

parte, en términos de la preeminencia puramente histórica de una u otra fuente en la regulación de las relaciones en el agro, en cuyo caso nos estaríamos refiriendo al problema de cuáles son, en un momento y lugar determinado, las instancias productoras de normas jurídicas;⁶⁸ por otra parte, en términos de consideración estimativa o política, sobre qué fuentes sea mejor establecer en virtud de las peculiaridades del Derecho Agrario.⁶⁹

En el primer plano, es cierto que en diversos momentos históricos y en diversos ordenamientos, las relaciones del sector agrario se han regido por la costumbre,⁷⁰ mas este hecho, de carácter histórico, por sí mismo, no puede constituir un argumento definitivo para justificar también su preeminencia estimativa. En efecto, no debe olvidarse que, por definición, la costumbre "constituye la forma primitiva de aparición de todas las clases de normas y, por tanto, también de las normas jurídicas,"⁷¹ por lo que la preeminencia en determinado momento bien puede ser simplemente el reflejo del estado embrionario del Derecho Agrario. Hipótesis que, por lo demás, ha tendido a comprobarse conforme se ha ido desarrollando esta rama del Derecho, al establecerse una progresiva introducción del elemento legislativo, tal como, por ejemplo, ha demostrado CARROZZA para el caso italiano.⁷²

En cuanto al segundo plano de enfoque, no hay duda de que es el que presenta un mayor interés para el presente desarrollo. Como punto de partida, conviene recordar que ley y costumbre se diferencian primordialmente por su pertenencia a distintas categorías dentro de la clasificación que distingue entre hechos y actos normativos. De acuerdo con ella, "los hechos normativos, aunque se manifiesten en comportamientos humanos (o una serie o complejo de comportamientos), son asumidos por el ordenamiento en su objetividad, sin ninguna referencia a circunstancias subjetivas o voluntarísticas".⁷³ En cambio, los actos normativos son aquellos fenómenos temporales imputables a un sujeto determinado al cual se le ha atribuido el poder de generar, mediante la manifestación de su voluntad, efectos normativos.⁷⁴ Así, mientras los hechos normativos constituyen una modalidad espontánea de creación del Derecho —esto es, en ciertas condiciones, determinados fenómenos temporales (que pueden ser actos en tanto son realizados por sujetos) que no se realizan con la intención de establecer normas, tienen sin embargo este efecto—, los actos normativos constituyen una modalidad deliberada, pues son realizados por sujetos u órganos competentes con la intención de establecer determinadas normas jurídicas.

68. Éste es uno de los problemas diversos sobre las fuentes del Derecho que individualiza RECASÉNS SICHES: "Se trata de cuatro problemas distintos (...): I. ¿Cuál es la fuente o mejor dicho causa de validez jurídica de todas las normas de un sistema de Derecho positivo (pregunta que se contesta diciendo que, siempre y necesariamente, esa fuente o causa es la voluntad del Estado). II. ¿Cuáles pueden ser en la realidad social las instancias productoras de normas jurídicas (pregunta que se contesta enumerando los modos o vías de producción de Derecho más habituales y difundidos: la producción legislativa, la producción consuetudinaria, la producción jurisprudencial y la autonomía de la voluntad-contratos, testamentos, etc.). III. Situados en un determinado ordenamiento, esto es, dentro del Derecho de un país en un cierto momento histórico, se pregunta cuáles son en él las instancias productoras de normas jurídicas (a lo cual se tiene que contestar indagando qué es lo que dicho ordenamiento dispone sobre éstos). IV. Consideración estimativa o política —en el plano de la teoría valoradora del Derecho con el plano del Derecho constituyente— sobre qué fuentes sea mejor establecer..." RECASÉNS SICHES, Luis, *Vida humana, sociedad y Derecho*, México, Editorial Porrúa, S.A., 3ª edición, 1952, p. 290.

69. Este es otro de los problemas a los que se refiere RECASÉNS SICHES.

70. A manera de ejemplo, dicen SALAS y BARAHONA para el caso costarricense: "Otra peculiaridad observable dentro de las fuentes del Derecho Agrario, se refiere a la costumbre agrícola. Ésta surge originalmente como un fenómeno espontáneo o de grupo. Los campesinos cooperan entre sí para la producción agraria, a nivel familiar o de villa o pueblo, hasta que la función jurídica es asumida por el poder político que interviene en el proceso económico de producción agrícola. Aún entonces, la norma consuetudinaria impera en las zonas rurales, unas veces llenando los vacíos legislativos y otras derogando y sustituyendo normas escritas aun cuando éstas no lo admitan. Uno de los muchos ejemplos que pudiera citarse en Costa Rica, lo constituye el 'esquilmo', contrato en virtud del cual el propietario de la tierra le da al campesino una porción de terreno para que éste la cultive por un año sin tener que pagar renta alguna en metálico o especie, quedando solamente obligado o desmontar y limpiar el terreno. Así, el dueño recibe el beneficio que representa la mejora introducida en el terreno y el campesino el disfrute del mismo. Este contrato no está regido por ninguna ley en especial, pero en la costumbre llena el vacío legislativo y señala las reglas que le son aplicables", BARAHONA ISRAEL, Rodrigo y SALAS MARRE-RO, Óscar, *op. cit.*, p. 46.

71. RECASÉNS SICHES, Luis, *op. cit.*, p. 295.

72. Ver CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario...*, pp. 224-225.

73. HERNÁNDEZ, Rubén, *op. cit.*, p. 24.

74. *Ibid.*, p. 24; PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 23.

La legislación constituye un ejemplo típico de acto normativo, consistente, entendido en un sentido amplio, en la manifestación de voluntad de un órgano de carácter público o estatal mediante un procedimiento sujeto a distintas formalidades, según el caso.⁷⁵ La costumbre, en tanto "fenómeno social consistente en la repetición espontánea de una forma más o menos constante y prolongada de una serie de actos uniformes realizados con conciencia de su obligatoriedad,⁷⁶ es el ejemplo típico de hecho normativo.

Los argumentos de índole estimativa en favor de la costumbre se refieren fundamentalmente a su especial idoneidad para reflejar los comportamientos que de hecho se dan en el sector agrario, como una respuesta espontánea a las exigencias de la realidad del agro, fruto no de arbitrios de la voluntad ni de "rutinas y de modas efímeras que se eclipsan y mueren, sino de la sabiduría, raíces profundas y fecundidad de los modos de vida, acciones y actitudes, libre y conscientemente aceptados con fuerza de obligar por los hombres y generaciones de hombres de los pueblos".⁷⁷ En otras palabras, su gran ventaja estriba en su estrecha vinculación con el principio de efectividad, al punto de que aun la costumbre contra *legem* adquiere categoría de fuente formal, obviamente de carácter *extraordinem*, imponiéndose por sobre la ley (que es fuente legal), la cual deviene, al decir de MAROI, en "regla de papel".⁷⁸

