

**NOTAS CRITICAS Y ENMIENDAS
A LA PROPUESTA DE REGULACIÓN PENAL DE LAS
CONDUCTAS DE LOS “MANTEROS”**

**CONTENIDA EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE
MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL
CÓDIGO PENAL. (121/000052)**

INDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. LA PROPUESTA DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

III. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA PROPUESTA

1. La propuesta vulnera principios básicos del Derecho penal: principio de subsidiariedad, principio de lesividad y principio de mínima intervención. El respeto de estos principios comporta la atipicidad de las conductas de los manteros.

2. La propuesta no da solución al gran coste económico que supone perseguir y castigar estas conductas

3. Resulta dudoso que la propuesta garantice los efectos retroactivos de la ley penal más favorable y con ello la revisión de las situaciones injustas producidas por la aplicación del Código penal vigente.

4. La propuesta puede generar un castigo desigual de conductas similares, con la consiguiente mala imagen del funcionamiento de la justicia.

5. La propuesta no impide que se puedan seguir castigando las conductas de los manteros con penas de seis meses de prisión y multa, lo que supone una evidente vulneración del principio de proporcionalidad.

6. La regulación propuesta no impide el ingreso en prisión de los manteros

7. La propuesta del Proyecto puede suponer de facto un empeoramiento de la situación de los manteros.

IV PROPUESTAS DE ENMIENDAS AL ARTICULADO

**NOTAS CRITICAS Y ENMIENDAS
A LA PROPUESTA DE REGULACIÓN PENAL DE LAS CONDUCTAS DE LOS
“MANTEROS”**

CONTENIDA EN EL Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (121/000052)¹

I. INTRODUCCIÓN

Este documento es un informe de naturaleza técnica en el que se expone el tratamiento jurídico-penal que a nuestro juicio merece la conducta de los manteros y los fundamentos jurídicos y técnicos que sustentan nuestra postura. No obstante, resulta procedente dedicar unas líneas a contextualizar la realidad que este documento aborda desde la mencionada perspectiva jurídica.

Hace más de un año, diferentes colectivos sociales y jurídicos comenzaron a llamar la atención sobre la absoluta desproporción del Código penal, en cuanto castiga con penas de seis meses a dos años y multa (si ésta no se puede pagar se convierte, como mínimo, en seis meses más de prisión) la simple exposición o venta de copias piratas de CDs y DVDs, entre otras obras. Estas conductas son realizadas mayoritariamente por inmigrantes en situación administrativa de irregularidad, es decir, por personas socialmente excluidas, en situación de pobreza y que ni siquiera tienen la posibilidad legal de trabajar. Al tener previstas dichas conductas una pena de prisión, estos inmigrantes son expulsados y, de no llevarse a cabo la expulsión, no es infrecuente que terminen en la cárcel por conductas de tan ínfima lesividad y desvalor.

Desde entonces son incontables las voces que han hecho suya esta causa: jueces, fiscales, profesores de Universidad, asociaciones, ciudadanos y numerosos profesionales

¹ En la elaboración de este informe han intervenido: JULIÁN RÍOS MARTÍN, Profesor de Derecho penal en la Universidad Comillas (ICADE); JOSÉ LUIS SEGOVIA BERNABÉ, Jurista y Profesor de Ética social en la Universidad Pontificia de Salamanca; MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid; JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS, Letrado del Tribunal Constitucional y Profesor de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos; XABIER ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Deusto y Abogado; ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, Fiscal del Tribunal Supremo; RAMÓN SÁEZ VALCÁRCEL, Magistrado de la Sala de lo Penal en la Audiencia Nacional; SANTIAGO TORRES, Magistrado Juzgado de Instrucción 32 de Madrid; FÉLIX PANTOJA GARCÍA, Fiscal del Tribunal Supremo; CONCEPCIÓN SÁEZ, Secretaria Judicial; MANUEL GALLEGU DÍAZ, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Comillas, Madrid; JUAN MANUEL LACRUZ LÓPEZ, Profesor de Derecho Penal, Universidad a Distancia y Director estratégico del Instituto de Altos Estudios Europeos; LORENA RUIZ-HUERTA, Profesora de Derecho penal en la Universidad Carlos III; MIGUEL ÁNGEL COBOS GÓMEZ DE LINARES, Profesor de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

