

## “EL CASO DE LOS EXPLORADORES DE CAVERNAS”

### I. EL AUTOR

Lon L. Fuller, profesor de *Jurisprudence* en la Harvard Law School, ha desarrollado una muy proficua tarea en defensa del Derecho natural; congruentemente, profundas críticas contra las principales modalidades propias del positivismo jurídico (Hobbes, Austin, Kelsen, realismo norteamericano, etc.). Esa labor se ha desenvuelto a través de una larga carrera bibliográfica y docente; así, entre los libros de Fuller podemos ahora recordar: *American Legal Realism* (1934); *The Law in Quest of Itself* (1940); *The Problems of Jurisprudence* (1949); *Human purpose and Natural Law*, en *Natural Law Forum*, 3-1, 1958; *The Morality of Law* (Yale University, 1964) <sup>(1)</sup>, y multitud de artículos monográficos <sup>(2)</sup>, muchos de ellos traducidos ya a otras lenguas.

Ha sido muy grande la influencia de Fuller, dentro del pensamiento jurídico anglosajón, en su intento de rescate de la estimativa en el Derecho; de todos modos, el ensayo de nuestro autor que quizás más repercusión ha tenido en estos

(1) Hay traducción al castellano de Francisco Navarro (Editorial F. Trillas S.A., México, D.F., 1967).

(2) En relación a la posición insnaturalista de Fuller ver RECASÉNS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963, t. 2, ps. 711 - 715; del mismo autor, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica razonable*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, ps. 129 - 130, 538 y 545; GILL REUSCHLEIN, Harold, *Jurisprudence - Its American Prophets. A Survey of Taught Jurisprudence*, Bobbs - Merrill, Indianápolis, 1951; RODRÍGUEZ, Lino - ARIAS BUSTAMANTE, *Ciencia y Filosofía del Derecho*, EJEA, Buenos Aires, 1961, p. 252.

círculos es un breve texto publicado en la década de los años cincuenta, titulado *El caso de los exploradores de cavernas* (3).

En estas preciosas páginas, Fuller dispone en primera plana al tema del iusnaturalismo, armonizándolo con una situación de hecho que narra con fluidez, amenidad y síntesis. El análisis de *El caso de los exploradores de cavernas*, pensamos, deja muchas y muy buenas enseñanzas para la Filosofía jurídica y para el Derecho penal; se trata de una obra (4) tallada en una maduración profunda, lanzada a conocer y a amar las verdades jurídicas que propugna su autor.

Los sucesos —que ya repasaremos— base de la narración son imaginarios, conjeturales, adventicios, pero por cierto que rápidamente encajan en las mejores sugerencias del Derecho. Fuller va aquí a barajar radicales hipótesis (5). La obra acerca la práctica a la especulación, reconcilia con mucho a la teoría con la vida cotidiana del Derecho, persistentemente pragmática y a veces imprudentemente indiferente respecto de la filosofía sustentadora; reconoce y califica —diríamos que en cierto sentido *desenmascara*— fuegos de artificio, y hace reverdecer viejos y buenos principios.

Veamos entonces el argumento y sus consecuencias en el ensayo mencionado.

## II. "EL CASO DE LOS EXPLORADORES DE CAVERNAS" (FICCIÓN Y 'LEADING CASE')

Los hechos fundamentales, que ocurrirían en el año 4299 de nuestra era, son los siguientes: exploradores de cavernas (*espeleólogos*; recuérdese que *spelunca* quiere decir "antro",

(3) Hay traducción al castellano de Genaro R. Carrió y Leopoldo J. Nilus, con *Nota preliminar* del propio Carrió (Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976); y al portugués, por Plauto Faraco de Azevedo (Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1976), con una *Introducción* a cargo del traductor. La versión original (*The case of the speluncean explorers*) fue editada por la Harvard Law Review.

(4) *Vide* nuestra recensión en la *Revista de Estudios Procesales*, Nº 23, Rosario, 1975, ps. 55-61.

(5) Borges suele apuntar que la realidad no tiene obligación de ser interesante; pero que las hipótesis, en cambio, sí.

y que esta palabra tiene la misma raíz que *antropos*) quedan atrapados en una gruta, y su subsistencia física, en orden a lo alimentario, depende —únicamente— que uno de ellos sirva de comida a los demás, para evitar así la general inanición. Con una sola víctima de esta antropofagia o canibalismo, los exploradores calculan, con muy aceptable aproximación, que el resto supérstite del grupo ya será rescatado.