En sentido contrario, CARROZZA se ha encargado de sintetizar, con su acostumbrada lucidez, los problemas que presenta la costumbre como fuente formal del Derecho Agrario. En primer lugar, cuestiona la opinión tan difundida de que la norma consuetudinaria sea por definición equitativa, esto es, provista de una mayor idoneidad para realizar la justa armonización de los intereses contrapuestos de aquellos que le han producido con su comportamiento y que la practican. En efecto, esta posición no toma en cuenta de manera suficiente la circunstancia de que cuando existe una desigual distribución de la fuerza contractual entre las categorías de sujetos que siguen el comportamiento consuetudinario,

como puede ser la posición de debilidad de los aparceros o arrendatarios frente a los concedentes, o los trabajadores agrícolas subordinados frente a sus patronos, se corre fatalmente el peligro de que los intereses de la categoría más débil sean sacrificados. En segundo lugar, ante la argumentación tradicional de que la costumbre es producto espontáneo de la conciencia jurídica popular, es posible objetar que la reiteración del comportamiento, si bien ciertamente espontáneo, se da con escasa conciencia de que se está creando Derecho. Por último, la costumbre conlleva una menor certeza a causa de los complejos mecanismos de reconocimiento, que trae como consecuencia dificultades de procedimiento ante el enfrentamiento de fuentes concurrentes (como puede manifestarse respecto de un problema de abrogación); y presenta una esclerosis tendencial que conlleva una lenta capacidad de modificación en cierta medida incontrolable, la cual contrasta con la tendencial rapidez e incisividad que distingue a la ley (y a cualquier otro acto con fuerza de ley), y que permite su modificación según la variación del objeto regulado. En fin, la costumbre se presenta como un instrumento esencialmente conservador, frente al cual la legislación se presenta como el único instrumento verdaderamente eficaz a disposición del reformador.⁷⁹

No resulta difícil intuir que en ambas posiciones se encuentran partes de verdad. Para intentar una valoración integrada, es preciso partir del carácter reformador o transformador que, como vimos, caracteriza al Derecho Agrario. Para guardar coherencia con este carácter, es fundamental dentro del contexto de la valoración de las fuentes formales idóneas para esta rama del Derecho la consideración de que el proceso de creación normativa debe ser idóneo para la creación de normas jurídicas de reforma y transformación. Y, para ello, creo conveniente no circunscribir las reflexiones al campo estrictamente jurídico.

En el fondo, la formulación hecha del problema no es más que una forma jurídica de presentar el clásico problema en la economía política relativo a los mecanismos de funcionamiento del sistema

75. Se alude a normas creadas deliberadamente, sea que sean dictadas por una convención constituyente, por un Congreso, los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo, ordenanzas municipales y universitarias, etc., *ibíd.*

76. SMITH, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 758. Véase también PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, pp. 354 y ss.

77. SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, p. 74.

78. MAROI, Fulvio, *op. cit.*, p. 338.

79. CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario...*, pp. 225-226.

socioeconómico, esto es, si se opta por un mecanismo espontáneo, puramente económico (v.g. las fuerzas del mercado) o si se opta por un mecanismo político, que implica el intento de conducir en forma consciente el proceso económico, hacia determinados fines.

Sin necesidad de tomar partido en esta disyuntiva, por cierto de la más profunda naturaleza ideológica, es preciso señalar que, para bien o para mal, el mecanismo político "es el instrumento más poderoso con que la sociedad cuenta para reforzar su transformación económica".⁸⁰ En este sentido, donde quiera que se haya escogido la introducción de mecanismos políticos de intervención en la economía con el fin de lograr transformaciones, el papel de la legislación como fuente formal ha tenido primacía, en tanto incorpora el elemento voluntarístico de conciencia como parte fundamental del mecanismo de producción normativa. Así, al decir de RENÉ DAVID, la tendencia y la primacía de la ley "(...) se ha visto fortalecida como consecuencia de las ideas dirigistas y la ampliación, en todas las esferas de la intervención del Estado".⁸¹

En sentido inverso, el modo de producción normativa consuetudinario tiende a ser el reflejo del comportamiento social tal cual es, por lo que su capacidad para impulsar transformaciones es más débil y, en todo caso, más lenta. Casualmente, cuando la legislación se limita a su función más elemental de introducir el valor "certeza" en las relaciones sociales, lo que hace simplemente es reflejar los preceptos de comportamiento ya existentes en un cuerpo social, ya que de ello depende su adecuación a la realidad y, por ende, sus posibilidades reales de concreción. Así, por ejemplo, GIOVANNI GALLONI caracteriza precisamente la ley de carácter ordinario (en contraposición terminológica con la ley especial) como reflejo de la costumbre, con lo cual se resalta la falta de idoneidad de ésta como fuente de un derecho especial.⁸²

Puede decirse entonces que, históricamente, las necesidades de transformación en los distintos sectores económico-sociales en general y, en par-

ticular, en el sector agrario, se han canalizado o, dicho más precisamente, ha tenido su fuente formal por excelencia en la legislación especial. De este modo, se ha dicho, la ley especial es tal cuando deroga el sistema normativo común y no participa del mismo principio de racionalidad que preside a otras normas. Por lo tanto, mientras frente a la costumbre la legislación ordinaria se justifica como una forma de suplir las deficiencias de certeza que aquélla presenta pero sin dejar de representar un esfuerzo de interpretar las reglas de conducta ya producidas por la costumbre, la ley especial responde, en cambio, a una diversa exigencia política: aquella de modificar la realidad, reformándola. La ley especial no pretende, por esa razón, interpretar la realidad social, sino que está pensada para poder perseguir más eficazmente el fin común de la sociedad mediante la introducción de nuevas reglas de conducta que deroguen el sistema. El Derecho especial es, pues, todo Derecho político, en el sentido de que refleja una voluntad política de transformación del ordenamiento y, como tal, se expresa siempre a través de la norma escrita.⁸³ Consecuentemente, el Derecho Agrario, en tanto Derecho especial, se orienta precisamente a transformar muchas costumbres subsistentes en el agro, fundamentalmente aquellas que se concretan en reglas de comportamiento respecto de las cuales no puede destacarse su "agrariedad", entendida ésta en los términos expuestos atrás, al no encarnar los valores propios del Derecho Agrario, tratándose en realidad de simple Derecho Común de aplicación al agro.⁸⁴

Ahora bien, en aras de balancear adecuadamente la valoración, conviene llamar la atención sobre el peligro que representa el caer en una postura que ponga una fe ciega en la legislación especial, desdeñando de manera absoluta toda forma espontánea de producción jurídica. No debe perderse de vista que uno de los peligros de la legislación como fuente formal es su tendencia a no adecuarse a la realidad, de modo tal que llegue a entrar en contradicción con el principio de efectividad. De darse esa situación, el objetivo transformador se ve lisa y

80. HEILBRONER, Robert L., *La formación de la sociedad económica*, Fondo de Cultura Económica, 3ª edición, México, 1974, p. 49.

81. DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción de Pedro Bravo Gala de la segunda edición francesa, Aguilar S.A., 1ª edición, 1968, p. 84.

82. GALLONI, Giovanni, *Lezioni sul Diritto dell'impresa agricola*, Milano, Liguori Editore, 1980, pp. 29-30.

83. GALLONI, Giovanni, *ibid.*

84. Se habla, por ejemplo, de Derecho Civil Agrario. Véase, en ese sentido ZELEDÓN, Ricardo, "La consolidación del Derecho Agrario en Costa Rica", cit. pp. 4 y ss.

llanamente frustrado, dejándose sin respuesta las exigencias presentes en las fuentes materiales.