Para contactar con nosotros: info@inmigrapenal.com

INMIGRAPENAL (Grupo Inmigración y Sistema Penal)

<http://www.inmigrapenal.com>

del mundo cultural y artístico y titulares del derecho de propiedad intelectual que entienden que sus derechos no deben ser protegidos de una manera tan desproporcionada. A lo largo de este año y como resultado de iniciativas diversas, se han celebrado concentraciones, manifestaciones, charlas y actos reivindicativos de diferente tipo. Ha de destacarse que se trata también de una reivindicación hecha desde el mundo cultural y artístico. Así conocidos actores, músicos, intérpretes, etc. han creado la Plataforma de Artistas “Ni un solo mantero en prisión”, desde dónde se están solicitando los indultos de los manteros condenados e incluso se está recaudando dinero para pagar las multas de quienes no tienen recursos, para que de esta manera la pobreza que padecen no incremente más su estancia en la cárcel. Todo ello permite afirmar que nuestra sociedad siente el castigo penal de los manteros como profundamente injusto y que existe un evidente clamor popular contra su criminalización.

Dicho sentir no es sólo popular; también desde distintos sectores del sistema de justicia penal se ha denunciado que la criminalización e ingreso en prisión de los manteros lesiona principios básicos del sistema penal. Así, más de un centenar de Profesores de Derecho Penal, entre ellos Catedráticos de reconocido prestigio, firmaron en su día un manifiesto contra la criminalización de estas conductas, manifiesto al que también se adhirieron numerosos jueces y fiscales.

Asimismo merece ser destacado el hecho de que la injusticia del castigo de los manteros ha calado hondo en la propia Administración de justicia hasta el punto de que existe una corriente jurisprudencial cada vez más amplia que absuelve a los manteros acusados de delitos contra la propiedad intelectual o industrial, sustentando la absolución, entre otros argumentos, en la aplicación de principios y valores constitucionales. Así se invoca el principio de mínima intervención para afirmar que en el ámbito del art. 270 sólo deberían subsumirse las conductas más graves; el principio de subsidiariedad, para sostener que ciertas lesiones a los derechos de propiedad intelectual han de ser abordadas desde el Derecho civil y el Derecho administrativo. Y por supuesto muchas de las absoluciones se fundamentan desde el principio de proporcionalidad. Esta es la opinión que la criminalización y castigo de los manteros merece a una parte cada día más significativa de la judicatura española.

II. LA PROPUESTA DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

El Gobierno ha sido en cierta medida sensible al referido clamor jurídico y popular y ha querido modificar la regulación penal de la conducta de los manteros, lo cual resulta además obligado al haber sido aprobada el 29 de octubre de 2009 por el Parlamento la Proposición no de Ley “contra la criminalización e ingreso en prisión de personas que venden copias de CDs y DVDs” (161/000794) presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds², por la que el Congreso instaba al Gobierno a abordar en el marco de la reforma del Código penal las modificaciones pertinentes para evitar la criminalización e ingreso en prisión de los “manteros”.

Así lo expresa en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley orgánica por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: “El agravamiento penológico operado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial ha evidenciado, en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias piratas de obras amparadas por tales

² BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-153 de 24/02/2009 Pág.: 13

derechos, una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena respecto de la gravedad de la conducta, máxime cuando -no infrecuentemente- 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”

Con este fin, el Proyecto de Código Penal incorpora un tipo atenuado para el tratamiento de los delitos contra la propiedad intelectual, concretamente destinado a las conductas de “distribución al por menor”. Se aborda de esta manera la problemática suscitada en torno a la ausencia de proporcionalidad de las conductas realizadas por los “manteros” de manera que el art. 270.1 CP queda redactado en los siguientes términos:

“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios.

“No obstante, en los casos de distribución al por menor en que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días”.

Lógicamente, y dado que la conducta de los manteros no sólo puede afectar a la propiedad intelectual, sino también a la propiedad industrial en cuanto se ofrezcan a la venta productos con signos distintivos sin autorización de sus titulares, el Proyecto recoge una paralela reforma del art. 274, cuyo apartado segundo quedaría redactado de la siguiente manera:

“Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas, posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero.

No obstante, en los casos de distribución al por menor en que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de la comunidad de 31 a 60 días”.