La idea del sacrificio y del desmedro individual por el conjunto —en rigor, y sin la crudeza que se da en el caso, se trata de uno de los principios básicos en las comunidades humanas— surge de uno de los miembros de la expedición. Los otros cuatro la aceptan; de inmediato, quien había propugnado tan terrible solución se arrepiente de sus implacables términos, pero ya no es posible retirar la trágica postura; los otros cierran el trato <sup>(6)</sup>, se echan suertes, y aquel de quien había nacido la idea es el condenado por el caprichoso azar: la revolución, una vez más y el lugar es común, devoraba a sus propios hijos.

Como sea, una posibilidad nada menos que entre cinco había parecido antes un margen de razonable chance <sup>(7)</sup> como para que cada hombre se sintiera en principio ajeno a los resultados de un fatal sorteo hecho en aras de algo —lo lúdico en la supervivencia— que un tribunal, como veremos, tratará de condenar o de justificar con unos u otros argumentos. Cada conciencia, mientras tanto, desde el fanatismo del total dogmatismo hasta la moral de situación o la ciu-

<sup>(6)</sup> Ya Hobbes insistía en la necesidad del “*pacta sunt servanda*” (*los pactos deben respetarse*), verdadero pilar de todo liberalismo; también, y siempre en su *Leviathan*, halla que en el estado de naturaleza —su tesis es pesimista y por ende realista— el hombre era “el lobo del hombre” (*homo hominis lupus*), imperando entonces, tan sólo, “la guerra de todos contra todos” (*bellum omnis contra omnes*).

<sup>(7)</sup> Wikes, Alan, en *El juego*, señala que “Avanzamos por la vida hacia una muerte cuya forma —y fecha— dependen sólo del azar. . . Un hombre que intencionalmente intente liberarse de las garras de la suerte, se expone a pasarlo mal. . . En la suerte, como en muchas cosas, hay poca justicia. . . Las personas prácticas no esperan justicia de la suerte” (Barcelona, 1968, p. 8).

dadana policromía ética, dictaría su propia e irrevocable sentencia.

Los tribunales de primera instancia —relata Fuller— condenan a muerte a los imputados, homicidas respecto a uno de sus compañeros, luego devorado. Los encartados recurren, ya en último trámite y en afanosa esperanza, a la *Suprema Corte de Newgarth*, organismo también nacido en la ficción literaria. Pero como la trama misma, todo pudo ser o podrá ser, un día, meridiana realidad.

De todos modos, en la narración, los cinco ministros de la Corte exponen su criterio sobre la cuestión tratada. Lo básico del asunto reside en que la ley del Estado condena a muerte al homicida; el quid consiste en hallar —y si la hay— alguna atenuación a la conducta imputada, para evitar así la pena capital.

En primer lugar, siendo el más breve de todos (también quizás en el ingenio), opina el presidente Truepenny. Legalista, entiende que la violación ocurrida no encuentra paliativo dentro de los inexorables márgenes de la ley punitoria; empero, sugiere se peticione clemencia al Ejecutivo, que de sobrevenir “hará justicia, sin menoscabo de la letra ni del espíritu de nuestra ley y sin ofrecer estímulo a su transgresión”.

En segundo término expone el ministro Foster. Este vocal desapruueba la preopinante solución, que estima poco feliz al punto de calificarla, bastante gráficamente, “tan sórdida y tan obvia”. Sostiene que en los *sub examine* no está en juego una solución que se agotará —dirimiendo— en el conflicto individual, sino que además se trata del destino mismo del Derecho del Estado. Alega que últimamente el Derecho está para realizar un orden de justicia, y que si se fallara condenatoriamente respecto a los encausados el mismo sentido común reprobaría acerbamente dicha sentencia. Los supuestos asesinos son inocentes de todo crimen, y apoya su tesis en dos argumentos; a saber:

A) El Derecho aplicable a los *sub lite* no es el común y positivo sino el natural. Esta conclusión surge de la idea de que el Derecho puesto tiene como presupuesto fáctico la real coexistencia de los hombres en sociedad. Al aparecer una situación ajena al concepto de comunidad, de coexistencia, se vuelve a la espontaneidad contractual previa al contrato social, a la naturalidad que todavía no ha cedido, por parte del hombre, una porción de sus derechos, para enderezarse así hacia la consecución de la vida en sociedad. La situación de hecho vivida por los exploradores, los haría retroceder en el tiempo desligándolos, de esa manera, en lo que atañe a sus tratos y a sus conductas y reacciones particulares, del orden organizado si cabe esta tautología.