Para comprender en su real dimensión este problema, debe tomarse en cuenta nuevamente el hecho de que la legislación, en tanto proceso particular de producción normativa, es el correlato jurídico del mecanismo político de funcionamiento del sistema económico. En ese sentido, debe recordarse que las líneas críticas a este mecanismo se refieren básicamente a la imposibilidad práctica para que una persona o un conjunto determinado de personas puedan prever el sinnúmero de situaciones que se dan en la sociedad. Estas limitaciones del conocimiento se hacen más evidentes en todo proceso de legislación especial y, con particular énfasis, en el caso de la legislación especial agraria. En ese sentido, no es casual que la doctrina haya caracterizado al producto de esa legislación como un conjunto de normas parciales, disorgánicas y contradictorias.⁸⁵

Tradicionalmente, se ha achacado esta situación a un problema de técnica legislativa, al decirse, por ejemplo, que "el reproche dirigido frecuentemente contra las leyes nuevas, por ser resultado de una inadecuada técnica legislativa, se debe, en gran medida, al hecho de que el legislador, al ocuparse de las materias nuevas, no acierta a fijar, en el plano que nos gustaría verle desenvolverse, la norma jurídica".⁸⁶ CARROZZA, por su parte, al referirse a esta problemática de legislación especial como una crisis del Derecho, achaca esta crisis al método adoptado para la fabricación de las leyes.⁸⁷ Este enfoque resulta, a mi juicio, parcial, pues no refleja, en verdad, el problema de fondo inherente al modo de producción normativa de carácter legislativo, que no es otro que el ya señalado al mecanismo político de orientación de la economía. Así, decir que la solución es mejorar la técnica legislativa equivale exactamente a decir que la solución es mejorar las

técnicas de intervención política en la economía, lo cual es aceptable tan sólo como parte de una solución global y, ciertamente, no la más importante.

Mucho más incisiva y profunda resulta la valoración que hace GALLONI de esta problemática. Para este autor, la tendencia hacia el positivismo que se ha verificado en la mayor parte de los países en los cuales rige el Derecho codificado (Europa continental y América Latina), en materia de legislación especial, prácticamente implica la renuncia a considerar y a darle relevancia jurídica a la función integrativa que la norma no escrita asume respecto del Derecho escrito ordinario, lo que agrava la crisis del Derecho. En este sentido, GALLONI señala como elemento fundamental de solución a este problema el ligamen de la ley especial a la realidad mediante la integración con fuentes no escritas.⁸⁸

Como puede verse, el planteamiento de GALLONI lleva al cuestionamiento acerca de la función que, dentro de un contexto de Derecho especial, de naturaleza reformadora, deben cumplir las modalidades espontáneas de creación de la normativa. Lo cual, obviamente, tiene también su correlato dentro del problema de los mecanismos de funcionamiento de la economía.

En ese sentido, es interesante tomar en cuenta que, en el contexto de la economía política, la crítica a los mecanismos puramente políticos ha marcado una tendencia a replantear el papel de los mecanismos económicos espontáneos, sólo que, y esto es lo importante, en condiciones distintas de las tradicionales. Tal diferencia en las condiciones se orienta en general hacia la búsqueda de paridad entre los distintos agentes económicos, lo cual obviamente pasa por una transformación de las estructuras socioeconómicas.⁸⁹

Este razonamiento es de perfecta aplicación al aspecto jurídico del problema, esto es, el de la producción jurídica espontánea. En ese sentido,

85. En este sentido, GALLONI, Giovanni, *Lezioni sul Diritto dell'impresa agricola*, p. 33 y CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario*, pp. 217-218.

86. DAVID, René, *op. cit.*, p. 75.

87. CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario*, p. 215.

88. GALLONI, Giovanni, *Lezioni sul Diritto dell'impresa agricola*, pp. 32-33.

89. A manera de ejemplo, el desarrollo de la organización de los trabajadores, sobre todo en sociedades capitalistas avanzadas, ha constituido un factor fundamental de equilibrio en las condiciones de negociación. En sociedades como la inglesa y la estadounidense, por ejemplo, las remuneraciones son fijadas como resultado de las negociaciones entre las grandes corporaciones y las "trade unions". Las contrataciones individuales dan paso a las colectivas y de hecho se desarrolla lo que MILLER llama una visión orgánica de la sociedad, esto es, como organización de organizaciones. Cfr. MILLER, David, *Social Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1976, p. 103. El planteamiento autogestionario, como se sabe, apela al funcionamiento del mercado en paridad de competidores, según la "ley de equivalencia económica o de intercambio". Cfr. GUILLÉN, Abraham, *Democracia directa: autogestión y socialismo*, Montevideo, Ediciones Aconcagua, primera edición, 1970, p. 160.

resulta crucial recordar el defecto que apuntaba CARROZZA a las costumbres que en el contexto de una sociedad basada sobre una estructura injusta en términos de desigualdad de condiciones y oportunidades reales, lo que puede producir en normas jurídicas que perjudican claramente al más débil y que, por lo tanto, carecen del carácter de agrariedad. Tal problema desaparece cuando las relaciones jurídicas se establecen entre iguales, de modo que cada uno está en posición de exigir lo que le corresponde y no podrá exigir más de lo que le corresponde pues la otra parte tendrá la fuerza suficiente para reclamar lo que a su vez le corresponde.

Bajo estas condiciones, la modalidad consuetudinaria sí puede jugar un papel en la producción o integración de normas jurídicas agrarias, en el tanto que, preservando el valor justicia, favorece el de eficacia económica y las posibilidades reales de ajuste a la realidad. Piénsese acaso en el papel que juega la costumbre en el esquema de fuentes del Derecho Mercantil, respecto del cual no es aventurado afirmar que, desde que esta rama del Derecho regula mayoritariamente relaciones entre comerciantes, la relativa igualdad de condiciones entre ellos hace que la costumbre, sin llevar a situaciones particularmente injustas, cumple el fin práctico de adecuar el Derecho a los comportamientos sociales reales y, en consecuencia proveerle de una mayor agilidad.⁹⁰

En el Derecho Agrario la exigencia básica es que la modalidad consuetudinaria produzca normas jurídicas que tengan como rasgo la tutela de una igualdad real de los sujetos. En ese sentido, es importante tener en consideración que, en la base de toda forma espontánea, se dan normalmente actos jurídicos (con o sin efectos normativos, según el caso), los cuales, siendo mucho más particulares, constituyen los comportamientos individuales que, al reiterarse, producen espontáneamente normas jurí-

dicas. Concretamente, en el caso de la costumbre tradicional, el tipo de acto jurídico que está en la base es normalmente el contrato individual, en tanto supuesto reflejo de la autonomía de la voluntad de los individuos contratantes. En cambio, en el contexto del Derecho Agrario, un instrumento importante en la búsqueda de la igualdad real es precisamente el fomento a la organización de los sujetos agrarios a efecto de mejorar el poder de negociación (v.g. cooperativismo, contratación colectiva).