III. VALORACIÓN Y CRÍTICA DE LA PROPUESTA

Reconocemos la sensibilidad del Gobierno ante este problema. Sin embargo, nos vemos en la obligación de advertir que la propuesta de regulación **no resuelve satisfactoriamente la situación denunciada, en cuanto supone una vulneración de principios básicos del Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho como el que consagra la Constitución Española**. Y ello por las razones que a continuación se exponen y analizan.

1. La propuesta vulnera principios básicos del Derecho penal: principio de subsidiariedad, principio de lesividad y principio de mínima intervención. El respeto de estos principios comporta la atipicidad de las conductas de los manteros.

El principio más básico del Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho es el **principio de mínima intervención: si el Estado limita de una forma innecesaria o más allá de lo estrictamente necesario un derecho fundamental, está lesionando el derecho en cuestión.** El Derecho penal sólo puede utilizarse para proteger los bienes jurídicos más importantes y frente a los ataques más graves y sólo en la medida de que no existan instrumentos menos lesivos.

Este es documento jurídico en absoluto cuestiona que la propiedad intelectual deba ser objeto de protección. Lo que sí es denunciabile y rechazable desde un punto de vista jurídico es que tal protección se lleve a cabo a través de la criminalización y condena a prisión de quienes, a cambio de una insignificante cantidad de dinero, venden copias no autorizadas sobre sus mantas.

Es dudoso que el castigo penal de los *marteros* resulte lo bastante eficiente en términos de protección de la propiedad intelectual para justificar el sufrimiento que genera. De todo el abanico de posibilidades legales existentes para combatir con eficacia el fenómeno del *top manta* (confiscación del material y sanción administrativa, actuación sobre la demanda, etc.) el legislador ha optado por la que incide de una forma más devastadora sobre la vida de las personas: el Derecho penal, lesionando así el principio de subsidiariedad.

El actual castigo del *top manta* vulnera también otro principio limitador básico del Derecho penal: **el principio de lesividad**, según el cual no cabe castigar penalmente cualesquiera otros comportamientos sino sólo aquellos que por su gravedad supongan un auténtico peligro de lesión o lesionen efectivamente el bien jurídico protegido. La conducta de los manteros consiste en vender, por una insignificante cantidad de dinero, copias piratas de diferentes obras, copias normalmente de baja calidad y que son adquiridas por personas que raramente comprarían las copias autorizadas. El perjuicio en términos económicos que el mantero causa a los titulares de la propiedad intelectual de las copias vendidas resulta realmente insignificante, pues sabido es que las pérdidas de la industria no provienen de este tipo de piratería, sino fundamentalmente de las descargas a través de Internet.

Estos no son sólo principios ni reivindicaciones teóricos o académicos. Una importante corriente jurisprudencial acude a ellos para absolver a los manteros por considerar que la absolución es consecuencia de su observancia y aplicación al hecho enjuiciado.

Estos no son sólo principios teóricos ni una reivindicación exclusivamente académica. Una importante corriente jurisprudencial acude a ellos para absolver a los manteros por considerar que la absolución es consecuencia obligada de los mencionados principios de mínima intervención, lesividad y subsidiariedad (siendo el más

paradigmático el Acuerdo de pleno de la Audiencia Provincial de Vizcaya)³. Jueces y Tribunales absuelven argumentando con el principio de mínima intervención para afirmar que en el ámbito del art. 270 sólo deberían subsumirse las conductas más graves (SSAP de Burgos, Sec. 1ª, de 26 de noviembre de 2004 y de 6 de octubre de 2006, entre otras muchas), con el principio de subsidiariedad, debiendo ser abordadas tales lesiones de la propiedad intelectual desde el Derecho civil y el Derecho administrativo (Entre otras muchas, SAP de Barcelona, Sec. 7ª, de 8 de febrero de 2006, que argumenta que contra estas conductas “la lucha no pasa por la aplicación del Derecho penal, sino por la aplicación de normas de orden público, que impiden este tipo de ventas). Y por supuesto se argumenta la absolución sobre la base del principio de proporcionalidad⁴.

Para plasmar jurídicamente tal conclusión, se aconseja introducir en la descripción del tipo delictivo algún elemento que asegure que las conductas más leves queden fuera del ámbito de aplicación de este delito. Atendiendo que estas conductas afectan a la vertiente patrimonial del derecho a la propiedad intelectual, se propone como elemento definidor, en la línea apuntada por el Proyecto, el que se trate de **distribución al por menor, añadiendo que el beneficio obtenido no supere los 400 euros**.