Decía Kelsen, acotamos por nuestra parte, en su obra *Derecho y paz en las relaciones internacionales*: “El Derecho positivo es un orden para promover la paz, en el sentido de que prohíbe a los miembros de una comunidad el uso de la fuerza en sus relaciones mutuas... La paz —agrega— es una situación en la que no existe el uso de la fuerza. El Derecho proporciona sólo una paz relativa, en la inteligencia de que priva al individuo de la facultad de emplear la fuerza, pero la reserva a la comunidad. La paz que proporciona el Derecho no es una situación de absoluta ausencia de fuerza, sino más bien una situación en la que el uso de la fuerza se halla monopolizado por la comunidad”.

De esta manera, retrotrayéndonos entonces, Foster aboga en el sentido de que lo sucedido escapa al orden geográfico, temporal, moral, de la jurisdicción. Lo funestamente pasado traspassa las cotidianas fronteras del Derecho, y pasa a ser juzgable por otro orden normativo que por cierto el tribunal actuante no puede invocar al menos para una punición concreta.

Con un criterio entonces roussoniano, aunque jamás el desvelado ginebrino haya lucubrado que sus teorías se aplicarían con efectos tan particulares, de la ficción —aunque sea histórica— o de la vía de hipótesis del contrato social,

se cae en una sentencia absolutoria inserta en una sociedad que política e ideológicamente desciende de esa noción; que será no constatable, pero sí sumamente aceptable y sobre todo solvente como para justificar una serie de instituciones y figuras. Los atrapados en la caverna, entonces, reasumieron sus ancestrales derechos y lo pactado y su resultado canibalesco no pueden reprocharse.

B) Aun para el caso de que los argumentos anteriormente esgrimidos fueran desatendidos, Foster alega, invocando a la sabiduría jurídica (parecidas letanías suelen entonar nuestros curiales) que en el fondo es abiertamente opinable y casuista, la existencia de aquel principio que dice que un hombre puede violar la letra de una ley sin violar sin embargo a la ley misma. “Por el Código —como alguna vez formidablemente se dijo, apuntamos— más allá del Código”. De todos modos, Foster solventa su aserto con varios ejemplos en los cuales resulta evidente la torpeza de acatar literalmente al texto legal; recuerda varios supuestos, y trae a colación el caso de la legítima defensa, institución contemplada durante muchos años en el *Commonwealth*, sabido es, como “ley no escrita”. Acota incluso que “La verdad es que la excepción en favor de la defensa propia no puede reconciliarse con las *palabras* de la ley sino sólo con su *propósito*”.

Apartarse entonces de la ley, en la especie, no sería arbitrariedad ni “usurpación judicial”. La ley, en síntesis, debe recibir una fidelidad inteligente; en el caso tratado, esa lealtad desembocaría absolviendo a los procesados.

Hace notar Genaro R. Carrió en su citada *Nota preliminar*, perspicazmente, que Fuller pone el mayor énfasis en el personaje Foster y en sus argumentos; luego, sería el protagonista más próximo a la mentalidad del autor. Es que, ciertamente, al biografiar a nuestros héroes, muchas veces ingenua, incautamente, buceamos en el propio corazón.

En tercer término expone el ministro Tatting. Previene ante todo que comúnmente ha sido capaz, como juez, de disociar los aspectos emotivos e intelectuales en sus reaccio-

nes; confiesa que por un lado siente simpatía por los imputados, pero que por el otro no puede reprimir “un sentimiento de repulsión y disgusto por el acto monstruoso que cometieron”.