De esa forma, es ilustrativo tener en cuenta que normalmente es a este tipo de costumbres, nacidas de ese "sentimiento innato de mutuo interés, de solidaridad" de que hablaba MAROI,⁹¹ que se traducen en diversas y ricas formas de cooperación⁹² y que en el fondo se caracterizan por una situación de relativa igualdad entre los sujetos que entran en relación, el que traen a colación los autores que defienden las bondades de esta modalidad de producción normativa. Obviamente, no es ésta la clase de normas consuetudinarias que deben ser excluidas por la legislación especial agraria ni deseada del sistema de fuentes legales.

En el fondo, estas reflexiones nos llevan a la consideración básica de que el "carácter continuamente renovador y finalista de la normativa agraria"⁹³ debe ir indisolublemente vinculado al principio ciertamente formulado por SANZ JARQUE en términos de que la creación de la normativa y de las instituciones agrarias debe hacerse con estricta atención sobre la realidad sociológica de cada comunidad y no sobre la base de utopías o arbitrariedades irrealizables emanadas del legislador.⁹⁴

Ello implica la necesidad de establecer una adecuada integración del binomio legislación-costumbre, por un lado, y de que el proceso legislativo reúna determinados caracteres, por otro.

ii. Respecto de lo primero, es claro que la idoneidad del modo de producción consuetudinario

90. En este sentido, véase, entre muchos, MORA, Fernando, *Introducción al estudio del Derecho Comercial*, Editorial Juriscentro, San José, Costa Rica, 1982, pp. 174 y ss.

91. MAROI, Fulvio, *op. cit.*, p. 332.

92. Véanse los ejemplos de MAROI, *ibíd.*, pp. 334 y ss.

93. SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, p. 58.

94. Como dice SANZ JARQUE, "El gran fracaso de tantos proyectos y leyes de reformas agrarias sobre el campo, en el ámbito universal, se debe a que se hicieron para servir ideas más o menos lúcidas antes que para satisfacer, sobre un principio de justicia, necesidades y exigencias de los inmediatamente afectados y de las comunidades políticas en que cada grupo de ellos se integraba", *op. cit.*, p. 61.

depende, en última instancia, de que se desarrolle en condiciones tales que favorezcan la realización de los valores fundamentales del Derecho Agrario.⁹⁵

A partir de ahí, parece resultar conveniente una utilización amplia del mecanismo de producción normativa de la costumbre *secundum legem*, caracterizado por la confluencia de los procesos legislativo y consuetudinario en la formación de la norma. Así, en este caso, la legislación deviene en una fuente productora no de normas completas, sino de fragmentos de disposiciones que deben completarse mediante la remisión a determinadas costumbres, cuya verdadera agrariedad es sometida al control del legislador mismo.⁹⁶ De este modo, asegurándose su carácter propiamente iusagrarístico, la espontaneidad del grupo social confluye a determinar detalles de la normativa, de manera que el instituto en cuestión encuentre efectiva realización.

Respecto de la costumbre en tanto fuente autónoma, que es la denominada en doctrina "praeter legem" y que se caracteriza por cuanto opera en los espacios no invadidos por la legislación, deriva su valor precisamente de su aptitud para la producción de normas propiamente agrarias, según lo dicho, por lo que su inclusión en el sistema legal de fuentes debería ir presidida por una disposición que especifique que la referencia no es a cualquier costumbre existente de hecho en el agro, sino sólo aquellas que garantizan el cumplimiento de los fines de eficacia económica, conservación de los recursos naturales y justicia social inherentes al objeto del Derecho Agrario. Sin perjuicio, obviamente, de su exclusión en casos en que sea necesario de establecer espacios de reserva de ley.⁹⁷

En relación con la costumbre "contra legem", verdadera fuente de carácter "extraordinem", cabe

destacar la reducción del espacio en el contexto del Derecho Agrario de una forma muy difundida en el Derecho Civil, cual es la de aquella que produce normas que, si bien se oponen a la ley, se admite "a condición de que se trate de leyes que puedan dejar de aplicarse por la voluntad de las partes, como ocurre con aquellas que sean derogables en el caso concreto por no ser de interés público ni prohibitivas". Esta reducción del espacio se debe a la presencia del elemento publicístico en el Derecho Agrario, mediante el cual se han ido convirtiendo normas de Derecho Privado *strictu sensu*, en normas que contienen derechos indisponibles, tutelados por el ordenamiento jurídico, donde la voluntad del individuo ya no es decisiva pues interviene el poder público para la satisfacción de un interés colectivo.⁹⁸ Por lo demás, otras formas de costumbre *contra legem* no parece que puedan tener mayor cabida en Derecho Agrario, y su imposición en la práctica no puede sino ser el resultado de los defectos mismos de la legislación.

iii. En relación con el proceso legislativo en sí mismo, es preciso señalar, en primer lugar, que los problemas que en la experiencia de los distintos países han aflorado son el resultado de lo que CARROZZA ha llamado una crisis del método adoptado para la fabricación de las leyes.⁹⁹ Tal crisis se refleja tanto en aspectos de pura técnica legislativa (defectos de oscuridad, redundancia, antinomias, disyunciones, disfunciones sistemáticas, impropiedad del vocabulario, de sintaxis, de puntuación y de toda una increíble gama de disfunciones textuales¹⁰⁰ como en aspectos sustanciales relativos a la desvinculación de la voluntad política expresada mediante el proceso legislativo tanto de la realidad a regular (con los ulteriores problemas de efectividad),

95. En ese sentido, parece necesaria la inclusión de una norma que establezca que el ordenamiento agrario se entenderá integrado por las normas no escritas producidas en forma espontánea que sean necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento de los fines de eficacia económica y justicia social inherentes al objeto del Derecho Agrario. En el campo del Derecho Administrativo, por ejemplo, vale mencionar lo que dispone en este sentido el artículo 8 de la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, N° 6227, de 28 de abril de 1978: "El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo".

96. Respecto de la clasificación de disposiciones completas y de fragmentos de disposiciones, véase PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, pp. 36 y ss. y sobre costumbre *secundum legem*, *ibid.*, pp. 369 y ss. y SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, p. 58.

97. Véase PIZZORUSSO, A., *ibid.*, pp. 371 y ss. y SANZ JARQUE, *ibid.*, p. 75.

98. ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982, p. 22.

99. Véase CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario*, p. 215.

100. Cfr. *ibid.*, p. 218.

cuanto de aquellos caracteres que conforman lo específico del Derecho Agrario.¹⁰¹

Algunas importantes líneas de solución han sido esbozadas por el mismo CARROZZA, para quien el horizonte de la revisión crítica del mecanismo de producción es doble, en cuanto las innovaciones comprendan sea los perfiles formales del proceso de preparación, aprobación y publicación, sea los perfiles sustanciales de la racionalización de su contenido, lo que implica la necesidad de desarrollar un análisis acerca de la idoneidad del medio preseleccionado para alcanzar el fin deseado, teniendo en cuenta el grado de capacidad receptiva y operativa de las administraciones involucradas. Es decir, se trata del juicio de factibilidad de la eventual ley. A ese respecto, resulta fundamental la institucionalización de órganos de asesoría legislativa que cuenten con personal de alta profesionalidad en materia de elaboración de borradores de proyectos de ley.¹⁰²