A esta propuesta podría objetársele que en bastantes delitos patrimoniales los 400 euros señala el límite entre delito y falta: por debajo de esta cantidad la conducta no se considera atípica, sino una falta penal, es decir, una infracción penal más leve que el

³ “...el criterio general es el de considerar a estas conductas atípicas, por estimar que existe un ámbito en el que han de aplicarse las sanciones civiles y administrativas, y en otro en el que entra en juego el derecho penal, estando este reservado para los comportamientos de mayor entidad, en relación con el bien jurídico protegido...”

⁴ Articulando estos diferentes principios constitucionales, la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid, de 25 de abril de 2008, que se manifiesta de la siguiente manera: “la escasa trascendencia económica (los abultados perjuicios que siempre se reclaman en estos casos se corresponden con lucros cesantes presumidos legalmente pero nunca materialmente constatados) y menos aún lucrativa que encierran este tipo de operaciones de venta callejera de discos piratas, realizadas normalmente por personas de muy precarios medios económicos en su mayoría inmigrantes extranjeros de procedencia africana como es el caso que nos ocupa) que sólo buscan con ello una manera de ganarse la vida (ciertamente ilícita, pero, al menos no violenta ni peligrosa como para la salud pública como otras actividades criminales a las que en la praxis forense se pretende muchas veces equiparar) no revisten la gravedad suficiente como para merecer el grave reproche punitivo previsto en el CP al constituir el último eslabón de otras conductas de incomparable mayor alcance (reproducción o distribución al por mayor o en masa de esas obras artísticas sin autorización de sus titulares) y que por el grave riesgo que presentan para el bien jurídico protegido si que serían indudablemente subsumidas en el tipo del art. 270 CP. Es indudable que el derecho de autor debe ser respetado y protegido; lo que sucede es que no toda conducta infractora de la LPI debe tener necesariamente la grave respuesta del derecho penal, pues de ser así carecerían de contenido las medidas protectoras del ámbito civil –arts. 138 y ss- e igualmente quedaría sin contenido el principio de intervención mínima o subsidiariedad del derecho penal, tal y como se presenta en la exposición de motivos de la LO 2/2005: “el derecho penal se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad, según tiene declarado el TC, que ha reiterado que no puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible, existiendo en nuestro ordenamiento jurídico otras formas de control de legalidad diferentes al penal. La relegación al ámbito civil o administrativo de conductas ilícitas no responde a una mera interpretación discrecional de matiz sociológico sino sobre todo a pautas de orden jurídico que se asientan en el principio de unidad del ordenamiento jurídico y más concretamente en el ordenamiento penal. Principio éste que excluye toda interpretación fraccionada o sesgada de sus normas y que se encuentra íntimamente ligado al de igualdad en la aplicación de la ley pena”. Ésta no es sino un ejemplo de una larga lista de resoluciones judiciales.

delito, como ocurre, por ejemplo con el hurto, con la estafa, etc. Ahora bien, el que por debajo de una determinada cantidad la conducta se considere atípica no ocurre en todos los delitos patrimoniales, siendo posible la atipicidad penal por debajo de una cifra cuando la conducta puede perseguirse mediante la utilización del Derecho administrativo sancionador. Por ejemplo, el art. 305.1 CP castiga a quien defraude a la Hacienda Pública en más de 120.000 euros. Cuando la defraudación a la Hacienda no llega a esta cantidad, la conducta no es constitutiva ni siquiera de falta, sino que es una conducta penalmente atípica. No es que sea legal, sino que se persigue y se castiga a través del Derecho administrativo sancionador. ¿Por qué defraudar al erario público 100.000 euros no es constitutivo de una infracción penal y sí ha de castigarse con el Derecho penal malvender por unos pocos euros copias piratas, máxime cuando estas conductas pueden perseguirse y castigarse eficazmente también a través del Derecho administrativo sancionador?

Conclusión: la escasa gravedad de la conducta de los manteros obliga a sacar del Código penal la exposición y venta a pequeña escala, proponiéndose como elemento de los delitos en cuestión el que se trate de distribución al por menor en la que el beneficio obtenido no supere los 400 euros. El descriminalizar estas conductas NO SIGNIFICA LEGALIZARLAS, sino simplemente combatirlas con otros instrumentos igualmente eficaces, principalmente el Derecho administrativo sancionador. No creemos que cuando el beneficio obtenido sea menos de 400 euros la conducta deba ser considerada una falta, pues ello supone criminalizar la pobreza y una insoportable banalización del Derecho penal, amén de enorme gasto público que su persecución penal genera.

