de multa¹⁰⁶ porque los escasos efectos preventivos que tiene (tanto desde el punto de vista de la prevención general como de la prevención especial). Una última cuestión respecto de la pena de multa tiene que ver con la cuota diaria que se impone. Se ha explicado *supra* epígrafe IV.2 que en las sentencias analizadas las cuotas varían entre dos y ocho euros, pese a la situación de carencia económica en la que viven los inmigrantes que se dedican al top manta. Aunque el Tribunal Supremo haya avalado la imposición de

cuotas diarias superiores a dos euros sin necesidad de justificación alguna, entendemos que esta es una interpretación desfavorable al reo que debe enmendarse. Si la acusación, que en estos casos ejerce casi siempre el Ministerio Fiscal, no logra acreditar la capacidad económica del condenado por el delito de top manta, se debe imponer la cuota mínima prevista en el art. 50.3 CP, esto es, dos euros.

(3) La polémica en torno a la consideración del inciso segundo de los arts. 270.4 y 274.3 como delito leve o delito menos grave, en atención a las penas que se prevén, debe zanjarse realizando una interpretación favorable al reo, y no contra reo como la que ha realizado la Fiscalía General del Estado en la mencionada Circular 1/2015, de 19 de junio. Ello permitirá que, en el caso de impago de la pena de multa, la responsabilidad personal subsidiaria se pueda cumplir a través de la localización permanente *ex art. 53.1 CP*. Su consideración como delito leve servirá también para que la condena no pueda computarse a los efectos de aplicar la agravante de reincidencia del art. 22.8ª CP si el autor necesita seguir recurriendo al top manta para sobrevivir. La aplicación de la agravante determinaría la imposición de una pena en la mitad superior pese a la escasa o nula lesividad de la conducta.

(4) El inciso primero de los arts. 270.4 y 274.3 CP, que se ha aplicado en algún supuesto de top manta de las sentencias analizadas debe prever penas alternativas a la prisión, en concreto, multa y trabajos en beneficio de la comunidad. Téngase en cuenta que la pena puede llegar a los dos años de prisión, por lo que, en el caso de una condena a una pena de más de un año de prisión se debería proceder a la expulsión del reo del territorio español, una muestra más del trato discriminatorio que el Derecho penal dispensa a los extranjeros.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta el momento, se pueden extraer las siguientes conclusiones.

Primera. El castigo como delito del top manta es una manifestación del Derecho penal de la aporofobia, un Derecho penal construido para criminalizar las conductas que las personas económicamente más desfavorecidas de la sociedad llevan a cabo para subsistir pero que apenas tienen impacto personal, patrimonial, social o medioambiental.

104 El populismo punitivo parece haberse impuesto en el diseño de la actual política criminal. *Vid.* BENITO SÁNCHEZ, D. *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*. J.M. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 143-160.

105 Recuérdese que la referida SAP Valencia 43/2019, de 24 de enero de 2019, aplicó el párrafo primero en un supuesto de top manta donde el beneficio pretendido era de 126€ y condenó a seis meses de prisión.

106 Como se señaló *supra* IV.2, solo en dos de las sentencias analizadas se condenó a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Segunda. Los datos sobre delitos vinculados al top manta son poco fiables pues los instrumentos oficiales suelen recoger información genérica sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, sin especificar los diferentes tipos penales. Tampoco hay cifras precisas sobre el impacto económico de estas conductas en el mercado, por lo que es difícil diseñar políticas sin base empírica. En todo caso, de los datos analizados se deduce que la venta de CD y DVD piratas descien- de en los últimos años, siendo prácticamente residual. No sucede lo mismo con la venta de prendas de ropa, calzado y complementos falsificados, que son ahora el producto estrella del top manta.

Tercera. El top manta no afecta a los intereses económicos derivados de los derechos de explotación exclusiva de la propiedad intelectual, por su carácter absolutamente residual, por lo que debe procederse a su despenalización para dar cumplimiento al principio de mínima intervención del Derecho penal.

Cuarta. El top manta tampoco parece afectar de manera significativa a los derechos de explotación exclusiva de un derecho de propiedad industrial, por lo que para respetar el carácter fragmentario del Derecho penal, estas conductas deberían quedar fuera del ámbito penal. Téngase en cuenta que, si hay un perjuicio económico, el titular de la marca puede reclamar una indemnización por la vía civil. Tampoco afecta el top manta al bien jurídico mediatamente tutelado, la competencia en el mercado, pues la calidad de los productos que se ofrecen hace que no haya riesgo de confusión en cuanto al origen empresarial del producto. Y si la tecnología permitiera un elevado grado de sofisticación de estos productos falsificados (a un precio de venta exiguo como el que se pide en el top manta, lo que parece complicado), el foco debería ponerse en las redes dedicadas a su fabricación y distribución entre los inmigrantes en situación de penuria económica. En la práctica tampoco se pone el foco en el comprador del producto, que podría estar cometiendo un delito de receptación. Dirigir la respuesta penal al eslabón más débil de la cadena, el más vulnerable, es una muestra del carácter aporóforo del Derecho penal que, por otro lado, no sería en absoluto eficaz para acabar con estas organizaciones criminales. Es más, el inmigrante puede ser incluso víctima de un delito de trata de personas, pues entre las finalidades de este delito está la explotación en la realización de actividades delictivas. Si este fuera el caso, se debería proceder a eximir de pena al acusado según lo estipulado en el art. 177 bis párrafo undécimo del Código Penal.