En este sentido, resulta interesante traer a colación la distinción elaborada en la teoría de las fuentes entre "fuentes políticas" y "fuentes culturales": las primeras son aquellas mediante las cuales pueden ser introducidos en el ordenamiento jurídico preceptos correspondientes a los programas políticos de un movimiento político o de un grupo social, que de esa forma busca hacer prevalecer las opiniones y los deseos propios y extenderlos a la entera colectividad nacional; las segundas son aquellas mediante las cuales viene asegurada la observancia de reglas que resultan de la experiencia pasada o del análisis teórico de los fenómenos. La legislación, en tanto reflejo de la voluntad de un sujeto al cual el ordenamiento jurídico le atribuye el ejercicio de poderes soberanos y cuya manifestación representa el momento conclusivo de un proceso político en el curso del cual las fuerzas contrapuestas han confluído para influir en la determinación del contenido de aquélla, es la típica fuente política. La jurisprudencia, que conlleva la racionalización de la experiencia jurídica pasada, y la doctrina, que asume el estudio científico de los fenómenos jurídicos, son las típicas fuentes culturales.¹⁰³

A la luz de esta distinción, puede resaltarse la importancia de que en el mismo proceso legislativo

se inserten modalidades culturales, fundamentalmente de índole doctrinaria, sobre todo a nivel de la elaboración de proyectos y de asesoramiento a los miembros del Poder Legislativo, de manera de asegurar un contenido adecuado a la normativa, orientado por el análisis racional, objetivo y pausado propio de la doctrina, sustrayéndolo de los avatares políticos. Un ejemplo interesante de esta modalidad es el Proyecto de Ley General Agraria de Costa Rica,¹⁰⁴ preparado por un grupo de juristas dirigido por RICARDO ZELEDÓN, que incorpora una verdadera sistematización de la teoría moderna del Derecho Agrario, tal como ha sido reconocido recientemente en la doctrina italiana por el propio profesor CARROZZA.¹⁰⁵

Otra técnica legislativa que parece indispensable en una materia como la agraria es la de que el procedimiento legislativo dé lugar a fragmentos de disposiciones que deben ser completados, para precisar definitivamente sus términos, sobre la base de conocimientos de índole técnica (fundamentalmente, de carácter agronómico y ecológico). Obviamente, tal integración correrá a cargo de los destinatarios de las normas o las autoridades administrativas competentes en la fase normal del Derecho, en tanto que, en la fase conflictiva, tal labor vendrá a cargo del juez, dotado de la debida asistencia técnica.

De otro lado, una discusión que ha ocupado a la doctrina iusagrarista en materia de fuentes es si se debe orientar el proceso legislativo hacia la configuración de un cuerpo sistemático (llámese Código o Ley General Agraria) o si, por el contrario, conviene mantener el esquema disperso prevaleciente hasta ahora en la mayoría de los ordenamientos. La reserva básica que se plantea respecto de la existencia de un cuerpo sistemático es que pueda constituir un obstáculo para el carácter renovador y dinámico del Derecho Agrario, tal como de hecho ha sucedido en la experiencia de la codificación tradicional. Esta estaticidad de los códigos obedece más que todo a razones de orden psicológico o sociológico, ligadas al peso de la tradición y de los elementos conservadores en la sociedad, y no de orden jurídico, pues un código es tan modificable como cualquier ley de rango ordinario. Sin embargo, la doctrina ha tenido

101. Cfr. *Ibid.*, p. 218.

102. *Ibid.*, p. 217.

103. Cfr. PIZZORUSSO, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

104. N° 9217, publicado en el Diario Oficial La Gaceta de 30 de setiembre de 1985.

105. CARROZZA, Antonio, *Lezioni...*, p. 221.

que rendirse ante la evidencia de la necesidad de poner orden en la profusa normativa especial y, en ese sentido, ha apelado a las modalidades de "ley general agraria" o "ley orgánica" (no en el sentido de la vigente Constitución española), o del texto único.¹⁰⁶

La ley orgánica o general agraria implica la ordenación de toda la materia agraria en un sistema, mediante la cual no sólo se intenta superar los problemas de falta de coordinación entre una ley y otra, sino realizar una ubicación sistemática de los diversos institutos dentro del Derecho especial y de las normas singulares dentro de los Institutos respectivos, con formulación expresa de los principios generales de la materia y del sistema de fuentes.¹⁰⁷ Las diferencias conceptuales entre un código y una ley orgánica no parecen claras, siendo que se señala una mera diferencia de grado (edificio legislativo de menores proporciones al decir de CARROZZA) y de denominación, para evitar el peso de la tradición y asegurarle su receptividad a las modificaciones.¹⁰⁸

El texto único es el resultado de una delegación legislativa a favor del Gobierno o Poder Ejecutivo que autoriza a éste a proceder a reunir en un solo texto los distintos cuerpos normativos atinentes a una materia, pudiéndose incluir en la autorización la potestad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales,¹⁰⁹ o de realizar las oportunas modificaciones cuando sea necesario para fines de coordinación, en cuyo caso se atribuye eficacia innovativa.¹¹⁰

Resulta evidente, por otra parte, que la clásica división de la legislación en procedimientos diferenciados, esto es, de carácter constitucional, legislativo en sentido estricto y reglamentario debe ser acogida dentro de un sistema de fuentes del Derecho Agrario, por cuanto cada uno de ellos cumplen funciones fundamentales: proveer estabilidad a la normativa ahí donde ésta es básica; proveer agilidad

en los aspectos más rápidamente cambiantes de la realidad.

Así, la consolidación de los valores fundamentales del Derecho Agrario y de los principios generales de sus institutos exigen la presencia de un procedimiento de producción normativa diferente a la de creación de otras normas menos generales y trascendentes. En ese sentido, el papel de un procedimiento legislativo de carácter constitucional, distinto del ordinario, con un mayor rigor y exigencia de requisitos para la producción de las normas, resulta fundamental para darle estabilidad y coherencia al conjunto del Derecho Agrario y, en consecuencia, dejar debidamente delimitados los fines generales propios de esta materia. Por ejemplo, la importancia de que el sistema de fuentes incluya un "modo constitucional" de producción normativa agraria se ha manifestado en ordenamientos como el italiano y el portugués (y en alguna medida también el español), con el fenómeno que llama CARROZZA de "constitucionalización del Derecho Agrario".¹¹¹ Este fenómeno ha tenido como consecuencia la producción de normas de la magnitud de la del artículo 44 de la Constitución italiana, que formula los dos fines esenciales de la política del Derecho Agrario en términos de "conseguir el racional disfrute del suelo y establecer relaciones sociales equitativas",¹¹² o bien los artículos 96 a 99 de la Constitución portuguesa que prevén la eliminación del latifundio y una redimensión adecuada del minifundio a realizar preferiblemente con la adopción de la forma cooperativa.¹¹³ Este tipo de disposiciones marcan, ciertamente, el momento de maduración de un verdadero sistema de Derecho Agrario pues, al establecerse una modalidad de producción normativa más difícil de cumplir, se somete a prueba la presencia de una voluntad política (factor político) suficiente para impulsar una respuesta normativa agraria que, a su vez, por las

106. Véase CARROZZA, A., *Ibid.*, pp. 219 y ss.; SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, pp. 153 y ss.

107. CARROZZA, A., *Ibid.*, p. 219.

108. *Ibid.*, p. 219 y SANZ JARQUE, J.J., p. 154.

