

HAGEL, Karl. **Der einfache Diebstahl im englischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Studie.** Berlin, "Walter de Gruyter & Co.", 1964. V-351 pp.

Comencemos por destacar que no obstante brindar una completísima exposición del tema, de la que dan idea, por un lado, sus 1262 notas y, por otro, el minucioso catálogo de fuentes (literatura inglesa, norteamericana y alemana; colecciones de jurisprudencia y lista de textos legislativos de Inglaterra y de Alemania: cfr. pp. 327-50), el volumen no ha merecido los honores del linotipo y aparece en modesta, aunque, eso sí, impecable edición mimeografiada. Destaquemos, en segundo lugar, el contraste o más bien la contradicción entre el propósito del autor (contribuir, mediante una investigación comparativa del hurto, a los trabajos de reforma penal, sobre el tapete en su patria: cfr. p. 1) y el resultado de su esfuerzo, cuando llega a la conclusión de que el vigente régimen inglés sobre el **simple larceny**, tal como fundamentalmente se encuentra predispuesto en la ley de 1916, ofrece escasa utilidad para el proyectado ordenamiento punitivo alemán y que será más bien el legislador inglés quien con vistas a la en varias ocasiones planeada modificación de los delitos patrimoniales, haya de dirigir la mirada a los sistemas continentales europeos (cfr. p. 326). Esta última tesis la suscribimos íntegra, persuadidos, como estamos, de la superioridad abrumadora que el sistema de la codificación presenta sobre el de los precedentes judiciales, aun cuando,

como contrapartida, Inglaterra pueda alardear de su magnífica justicia civil (la penal es ya harina de otro costal, y muchas críticas podrían enderezársele); pero su éxito en manera alguna se debe al **judge made law**, como tampoco a las pelucas de los jueces, sino que obedece a otras causas, que ahora no podemos examinar. Como tercera consideración preliminar consignaremos la de que pese al subtítulo y al señalado deseo de Hagel, la obra sólo en su segunda parte (mucho más corta que la primera: pp. 6-253 ésta y pp. 254-326 aquella) tiene carácter comparativo, mientras que esencialmente constituye un desarrollo del derecho inglés sobre la materia, a través de su desesperante casuística, a fin de ir perfilando los diferentes extremos y matices que sirven para determinar el concepto analizado en el libro. En este sentido, y sin que el reproche se dirija al autor y sí al ordenamiento jurídico sobre el que ha trabajado, una vez más los árboles, si no impiden, sí, desde luego, dificultan la visión del bosque, aun cuando a la par sirvan para mostrar la lenta y a menudo quebradiza evolución del **simple larceny**, llena de sutilezas y distingos y que en más de una oportunidad se remonta nada menos que a fijaciones medievales.

El derecho inglés en materia de hurto tiende, ante todo, a proteger la posesión jurídica (**right of possession**), si bien en los últimos tiempos se ha extendido también a la propiedad (**right to possession**). Capital importancia para establecer la noción de **simple larceny** tiene la puntualización de la idea de apoderamiento o sustracción (**taking**) de la cosa objeto del delito, ya que según la forma como se realice, origina diferentes modalidades, a saber: **larceny by a trick** (es decir, mediante defraudación o engaño), **idem by intimidation**, **idem by a mistake** (o sea aprovechándose de un error), **idem by finding** (cuando se refiere a cosas extraviadas). Desde el punto de vista subjetivo, se presta especial atención al **larceny** llevado a cabo por sirvientes y al perpetrado entre cónyuges. Este último tardó en ser admitido, porque de acuerdo con el **common law**, marido y mujer eran considerados como una sola persona, con la consecuencia de que lo que era del uno era del otro y el resultado de no poder mediar hurto entre ambos; pero el panorama varía cuando a partir de la **Married Women's Property Act** de 1882 surge la posibilidad de una propiedad exclusiva de cada cónyuge. Para la consumación del delito hace falta el completo desplazamiento de la cosa respecto del lugar que ocupase (**carrying away**), sin que baste, por ejemplo, un simple tirón que no consiga extraer o arrancar totalmente el objeto del sitio donde se encuentre (verbigraecia, sacar la cartera del bolsillo), si bien en este punto la jurisprudencia recogida por Hagel se muestra fluctuante. En otras palabras: se exige que la cosa mueble haya llegado a ser plenamente poseída por el inculpado. A esos elementos ha de sumarse, dicho se está, la antijuricidad del acto, es decir, la circunstancia de que la sustracción se realice sin o contra la voluntad del dueño o poseedor de la cosa o, si se prefiere, sin su consentimiento.