Quinta. Ante la situación descrita, este artículo opta por proponer la despenalización de la práctica del top manta en atención a las circunstancias del hecho: escaso beneficio, escaso perjuicio y realización de la conducta para subsistir. No obstante, no parece probable

que el legislador vaya a aceptar esta propuesta en los tiempos que corren de expansión punitiva (hacia determinados colectivos), por lo que desde este trabajo se proponen también algunas modificaciones de los preceptos en cuestión, así como algunas interpretaciones para mitigar la respuesta penal en los casos de top manta: (1) Que la aplicación del subtipo atenuado del top manta sea obligatoria, no potestativa. (2) Que se considere siempre que un beneficio inferior a 400€ es una cuantía reducida. (3) Que se elimine la referencia al beneficio potencial, siendo necesario para el castigo la efectiva obtención de un beneficio económico. (4) Que los juzgados y tribunales huyan del automatismo en la aplicación de la pena de multa ya que no tiene efectos preventivo-generales ni preventivo-especiales en estos supuestos. (5) Que la cuota de multa diaria sea la mínima posible, dos euros, cuando no conste la situación económica del condenado por un delito de top manta pero sea evidente su situación de penuria económica. (6) Que el delito sea considerado leve, no menos grave, para que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa se pueda cumplir como localización parmente y para evitar que los antecedentes cuenten para la aplicación de la agravante de reincidencia.

Referencias bibliográficas

- ACALE SÁNCHEZ, María. “Mujer inmigrante y pobre: una mina para el Derecho Penal”. *Revista Penal*, 47, 2021, pp. 5-23.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*. J.M. Bosch, Barcelona, 2020.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y DURTA DE PAIVA, Giovana. “La amazonia brasileña: los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medio ambiente. Una reflexión desde el Derecho penal”. *Sistema Penal Crítico*, 1, 2021, pp. 9-42.
- BUSTOS RUBIO, M. “Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4ª CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-04, 2021, pp. 1-42.
- CÁMARA ARROYO, Sergio. “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*, vol. LXVIII, 2015, pp. 237-275.
- CASTIÑEIRA PALOU, Mª Teresa y ROBLES PLANAS, Ricardo. ¿Cómo absolver a los ‘top manta’? (Panorama jurisprudencial). *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2, 2007, pp. 1-15.

- 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*, 2013.
- CORTINA, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Paidós, Barcelona, 2017.
- CORTINA, A. “Aporofobia”. *ABC Cultural*, 1 de diciembre de 1995.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. y NIETO MARTÍN, Adán. *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España”. *Derecho Penal y Criminología*, vol. 30, núm. 88, 2009, pp. 93-134.
- FERNÁNDEZ VILLAZALA, Tomás. “Las estadísticas oficiales en la medición del delito”. *Revista General de Derecho Penal*, 12, 2010, pp. 1-25.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015*, 2015.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 1/2006 de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003*, 2006.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria. 2011-2019*.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso “Delitos relativos a la propiedad intelectual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRAT, Fermín (coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016. Versión online.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa. “Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: un mosaico de exclusión”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-15, 2017, pp. 1-28.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, I. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*. Ratio Legis, Salamanca, 2020.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. “Algunas manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal ‘del amigo’: corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco)”. *Revista Penal*, 47, 2021, pp. 61-83.
- GARLAND, David. *La cultural del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa, Barcelona.
- GÓMEZ LANZ, Javier. “La exención de pena para delitos cometidos por víctimas de trata de personas”. En BENITO SÁNCHEZ, Demelsa y GÓMEZ LANZ, Javier. *Sistema penal y exclusión social*. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 235-260.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen. “La tutela penal de la propiedad intelectual e industrial: las últimas reformas”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 36, 2013, pp. 28-36.
- GONZÁLEZ SANCHEZ, Ignacio. “La penalización de los migrantes: irregularidad y cárcel en la construcción del Estado neoliberal”. *Migraciones*, 39, 2016, pp. 123-147.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María M. “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, pp. 131-197.
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, WALK FREE FOUNDATION y INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Global Estimates of Modern Slavery*. Ginebra, 2017.
- LARRAURI, Elena. “Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2, 2016, pp. 1-29.
- LLORIA GARCÍA, Paz. “La protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del CP de 2015”. *La Ley* 5983, 2016, pp. 1-27.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. “Consideraciones en torno a los delitos contra la propiedad industrial”. *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y el conocimiento*, 1, 2001, pp. 111-132.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. “Derecho penal y exclusión social. El ‘top manta’ en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”. En DE LA CUESTA AGUADO et al (coord.). *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Mª Terradillos Basoco*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 637-651.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. “La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Régimen jurídico, política criminal y realidad del ‘top manta’”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1, 2018, pp. 1-37.