109. Por ejemplo, véanse los artículos 82.1 y 82.4 de la Constitución española de 1978.

110. Caso de la Ley de 3 de mayo de 1982, Nº 203 de Italia. Cfr. CARROZZA, A., *Lezioni...*, p. 221.

111. CARROZZA, A., *Lezioni...*, p. 198. En relación con el Derecho Agrario español y su presencia a nivel constitucional, véase BALLARÍN MARCIAL, A., *Derecho Agrario...*, pp. 628 y ss. CARROZZA clasifica a la Constitución española de 1978 entre aquellas caracterizadas por un escaso número de referencias explícitas al modo en que debe ser organizado el régimen jurídico de la agricultura, de ahí la reserva manifestada en el texto. Cfr. *Ibid.*, p. 206.

112. *Ibid.*, p. 209.

113. *Ibid.*, p. 202.

mismas dificultades del procedimiento de revisión, adquirirían una gran estabilidad.

Asimismo, el elemento publicístico en el Derecho Agrario, que obliga a diseñar todo un sistema de intervención pública en el sector agrícola, hace necesaria la inclusión de modos de producción normativa análogos a los del Derecho Administrativo, tales como los decretos, los reglamentos, etc. Todos estos procedimientos no hacen sino satisfacer las necesidades de la agilidad de los modos de producción deliberada para responder a las necesidades sociales que se vayan presentando, en aras de una mayor adecuación de la norma a la realidad, precisamente por cuanto presentan menores dificultades de promulgación. Obviamente, su importancia se manifiesta respecto de aquellos niveles de la producción normativa en que los aspectos puramente técnicos, de desarrollo de las orientaciones políticas ya previamente delineadas, son los relevantes, dado el carácter teóricamente neutral de los actos normativos elaborados según la técnica del procedimiento administrativo.¹¹⁴

Cabe, por último, hacer referencia a un rasgo que debe reunir la legislación agraria para mantener el básico ligamen con la realidad sociológica de cada comunidad: la descentralización legislativa, en tanto manifestación del movimiento más general de revisión de los mecanismos políticos de intervención en la economía, tendiente a superar el estilo centralizador como fórmula básica para favorecer la eficacia y excluir la arbitrariedad.¹¹⁵ Tal es el modelo acogido, por ejemplo, en países como España e Italia. Así, en la Constitución española, artículo 148.1.7, se incluye a la agricultura y la ganadería entre las materias objeto de posible atribución a la competencia de las comunidades autónomas; en la italiana, artículos 117 y 118, se prescribe la descen-

tralización en favor de las regiones la competencia legislativa y administrativa en materia de agricultura y bosques. En estos casos, se plantea toda una compleja problemática jurídica en torno a las relaciones entre la legislación estatal y la de las regiones o comunidades, generadora de una amplísima doctrina,¹¹⁶ caracterizadas en general por la confluencia de ambos procesos en la formación de las normas de modo de lograr la conciliación entre los objetivos generales y las necesidades concretas de cada región o comunidad, en cuyos detalles no cabe entrar aquí.

b.i. Cabe ahora la referencia a la jurisprudencia, generadora de precedentes judiciales. Como se sabe ésta constituye un hecho normativo y, por tanto, una modalidad espontánea de dar origen a normas jurídicas. Su funcionamiento puede sintetizarse, a grosso modo, en estos términos: además de las normas legales o consuetudinarias, al pronunciar sus fallos los jueces muchas veces toman en consideración en los fundamentos de la sentencia, determinados criterios generales de razonabilidad, equidad, etc. Esos criterios, que no fueron dictados por un legislador ni se originaron en la costumbre de la población, pueden ser tomados en cuenta por otros jueces a los que se les plantea un caso análogo al resuelto originariamente. Cuando tales criterios son adoptados reiteradamente por los jueces como fundamento de sus sentencias y el apartarse de ellos es motivo de crítica, se ha dado origen a ciertas normas jurídicas, cuya eficacia puede ser directamente vinculante (caso de los países del sistema del Common Law, sobre todo en el caso de Gran Bretaña) o más bien persuasiva (caso de los países del sistema romano-germánico).¹¹⁷ No quiere ello decir que el cuerpo judicial sancione deliberadamente normas de esa índole (como sí lo hace con las sen-

114. Cfr. PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 67.

115. Se trata de la introducción de variantes de mecanismos políticos que tienen la característica de funcionar mediante la intervención de las organizaciones sociales y no según el estilo centralizador. En el capitalismo, estas orientaciones se enmarcan dentro de la llamada visión orgánica de la sociedad. (Cfr. MILLER, David, *op. cit.*, p. 308); en el socialismo, dentro de la corriente autogestionaria y el concepto de planificación democrática o con libertad. (Cfr. GUILLÉN, Abraham, *op. cit.*, p. 160).

116. En la doctrina española destaca la recopilación hecha en Dirección General de lo Contencioso del Estado. *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vols. I, II y III, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, en que aparecen diversos trabajos que desarrollan esta temática, v.gr.: GARRIDO FALLA, Fernando, "Las fuentes del Derecho en la Constitución española", vol. I, pp. 29 y ss.; MENDOZA OLIVÁN, Víctor, "Tipología de las leyes en la Constitución", I, pp. 80 y ss.; VILLARROYA, Joaquín Tomás, "Las fuentes del Derecho en las comunidades autónomas", I, pp. 140 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., "Autonomía y sistema de fuentes", vol. II, pp. 832 y ss.; DE ELIZALDE Y AYMERICH, Pedro, "Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las comunidades autónomas", II, pp. 727 y ss., etc. Con referencia específica al Derecho Agrario, un desarrollo bastante extenso se encuentra en SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, pp. 128 y ss. Y en la doctrina italiana, para limitarnos al campo agrario, es de interés mencionar CASCIO Salvatore Orlando, "Il decentramento normativo in agricoltura", *Atti del Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, cit., pp. 303 y ss.

117. Véase DAVID, René, *op. cit.*

tencias). Los precedentes van surgiendo espontáneamente, como la costumbre, a medida que los jueces van compartiendo una fundamentación similar para resolver casos análogos y empiezan a considerar criticable el no tomar en cuenta los criterios en que se apoyaron las decisiones anteriores (regla llamada "*stare decisis*").¹¹⁸

La condición de fuente de Derecho de la jurisprudencia no puede ser cuestionada ni aun en los ordenamientos de corte romano-germánico, básicamente en virtud de dos órdenes de consideraciones: por una parte, la ya mencionada aceptación de la hipótesis de la eficacia persuasiva, de la que indudablemente participa la jurisprudencia y respecto de la cual no es necesario insistir aquí, bastando la remisión a lo dicho atrás; por otra, el reconocimiento de una verdadera eficacia vinculante en aquellos ordenamientos en que, a nivel constitucional, se consagra el principio de igualdad ante la ley. En efecto, modernamente se ha interpretado que tal principio implica tanto igualdad en la ley cuanto en la aplicación de la ley. En ese sentido expresa ANDRÉS OLLERO:

"No es extraño, pues, que se repita en el ámbito judicial el mismo juego del principio de igualdad que ya hemos tenido ocasión de observar en el legislativo. Si su contenido esencial condiciona la creación de nuevas leyes, lo mismo ocurrirá con las sentencias judiciales en determinados supuestos. El principio de igualdad en la ley, que rechaza toda discriminación entre sus destinatarios, encuentra su equivalente judicial en el principio de igualdad en la aplicación de la ley, que pretende excluir también en el caso concreto toda desigualdad arbitraria. La historicidad gravitará ahora aún más, porque nos hallamos ante la necesidad de juzgar un caso concreto, enmarcado en unas circunstancias peculiares. Pero ello no hace sino agudizar una situación ya experimentada. Se mantiene coherentemente, idéntica exigencia básica: la necesidad de aportar una fundamentación objetiva y razonable que justifique la diversidad de trato.