2. La propuesta no da solución al gran coste económico que supone perseguir y castigar estas conductas

La criminalización de la conducta de los manteros, en general, incluida la propuesta en el Proyecto, a pesar de la escasa gravedad, de la nula reprochabilidad y del escaso interés que muestran las entidades que gestionan los derechos de propiedad intelectual e industrial, que no suelen acudir a los llamamientos judiciales, se produce un efecto no menor: el importante coste en términos materiales y humanos para la Administración de justicia: los días de detención de estas personas, las jornadas en que la policía tiene que comparecer para la práctica de diligencias judiciales no dedicando ese tiempo a otros menesteres de orden y seguridad ciudadana; el tiempo dedicado en las oficinas judiciales y por los jueces a despachar estos asuntos, etc. Por supuesto, sin mencionar el elevadísimo gasto diario que supone el ingresar a estas personas en prisión, un lugar donde nunca deberían ser enviadas. A las razones constitucionales, jurídicas y éticas que avalan la DESCRIMINIZACIÓN de estas conductas, se une las razones económicas, más evidentes, si cabe, en la actual situación de crisis económica.

Conclusión: la criminalización de los manteros genera un enorme gasto público no justificado en atención a la escasa gravedad de las conductas, mucho mayor que el daño económico que estas conductas genera, lo abona la propuesta de que sean excluidas del ámbito de aplicación del Derecho penal.

Sobre la base de lo argumentado hasta el momento, nuestra postura está claramente a favor de no considerar la conducta de los manteros una infracción penal. Esta es la razón fundamental por la que nos oponemos a la propuesta del Proyecto. Ahora bien, además de las indicadas, exponemos a continuación otras razones que aconsejan el rechazo de la propuesta

3.- Resulta dudoso que la propuesta garantice los efectos retroactivos de la ley penal más favorable y con ello la revisión las situaciones injustas producidas por la aplicación del Código penal vigente.

La regulación propuesta establece que el juez “podrá” aplicar la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad en atención a las circunstancias del culpable y al escaso beneficio económico. Al configurarse la posibilidad atenuante como una potestad DISCRECCIONAL del juez, la propuesta del Proyecto no corregirá las situaciones injustas a las que ha dado lugar y está dando lugar la aplicación del actual Código Penal.

Conviene recordar que las leyes penales favorables tienen efectos retroactivos (art. 2.2 CP) para evitar que personas sigan cumpliendo condenas excesivas por conductas que la regulación penal hoy considera irrelevantes o merecedoras de menor castigo. Al configurarse la cláusula atenuante propuesta por el Gobierno como una potestad discrecional y no como un imperativo el texto propuesto el cambio de valoración de las conductas de los manteros, en principio, **no tendría efectos retroactivos y los manteros condenados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma seguirán cumpliendo condenas absolutamente desproporcionadas**. Bien es cierto que la Disposición Transitoria Segunda del Proyecto contiene unas pautas concretas de revisión de Sentencias, pero su dicción es tan confusa que no puede asegurarse que obligue a revisar las conductas afectadas por la nueva regulación de los arts. 270.1 y 274.2 CP.

Para dar solución justa y segura a esta situación el nuevo texto debería garantizar los efectos retroactivos de la nueva regulación. Al menos, **debería suprimirse el carácter discrecional** de la potestad judicial, que impide dichos efectos retroactivos.

Conclusión: de optarse por la configuración de un tipo atenuado (solución a nuestro juicio totalmente insuficiente), su aplicación, en cualquier caso, debería ser obligatoria y no configurarse como una potestad discrecional.
--

4. La propuesta puede generar un castigo desigual de conductas similares, con el consiguiente trato desigual y mala imagen del funcionamiento de la justicia.

Al configurarse la cláusula atenuante como una potestad discrecional y debido a la amplitud de los conceptos que se incorporan (características del culpable y reducido beneficio económico), los jueces pueden imponer aleatoriamente el tipo atenuado (multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad) o el tipo básico (seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses) lo que supone un trato desigualitario en

aplicación de la ley, es decir, castigar de forma diversa conductas similares, con la consiguiente mala imagen de la justicia que ello conlleva.