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. “Ni un mante-ro en prisión”. *Revista Mugak*, 52, 2010, pp. 17-19.
- MESTRE DELGADO, Esteban. “La reforma (piccola y pícara) de los delitos contra la propiedad intelectual”. *La Ley*, 14961, 2010, pp. 1-8.
- MINISTERIO DEL INTERIOR. *Anuario estadístico*, 2011-2019.
- MIRÓ LLINARES, Fernando. “Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva Reforma penal”. En MORRILLAS CUEVAS, Lorenzo (dir.). *Estudios sobre el Código Penal reformados (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 613-658.
- MIRÓ LLINARES, Fernando. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Madrid, 2003.
- MIRÓ LLINARES, Fernando. “Sobre la posible concurrencia y compatibilidad de tuteladas penales de propiedad industrial e intelectual sobre un mismo objeto”. *Eguzkilore*, 21, 2007, pp. 95-115.
- MOLINA BLÁZQUEZ, M. C. “Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico, los ‘correos de la droga’ y la ocupación pacífica de bienes inmuebles”. En BENITO SÁNCHEZ, Demelsa y GÓMEZ LANZ, Javier. *Sistema penal y exclusión social*. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 109-142.
- MORÓN LERMA, Esther. “De los delitos relativos a la propiedad industrial”. En QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRAT, F. (coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016. Versión online.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. “Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos”. *Política Criminal*, 15-30, 2020, pp. 948-992.
- NAVARRO BLASCO, Eduardo. “La criminalización de los manteros: un ejemplo de la utilización del derecho penal como forma de represión en defensa de intereses concretos con vulneración del principio de intervención mínima”. En MORALES PRATS, Fermín; TAMARIT SUMALLA, Josep M. y GARCÍA ALBERTO, Ramón M. (coord.). *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*. Aranzadi/Thomson Reuter, Cizur Menor, 2018, pp. 961-975.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando. “Análisis del art. 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica”. *Revista Penal*, 47, 2021, pp. 193-226.
- NEUBACHER, Frank y BÖGELEIN, Nicole. “¿Criminalidad de los pobres - criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalitrantes”. *Sistema Penal Crítico*, 1, 2021, pp. 43-67.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Los delitos de usurpación de marcas y otros signos distintivos: ¿protección del derecho, protección del patrimonio o protección del consumidor”. En JORGE BARREIRO, Agustín (coord.). *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 1647-1672.
- PENA GONZÁLEZ, Wendy. “El comunitarismo y el Derecho penal de aporofobia”. *Revista Penal*, 47, 2021, p. 248-262.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. “Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por violación de los Derechos Humanos”. *Revista Penal*, 44, 2019, pp. 126-146;
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea y VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. “Los delitos contra la propiedad intelectual: consideraciones generales”. En FAYOS GARDO, Antonio (ed.). *La propiedad intelectual en la era digital*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 269-304.
- RANDO CASERMEIRO, Pablo. “La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual. Aspectos globales y nacionales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-3, 2015, pp. 1-47.
- RODRÍGUEZ MORO, Luis. “El delito de venta ambulante o meramente ocasional de ejemplares de obras con derechos de propiedad intelectual del art. 270.4 CP, tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo: análisis normativo y político criminal”. *Revista General de Derecho Penal*, 32, 2019, pp. 1-38.
- RUIZ ARIAS, M. “Corporate environmental criminal liability in Spain and the participation of the environmental nongovernmental organizations (EN-GOS)”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 101, 2020, pp. 1-22;
- SERRA PALAO, P. “Cómo hacer frente a la impunidad ambiental: hacia una convención internacional contra el ecocidio”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 100, 2020, pp. 1-31
- SERRANO TÁRRAGA, Mª Dolores. “La medición del delito y la importancia de sus aportaciones para la criminología contemporánea”. *Revista de Derecho UNED*, 20, 2017, pp. 127-160.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª; ROBLES PLANAS, Ricardo y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Propiedad