La regla general de la igualdad ante la ley (...) contempla en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tienen que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable."¹¹⁹

En relación con esta modalidad, conviene plantear algunas reflexiones respecto de su idoneidad para satisfacer los caracteres sustanciales del Derecho Agrario.

Presupuesto básico para que las normas producidas mediante los precedentes jurisprudenciales reúnan un verdadero carácter de agrariedad, resulta ser la existencia de una jurisdicción agraria especializada, regida por principios procesales coherentes con los principios sustantivos de la materia, tal como la doctrina procesal agraria ha reiterado incesantemente.¹²⁰ En general, se ha razonado que el fenómeno de publicización presente en el Derecho Agrario como una de sus notas características central, se manifiesta, o debe coherentemente manifestarse, en el campo procesal, "de tal suerte que entre la función fijada en el plano sustantivo y la procesal no existan grandes diferencias pues la conexión del interés individual con los colectivos o públicos a causa de los cuales los Estados modernos han limitado los derechos subjetivos privados de las relaciones agrarias dan además de normas sustanciales inspiradas en fines generales o sociales, un proceso afectado con esa nueva inspiración, con lo cual el proceso también se publiciza".¹²¹

De este modo, la estructuración de un proceso agrario basado en los principios de oralidad, de inmediatez, de concentración, en el principio inquisitivo que le atribuye al juez amplios poderes, asignándole "una función de guía no sólo técnica y 'formal'

118. Véase *Ibid.*, pp. 339 y ss.

119. OLLERO, Andrés, "*Principio de igualdad y teoría del Derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución*", *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 4, Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1986-87. En igual sentido se pronuncia PIZZO-RUSSO, A., *op. cit.*, p. 534, siguiendo a GORLA.

120. Cfr. Entre muchos, GERMANO, Alberto, *op. cit.*, pp. 501 y ss.; CAPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 481; ZELEDÓN, Ricardo, "*Derecho y proceso agrario*", *Revista de Derecho Agrario*, abril-junio, 1979, pp. 194 y ss.; ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982, San José, pp. 17 y ss.

121. ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina*, p. 23.

sino también 'material', es decir, una función activa y de asistencia a las partes, dirigida a la búsqueda de la verdad real: ingeniándose para que la victoria sea obtenida por la parte que tenga efectivamente razón, y no por la que haga prevalecer una superior fuerza económica o una habilidad superior propia o de su defensor";¹²² en el de defensa técnica gratuita y bajo costo del proceso, tendiente a hacer la justicia accesible, de hecho, a todos, en particular a los campesinos de escasos recursos,¹²³ constituye una parte fundamental en el proceso de formación de la jurisprudencia idónea para corresponder a las exigencias de las fuentes materiales agrarias.

Ahora bien, "cuando se le han confirmado al juez amplios poderes en el proceso agrario, no se ha tratado solamente, de darle un alto contenido técnico a la materia, sino, principalmente, darle responsabilidad para que se comporte como hombre de su tiempo y a su vez pueda conducir con sabiduría las grandes decisiones que su responsabilidad exige, es decir, comportarse como elemento de cambio, imbuido en una mística que busca satisfacer el valor justicia".¹²⁴

Esta particularidad tiende sin duda a matizar dos características que tradicionalmente se le asignan a la jurisprudencia, a saber, la de ser una fuente meramente "cultural", por una parte, y de ser fuente productora de normas interpretativas y no de normas innovativas o integrativas,¹²⁵ por otra.

Del carácter estrictamente "cultural" tradicionalmente vinculado a la jurisprudencia puede decirse

que tiene su origen en el esquema de razonamiento jurídico del positivismo clásico el cual, en aras de la tutela del valor de seguridad jurídica, distinguía netamente dos fases en la dinámica jurídica. "Una primera, en la que se pone el Derecho, encomendada a una actividad legislativa, que se presenta como acto de voluntad, otra posterior, en la que se aplica el Derecho ya positivado, encomendada a una actividad judicial diseñada como tarea cognoscitiva, científica —y gracias a ello— racional. Absoluta discrecionalidad legislativa a la hora de poner el Derecho y drástico mecanismo a la hora de aplicarlo. Positivación política y razonamiento científico marcaban dos procesos tajantemente separados".¹²⁶ Así, la apoliticidad del juez, junto a su imparcialidad e independencia, constituye un rasgo básico para fundar la seguridad jurídica, garantizándose que "la interpretación y aplicación del Derecho no son actividades arbitrarias, sino encauzadas por una cierta metodología científica".¹²⁷

El cuestionamiento de la rigidez de este esquema toma fuerza a partir de que las aspiraciones de justicia social, entendida ésta sobre la base de un criterio material de justicia vinculado a formas de igualdad real, efectiva, superadoras del formalismo de la tradicional igualdad ante la ley, hacen su aparición en los ordenamientos jurídicos, sobre todo a nivel constitucional.¹²⁸ Esta aparición normalmente asume la forma de normas programáticas o principios generales que, si bien de cuya verdadera juridicidad no cabe ya dudar,¹²⁹ no son obviamente de

122. GERMANO, A., *op. cit.*, p. 503.

123. Cfr. ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario...*, pp. 121-122.

124. *Ibid.*, p. 113.

125. Cfr. PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 536. Innovativas: "si verifica quando una fonte produce disposizioni o norme destinate a regolare una materia o una fattispecie precedentemente non prevista, almeno in modo esplicito, per cui la sua disciplina doverà (se del caso) venir ricostruita attraverso l'impiego del ragionamento analogico, del ricorso ai principi generali o di altre operazioni interpretative di questo genere", p. 45. Interpretativas: "si ha quando invece la materia o la fattispecie è regolata da una fonte superiore che la disciplina compiutamente senza lasciare spazi vuoti (...) ovvero nei casi in cui essa è riservata alla fonte superiore mediante una 'riserva assoluta'", p. 46. Integrativas: "è quella che si verifica quando la fonte superiore si limita a dettare una disciplina parziale della materia o della fattispecie", p. 47.

126. OLLERO, Andrés, *op. cit.*, p. 187.

127. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Los principios generales de Derecho y la Constitución", *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. II, pp. 1168-1169.

128. Esta evolución se identifica como la fase del "constitucionalismo social", que tiene sus raíces ya en la Constitución mexicana de 1917, pasando luego por la soviética de 1918, la de Weimar de 1919, y que tiene una clara formulación en artículos como el 3 de la Constitución italiana de 1948 y el 9.2 de la española de 1978. Cfr. ZELEDÓN, Ricardo, "El origen del moderno Derecho Agrario", pp. 19 y ss. y BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *Derecho Agrario*, p. 642.