Conclusión: de optarse por la configuración de un tipo atenuado, su aplicación debería ser obligatoria y no configurarse como una potestad discrecional.

5. La propuesta NO impide que se puedan seguir castigando las conductas de los manteros con penas de seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses, lo que supone una evidente vulneración del principio de proporcionalidad.

La propuesta del CP, no sólo por dejar la aplicación de la cláusula atenuatoria al arbitrio del juez, sino además por configurar dicho tipo atenuado con conceptos inconcretos y genéricos, permite seguir aplicando las penas de prisión de seis meses a dos años a las conductas de los manteros.

El mantenimiento de dicho castigo supone una evidente vulneración del principio de proporcionalidad: la pena de prisión de seis meses a dos años es de todo punto excesiva y no guarda relación con la ínfima gravedad de tales conductas⁵.

La desproporción del Código penal en este tema se aprecia incluso con más nitidez si comparamos la pena del art. 270 con la pena establecida para otros delitos. Carece de lógica que el ofrecimiento en venta de unos DVDs o CDs tenga una pena que puede ser incluso superior a la de un robo con violencia o intimidación (art. 242.3: pena de uno a dos años, sin multa), o a la de algunos delitos de lesiones (art. 147.2: penas de prisión de tres a seis meses o multa e seis a doce meses). Además, las penas que se aplican son demasiado elevadas en relación con otras conductas descritas en el mismo Título XIII “delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, no resultando coherente que no se mantenga el paralelismo con tipicidades como la apropiación indebida, estafa, hurto, daños, defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, en las que de no alcanzar lo defraudado o hurtado los cuatrocientos euros la infracción es considerada una falta, correspondiéndole, por tanto, una sanción mucho más leve. Precisamente, si nos fijamos en el ámbito de las faltas es donde mejor se aprecia la desproporción de la respuesta penal que se da a los *manteros*. Así, por ejemplo, la simple venta de una película estaría más castigada que la causación de la muerte de una persona por imprudencia leve, a la que corresponde una pena de multa (art. 621.2 y 4). También se considera simple falta, y se castiga con una simple multa, defraudar a la Hacienda o a los presupuestos de la Comunidad Europea una cantidad que no supere

⁵ En este sentido numerosas resoluciones de juzgados y tribunales mantienen este criterio, y absuelven a los acusados. Baste señalar una de ellas: “Ante la desproporción penológica de estas conductas, algunos Juzgados y Tribunales han optado por acudir al principio de intervención mínima sancionando únicamente quienes pertenecen a organizaciones delictivas. Sólo las conductas más graves, como la reproducción en masa de su obra artística amparada por el derecho o su distribución en grandes cantidades puede configurar el delito... la venta callejera es el último eslabón del comercio ilegal y no tiene entidad suficiente para justificar la aplicación del derecho penal...para cantidades pequeñas deben ser otras medidas menos lesivas como el derecho administrativo”. Interpretación paradigmática y seguida de forma masiva por otros juzgados y Audiencias (SAP sec. 7º Barcelona 180/ 2006, de 8 de febrero, de 5 de septiembre de 2006 *et passim*).

los 4.000 euros o abandonar jeringuillas u otros instrumentos peligrosos de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores (art. 630).

Evidentemente, todos estos comportamientos son mucho más lesivos para los intereses particulares y para la sociedad que la venta de una película copiada. La corrección de este exceso es una exigencia que se deriva del principio constitucional de proporcionalidad.

Conclusión: ha de quedar ABSOLUTAMENTE vedada la posibilidad de aplicar a la conducta de los manteros el tipo básico, que prevé penas de seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses. Lo contrario supondría una clara lesión del principio de proporcionalidad. Esto NO SE SOLUCIONA simplemente con sustituir el “podrán” de la cláusula atenuante por un “impondrán”, pues debido a la utilización de conceptos indeterminados como “características del culpable” o “escasa cuantía del beneficio económico”, queda a la absoluta libertad del juez entender que concurren o no estos requisitos. Por ello, técnicamente, la única posibilidad de evitar que el tipo básico se aplique a la conducta de los manteros es establecer un criterio objetivo. A esto efectos, proponemos el que se trate de distribución al por menor en la que los beneficios obtenidos por el acusado no superen los 400 euros.