- intelectual e industrial, mercado y consumidores”. En SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.). *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012.
- STUMPF, Juliet. “The Crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power”. *American University Law Review*, vol. 56, núm. 2, 2006, pp. 367-419.
- SUTHERLAND, Edwin. “White-Collar Criminality”. *American Sociological Review*, 5-1, 1940, pp. 1-12.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a. *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2020.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a. “El derecho penal como estrategia de exclusión: la respuesta punitiva a la inmigración”. En MUÑOZ CONDE, Francisco. et al (dir.). *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1113-1137.
- TIRADO ESTRADA, Jesús José. *La protección penal de la propiedad intelectual (análisis tras la reforma del código penal de 2015)*. Tesis doctoral. Universitat Jaume I, 2015.
- TOMÉ GARCÍA, José A. “La expulsión de ciudadanos extranjeros sustitutiva de la pena de prisión: resolución en fase de ejecución”. *Crítica Penal y Poder*, 18, 2019, pp. 82-93
- VELÁZQUEZ VIOQUE, David. “Justificación, exculpación y ejecución de la pena en consideración a situaciones de exclusión social: marginados y marco penal concreto”. En BENITO SÁNCHEZ, Demelsa y GÓMEZ LANZ, Javier. *Sistema penal y exclusión social*. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 143-171.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. “Derecho penal del amigo (Reflexión crítica acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública)”. *Revista de Derecho y Proceso penal*, 32, 2013, pp. 269-295.
- Listado de sentencias citadas**
- STS 507/2020, de 14.10.2020. Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
- STS 1479/2020, de 22.9.2000. Ponente Carlos Granados Pérez
- SAP Zaragoza 51/2021, de 8.2.2021. Ponente María Pilar Lahoz Zamarro
- SAP Barcelona 434/2020, de 25.9.2020. Ponente José Luis Ramírez Ortiz
- SAP Tarragona 279/2020, de 25.9.2020. Ponente María Espiau Benedicto
- SAP Madrid 259/2020, de 13.7.2020. Ponente Julio Agustín Morales Pérez-Roldán
- SAP Madrid 344/2020, de 29.6.2020. Ponente Manuel Chacón Alonso
- SAP Madrid 216/2020, de 23.6.2020. Ponente Francisco David Cubero Flores
- SAP Madrid 283/2020, de 16.6.2020. Ponente Carlos María Alaiz Villafafila
- SAP Madrid 2017/2020, de 12.6.2020. Ponente Alberto Ramón Molinari López-Recuero
- SAP Madrid 219/2020, de 9.6.2020. Ponente Josefina Molina Marín
- SAP Asturias 171/2020, de 12.5.2020. Ponente Francisco Javier Rodríguez Luengos
- SAP Baleares 55/2020, de 12.5.2020. Ponente Eleonora Mora Rossello
- SAP Madrid 137/2020, de 24.4.2020. Ponente Ana Victoria Revuelta Iglesias
- SAP Navarra 38/2020, de 2.3.2020. Ponente José Julián Huarto Lázaro
- SAP Asturias 66/2020, de 18.2.2020. Ponente José María Roca Martínez
- SAP Valencia 658/2019, de 16.12.2019. Ponente Sandra Silvana Schuller Ramos
- SAP Segovia 208/2019, de 4.11.2019. Ponente María Asunción Remírez Sainz de Murieta
- SAP La Rioja 39/2019, de 14.3.2019. Ponente María del Mar Puyuelo Omeñaca
- SAP Madrid 134/2019, de 7.3.2019. Ponente Carlos Martín Meizoso
- SAP Málaga 40/2019, de 8.2.2019. Ponente Carmen Soriano Parrado
- SAP Valencia 43/2019, de 24.1.2019. Ponente José Manuel Megía Carmona
- SAP Las Palmas 333/2018, de 31.7.2018. Ponente María del Pilar Verástegui Hernández
- SAP Zaragoza 82/2018, de 4.7.2018. Ponente Francisco José Picazo Blasco
- SAP Madrid 377/2018, de 21.5.2018. Ponente María Luisa Aparicio Carril
- SAP Cádiz 122/2018, de 16.5.2018. Ponente Francisco Javier Gracia Sanz
- SAP Sevilla 522/2017, de 16.11.2017. Ponente María Auxiliadora Echévarri García
- SAP Barcelona 694/2017, de 2.11.2017. Ponente Gemma Garcés Sesé
- SAP Granada 205/2017, de 25.4.2017. Ponente Juan Carlos Cuenca Sánchez

SAP Las Palmas 146/2012, de 4.6.2012. Ponente Emilio Jesús Julio Moya Valdés

SPJ Núm.2 Oviedo 100/200, de 26.6.2020. Ponente María Elena González Álvarez

SPJ Núm. 3 Oviedo 99/2020, de 24.6.2020. Ponente María Paz González-Tascón Suárez

SPJ Núm. 1 Lorca 20/2020, de 31.7.2020. Ponente María del Pilar Verástegui Hernández