Tatting considera falaces y sofísticos a los argumentos vertidos por Foster, que le anteciedera en la votación. Estima caprichosas las consideraciones de su colega, y descolgada su teoría de la “ley de la naturaleza”. El caso traído ante sus estrados encuadra perfectamente dentro de la ley del Estado. “¿En virtud de qué autoridad nos convertiríamos en tribunal de la Naturaleza? Si aquellos hombres realmente se encontraban bajo la ley de la Naturaleza, ¿de dónde, pues, nos viene la competencia para establecer y aplicar aquella ley? Por cierto, *nosotros* no nos encontramos en estado de Naturaleza”.

Tatting proclama con agudeza que nunca el Derecho de los contratos ha de ser superior al Derecho de los homicidios; que, a mayor abundamiento, el desistimiento de Roger Whetmore (el sacrificado) lo aparta de todo tipo de convención. Además, por el absurdo ataca la concepción de Foster: si al golpear a Whetmore con intención de matarlo, éste extrae un revólver y ultima a uno de sus victimarios, a tenor de la versión anterior ello sería redondamente asesinato y no legítima defensa; claro: si los atacantes lo hacían con los derechos que *lato sensu* Foster aboga, el eliminar a uno de ellos por parte de la putativa víctima era sí criminal y no defensión legitimada. Un prisionero que es condenado a muerte y mata a su mero verdugo, importaría un caso análogo y evidentemente, expresa Tatting, también de fácil solución: sería un nuevo entuerto.

En el caso estudiado, agrega, no hay ningún tipo de defensa propia sino por lo contrario un acto intencional y deliberadamente homicida que el estado de necesidad invocado no alcanza a justificar. Reconociendo empero que el asunto importa un verdadero tembladeral, no halla atenuación a la conducta imputada, y por ende la aprecia comple-

tamente culpable. Sin embargo, hondas dudas le acucian: alternativas, disyuntivas, dilemas, el peso de racionalizaciones y de hechos lo abruma; finalmente, resuelve proceder como el gobernador romano: abstenerse de votar, y no participar así en la decisión del caso.

En cuarto lugar opina el ministro Keen. De entrada aclara que cualquier posibilidad de perdón sólo compete a la organización ejecutiva, siendo ajena a él, en ese momento, el realizarla o no en virtud de sus funciones. Agrega que en caso de ser el perdón de su competencia, sin vacilar lo otorgaría por las modalidades de la tragedia sucedida, pero que esta posibilidad sólo la sugiere en su carácter de simple ciudadano.

Luego, ya como juez, expresa que el caso planteado no puede ser juzgado ni como “justo” ni como “injusto”, ni los comportamientos como “buenos” o “malos”. El fue designado no para dictaminar moralidad sino el Derecho del Estado. Luego, *ab initio*, ha de aventar cualquier versión enderezada al apartamiento de las normas vigentes, que un elemental principio republicano le impone respetar en sus textos, y no desvirtuarlos por simpatías personales despertadas en el caso traído a resolución. Agrega que a Foster le gustan demasiado las lagunas en la ley, para así poder moverse más salomónicamente; allega la anécdota de un hombre que se comió un par de zapatos. “Cuando se le preguntó si le habían gustado, replicó que la parte que más le había agrado eran los agujeros. Así es como mi colega siente respecto de las leyes; cuantos más agujeros contienen más le agradan. En resumidas cuentas: no le gustan las leyes”.

Por último, Keen cala más hondamente: busca el latido de las teorías en el corazón mismo de lo fenoménico y de sus cartabones *a priori* (leyes o proyectos de reparto). Dice: “Lo que pasa con la ley pasa con la excepción: la cuestión no está en el *propósito* conjetural de la regla, sino en su *alcance*”. En la especie, concluye, no hubo ninguna excepción visible a los fines de la ley: “No se puede aplicar

una ley tal como está escrita y al mismo tiempo reformularla según los propios deseos”.

Vota entonces, por fin, por la confirmación de la sentencia condenatoria, en tren de posible revisión a sus estrados allegada.

Por último, opina el ministra Handy. Este vocal, en verdad como todos los anteriores (al menos para este comentarista), es profundamente persuasivo. En primer lugar relega a todos los raciocinios y casuismos formulados con anterioridad; sociológicamente, apunta que la opinión pública ya se ha manifestado, casi unánimemente, en pro del perdón de los acusados, lo cual sólo operaría con una absolución judicial: es de conocimiento del ministro Handy que el Presidente no está dispuesto a decretar una conmutación de pena. Lamenta entonces las *vanas* abstracciones de sus colegas, y su poco convincente discurrir, y termina su extenso, empírico y brillantemente hilvanado y expuesto voto, opinando que la sentencia del *a quo* debe revocarse; por ende, falla por la absolución.