Consideramos que por debajo de esta cantidad la conducta ha de ser penalmente atípica. Subsidiariamente, (y advirtiendo claramente que esta posibilidad por las razones ya expuestas no es recomendable pues no evitaría muchas de las críticas que estamos exponiendo) la cantidad de 400 euros puede utilizarse como límite entre delito y falta o como criterio para la aplicación de la cláusula atenuatoria propuesta en el Proyecto, aunque como decimos desaconsejamos esta solución por plantear muchos de los problemas que se exponen en este informe.

6. La regulación propuesta no impide el ingreso en prisión de los manteros.

La propuesta de regulación no establece directamente la pena de prisión en la cláusula atenuante, sino la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que dada la situación actual de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (insuficiencia de provisión de recursos suficientes para su ejecución por parte de las administraciones responsables de su gestión) muchos jueces evitarán imponerla y acudirán a la pena de multa. No puede olvidarse que, de acuerdo con el art. 53 del Código penal, si el condenado a multa no puede pagarla, LA PENA DE MULTA SE TRANSFORMA EN PENA DE PRISIÓN, a tenor de un día de prisión por cada dos días multa. A esta circunstancia se une el que, si el condenado pudiera entregar algún dinero, de acuerdo con el art. 125 CP, los pagos efectuados se imputarían en primer lugar a la indemnización a favor de las sociedades gestoras de derechos de autor y al abono de otros conceptos como el pago de costas procesales. Sólo una vez satisfechos estos conceptos, el dinero del mantero se aplicaría al pago de la multa. En la mayoría de los casos, pues, el mantero no tendrá dinero o no le alcanzará para pagar la multa, e ingresará en prisión. Ha de advertirse que el ingreso en prisión, aunque sea por un breve periodo de tiempo, es sumamente traumático y produce graves consecuencias en la esfera psíquica de las personas, que en este caso, además, en su mayoría han soportado incontables penalidades hasta llegar a nuestro país.

Conclusión: la pena de prisión es la más aflictiva y grave del catálogo de penas del Código Penal y ha de reservarse exclusivamente para castigar los delitos graves. La propuesta de regulación, pese a que establece la pena de multa puede de hecho implicar el ingreso en prisión del condenado por conductas que no cabe reputar como graves.

7.- La propuesta puede suponer de facto un empeoramiento de la situación de los manteros.

Como ya se ha apuntado, en la actualidad conviven dos tendencias jurisprudenciales: la que condena la conducta de los manteros y la corriente que dicta sentencias absolutorias basadas en diferentes interpretaciones de la redacción legal. La redacción propuesta viene a reafirmar y a aclarar que la conducta de los manteros, a pesar de su escasa entidad económica, constituye delito, lo que supone que muchas Juzgados y Audiencias que hasta el momento estaban absolviendo, se verán compelidos a condenar por imperativo del principio de legalidad.

IV. PROPUESTAS DE ENMIENDAS AL ARTICULADO

De lo expuesto se deducen las siguientes propuestas de enmienda al articulado:

1. Enmienda al artículo quincuagésimo octavo del Proyecto:

El apartado primero del art. 270 queda redactado como sigue:

“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios.

No obstante, esta pena no se impondrá en los casos de distribución al por menor en que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, cuando los beneficios obtenidos por el acusado no excedan de los 400 euros.”

Justificación: Los principios de intervención mínima, lesividad y subsidiariedad imponen que no se consideren como infracción penal las conductas de distribución al por menor cuando, no dándose las circunstancias previstas en el art. 271 CP, el beneficio obtenido no exceda de 400 €, toda vez que el bien jurídico queda suficientemente protegido a través de la sanción de estas conductas por medio del derecho administrativo sancionador.

2. Enmienda al artículo quincuagésimo noveno del Proyecto:

Se modifica el apartado 2 del artículo 274, que queda redactado como sigue:

“Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas, posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero.

No obstante, esta pena no se impondrá en los casos de distribución al por menor en que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, cuando los beneficios obtenidos por el acusado no excedan de los 400 euros.”

Justificación: Los principios de intervención mínima, lesividad y subsidiariedad imponen que no se consideren como infracción penal las conductas de distribución al por menor cuando, no dándose las circunstancias previstas en el art. 276 CP, el beneficio obtenido no exceda de 400 €, toda vez que el bien jurídico queda suficientemente protegido a través de la sanción de estas conductas por medio del derecho administrativo sancionador.