¿Qué cosas pueden ser objeto del delito estudiado? En principio, cuantas sean hurtables: pero aparte del círculo vicioso en que nos encerraríamos al querer expresar el objeto del hurto en atención a la **hurtabilidad**, la noción de ésta ha variado en el tiempo, y así, conforme al **common law** sólo la propiedad **personal** —en contraste con la **real**, o sea esencialmente la del suelo— podía ser materia de **larceny**. Además, por motivos humanitarios, a fin de no tener que imponer la pena de muerte con excesiva frecuencia, se dejó fuera del concepto de hurto

la sustracción de cosas que en realidad poseían naturaleza mueble (cfr. pp. 141-2). Como es natural, los bienes sin dueño o poseedor individualizado (el aire, el agua de los ríos o del mar, las algas arrojadas sobre las playas, etcétera), no pueden ser objeto de hurto. En cuanto a los animales, y con independencia de la distinción entre los domésticos o domesticados y los salvajes, hay que tener en cuenta las especiales prescripciones sobre caza y pesca de los mismos. El objeto del hurto ha de pertenecer, como regla, a persona distinta del ladrón; pero cabe excepcionalmente que éste sa el dueño de la cosa, cual en el caso de quien tras dar a su criado una cantidad de dinero para que la entregase en lugar alejado, se apostó disfrazado en el camino y se apoderó de ella, con propósitos defraudatorios respecto de terceros (cfr. p. 163). Además, la cosa sustraída ha de tener un determinado valor, y ello hizo que, por ejemplo, a tenor del **common law** la sustracción de perros y gatos no fuese punible, pero sí la del collar que llevasen puesto o la de la piel curtida del can muerto.

Desde el punto de vista subjetivo, interesa, ante todo, el problema de la culpabilidad: a causa de su falta de voluntad jurídica eficaz, los menores, los ebrios y los enfermos mentales escapan a ella o ésta se restringe respecto de los mismos. En segundo lugar, ha de tomarse en cuenta el **animus furandi**, que incluye o reabsorbe un **animus lucrandi**, en torno a los cuales los numerosos precedentes invocados presentan variantes.

El último capítulo de la primera parte recoge las prescripciones estatutarias (léase, legislativas) peculiares del **bailment** y del **part ownership**.

La segunda parte, como indicamos, es la de carácter comparativo, y en ella se ponen de relieve las semejanzas y divergencias principales entre el **simple larceny** inglés y el **Diebstahl** alemán. A tal fin, se toma como base, huelga decirlo, el código penal alemán de 1871 según el texto de 1953 y las reformas de éste último año y de 1954. Sintetizando, tendríamos: a) que en tanto en Inglaterra el hurto gira fundamentalmente, como expusimos, alrededor de la **posesión**, en Alemania se toma en cuenta no sólo ella, sino en mayor medida, y cada día más, la **propiedad**; b) que mientras en Inglaterra el apoderamiento o sustracción de la cosa se asocia, como regla, con la noción jurídico-civil de **actividad prohibida**, en Alemania se vincula con la custodia de una cosa, que pasa de manos propias a ajenas; y c) que, en principio, ambos ordenamientos coinciden en cuanto al objeto del delito y a la antijuricidad del acto.

Confiemos en que de la misma manera como este año se han decidido los ingleses a adoptar, por fin, el sistema métrico decimal, se convengan un día de que el régimen de precedentes y de casos constituye una rémora y un anacronismo y acojan también, ellos que se debaten entre la virtud de la tenacidad y el defecto de la testarudez, la fecunda idea de la codificación. Porque contra lo que supuso Savigny en su famosa polémica con Thibaut, no son los códigos quienes se oponen a la evolución del derecho, sino el empeño de mirar hacia atrás en lugar de hacerlo hacia adelante, es decir, el de añorar la carreta en la época del **jet** y del **sputnik**.