Por fin, consultado que es el ministro Tatting en el sentido si desea rever su posición de abstención, este vocal reitera su decisión de no participar en la parte resolutive de la sentencia definitiva. Agrega incluso que después de haber escuchado el total de las opiniones, su tesisura “se ha robustecido considerablemente”.

Encontrándose entonces dividido en forma igualitaria el voto de los vocales, la sentencia condenatoria es en la alzada confirmada; luego, se ordena la ejecución de los encausados, “oportunidad en la que el verdugo público procederá con la diligencia del caso a colgar a cada uno de los acusados del cuello hasta que muera”. Y así se cierra este literario *leading case*. Un suspenso ya no seguiría en puntas de pie.

En resumen, una prolija versión al español nos transporta a una palestra donde distintos temperamentos, distintos criterios, son vertidos de manera aleccionadora y sol-

vente. Pensamos ahora que también sería espléndido que un conjunto teatral representara esta pieza, esta pequeña joya, propicia para el mejor histrionismo. Ya decía Macedonio Fernández que la realidad es un terrible error del ensoñamiento.

Lejano ya el estado de naturaleza (viajero, tan sólo, quizás, pues no hay ninguna ley metafísica que afirme que los pueblos han de progresar necesariamente ni menos aún que la promiscuidad urbana implique progreso ético como verdad universal para la acción), la conducta humana está cada vez más estrechamente vinculada con la juridicidad, así como ésta, en su aspecto positivo, es cada vez más autoritaria o al menos pantónoma. Además, si encaramos la Filosofía del Derecho como una ciencia estricta, aceptamos aquello de que el Derecho es por un lado *evidencia adecuada* (implica ideal ubicado en el infinito) y por el otro *evidencia no apodíctica* (permite la posibilidad de ser diferente de lo que contingente es). La norma, con esto, trata siempre “lo dado”, de modo que lo sucedido en la caverna (una de las posibles raíces de *antropos*, hombre, hemos dicho, es precisamente *antro*, caverna) implica doblemente una experiencia natural o empírica, y una de esencias o eidética; decía Oliver W. Holmes que “en realidad, la esencia del Derecho no fue nunca la lógica sino la experiencia”.

El comportamiento de los cuatro exploradores, ¿es digno de ser repetido? ¿Merece entonces la protección de la ley del Estado? Escribía el eximio Jacques Leclercq: “¿Cuál es el contenido del Derecho natural? La única respuesta razonable consiste en decir que de ello no se sabe nada, y que lo único que hay que hacer es buscarlo. Ciertamente, sí, sabemos algo, algunas evidencias simples; igual que se ha sabido siempre que el hombre tenía brazos y piernas, corazón y cerebro, sangre líquida y huesos duros. Pero esto no quiere decir que el estudio de la medicina sea innecesario. De la misma manera, conocer unas cuantas evidencias elementales del Derecho natural no quiere decir que podamos con-

formarnos con eso. ¿Hasta dónde se extiende el Derecho natural? Eso se irá descubriendo poco a poco, a medida que el mundo vaya tomándose el trabajo de estudiarlo; pero no se estudia: no nos quejemos entonces de que todo vaya mal”.

Por nuestra parte, tal vez hasta ingenuos, nos dejamos convencer por cada uno de los argumentos explayados por los opinantes, que así parecen un desfile de sofistas pues si bien sus razones son todas persuasivas, los resultados de esas razones son todos bien diferentes. Y no se puede levantar trono a los principios y cadalsos a las consecuencias. No se puede, no, aunque el Derecho natural implique el conjunto de todas las soluciones justas a todos los casos planteables. Claro que, recordemos con Werner Goldschmidt, “El Derecho Natural no es la piedra filosofal; es un método de trabajo”; es, además, “la justicia en pie de guerra”. Los cantos de las sirenas son la otra cara del Derecho, el otro rostro, la otra verdad, la del ser: aboquémonos empero al deber ser, aunque quizás ya sea hora de acostumbrarnos a que la justicia de los hombres siempre ha de ser fraccionada.