129. "...anche le norme costituzionali c.d. programmatiche possono essere causa di illegittimità delle norme che perseguono finalità con esse contrastanti e recentemente si è prospettata la possibilità di sanzionare in qualche modo, non solo l'inerzia della Pubblica amministrazione, ma anche quella del legislatore...", PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 53.

directa aplicación debido a su falta de concreción. Así, se plantea el dilema acerca de la postura a tomar cuando el legislador no ha traducido tales principios o programas en normas más concretas, respecto de si los órganos jurisdiccionales han de proceder a tal formulación, primero en la forma de reglas de aplicación al caso concreto y luego como normas jurídicas producidas mediante el mecanismo jurisprudencial. Obviamente, tomar esta opción implica abrir un espacio al elemento político y, además, un debilitamiento del valor de seguridad jurídica.

Cuando la realidad plantea exigencias de reforma, de transformación, las relaciones entre seguridad y justicia entran en especial tensión. El esquema según el cual la seguridad, si bien por sí sola no garantiza la justicia, sí es su valor fundante, en el sentido de que "establece las condiciones básicas que hacen posible el cumplimiento del valor superior que es la justicia",¹³⁰ tiende a ceder cuando su resultado es el de una "seguridad injusta". En tales situaciones, la búsqueda de la justicia, en tanto valor superior, puede plantear cierta contradicción entre estos dos valores, lo que "obliga al hombre a tomar riesgos, a abandonar la seguridad ya obtenida para buscar alcanzar la justicia".¹³¹

La formulación más fuerte y decidida de una orientación como la que comentamos se encuentra, sin duda, en la llamada "teoría del uso alternativo del Derecho", desarrollada por parte de la doctrina italiana en forma nada casual sobre la base del artículo 3 de la Constitución vigente, que incorpora la idea de la igualdad real, efectiva, en términos análogos a los del artículo 9.2 de la Constitución española de 1978.¹³² Sin poder entrar aquí en una exposición

detallada de esta teoría, me interesa destacar, con GONZÁLEZ PÉREZ, que "según los teóricos del uso alternativo del Derecho, la actividad judicial tiene un indudable carácter político, en cuanto el juez adopta, en definitiva, opciones de clase: ni el juez ni el Estado son entidades imparciales, por encima de las clases en continuado conflicto. De aquí que el juez 'progresista' deba utilizar las incoherencias, lagunas y contradicciones del Derecho burgués a favor de la clase oprimida, para su liberación".¹³³ Más allá de la postura ideológica de orientación marxista presente en el discurso de estos teóricos, es preciso subrayar que el planteamiento de fondo que es posible extraer es, simplemente, el de que el poder jurisdiccional debe participar de los movimientos en pos del cambio social, los cuales no tienen por qué estar circunscritos al monopolio marxista.

Esto se manifiesta en forma clara en el terreno del Derecho Agrario, en cuya formación obedece al consenso de distintas corrientes ideológicas en torno a determinados valores y fórmulas para concretarlos, dentro del cual la aspiración por la igualdad efectiva juega, como vimos, un papel de identificación axiológica de esta rama del Derecho insoslayable. En ese sentido, la participación del juez en pos de este objetivo cobra una importancia central, a la par del mecanismo legislativo, de modo que se convierte en canalizador directo de los factores políticos que operan como fuentes materiales del Derecho Agrario. El carácter social-asistencial del proceso agrario parte de la afirmación de que "no existe desigualdad mayor que aquella de tratar las desigualdades de un modo igual",¹³⁴ con lo cual se le compromete directamente con el tratamiento del

130. GUTIÉRREZ, Carlos José, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Editorial Tridente, S.A., Madrid, 1963, p. 269.

131. *Ibidem*, p. 270.

132. Dice el artículo 3 de la Constitución italiana: "Todos los ciudadanos tienen igualdad de derechos sociales y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas y de condiciones personales y sociales. Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país". Y el 9.2 de la Constitución española: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

133. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, p. 1169. "Desde la idea de que la superestructura jurídica no es siempre reflejo exacto de las relaciones de producción capitalista, se alude a la posibilidad de que el Derecho sea también un terreno válido de lucha de clases y no un territorio definitivamente abandonado a la acción de la clase burguesa". N. LÓPEZ CALERA, *Sobre el alcance teórico del uso alternativo del Derecho*, cit., por GONZÁLEZ PÉREZ, p. 1168. Otros autores de esta corriente: BARCELLONA, FERRAJOLI, TODOTA, CONTRERRI, etc.

134. ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina...*, pp. 26-27.

problema de las grandes desigualdades sociales en tanto manifestaciones de injusticia. ZELEDÓN resume así el razonamiento en términos precisos:

"...en sede agraria, más evidente que en otros campos jurídicos, las partes se enfrentan en un notable estado de desigualdad económica y por esto cobra especial interés el balancear la desproporción existente; por una parte, a través de los mecanismos legislativos que reivindiquen la conducción de la parte más débil, y por otra, obligando al juez a realizar una función tuitiva."¹³⁵

La consecuencia más relevante de esta función asignada a la actividad jurisdiccional se refleja en el carácter creativo que la doctrina agrarista ha sido insistente en destacarle.¹³⁶ En efecto, el compromiso con los valores y principios sustanciales del Derecho Agrario obliga a los jueces a asumir una labor de integración en los casos en que falten normas jurídicas concretas que desarrollen los principios generales contenidos en normas programáticas,¹³⁷ en cuyo caso pasan a "asumir un papel muy semejante al del legislador",¹³⁸ sea derivando la norma directamente de los principios, sea valiéndose de la ayuda de la analogía.¹³⁹ Cuando ésta es posible, se da la ventaja de que se le presenta al juez un instrumento que le permite la producción de una norma jurídica lo suficientemente concreta para resolver el caso según un esquema normativo preestablecido de igual grado de concreción, lo cual asegura la aplicación de una norma expresamente elaborada

para responder a un caso concreto análogo. Por supuesto, lo fundamental es que, efectivamente, la valoración del supuesto análogo sea concordante con los valores fundamentales del Derecho Agrario, esto es, que responda a fuentes materiales también análogas.¹⁴⁰

Asimismo, y por las razones que hemos destacado, en el ejercicio de la función puramente interpretativa, la actividad jurisdiccional, al decir de CAPELLETTI, "debe ir más allá de la norma y penetrar a fondo en el aspecto económico, técnico y social para llegar a su clarificación, de modo que aquella valoración de los intereses (equidad social), que normalmente representa un método de interpretación para ser utilizado entre otros, o como mero criterio subsidiario respecto de otros criterios de hermenéutica en el campo de las relaciones agrarias constituye el único método que el juez puede aplicar."¹⁴¹ Se trata de la aplicación del criterio conocido en doctrina como 'histórico-evolutivo', que se funda sobre la constatación de la posibilidad de que una misma fórmula normativa venga entendida en forma diferente según circunstancias históricas diversas, deduciéndose la necesidad de utilizar materiales normativos producidos en épocas no recientes teniendo en cuenta las modificaciones derivantes de las transformaciones sucesivamente experimentadas por el ordenamiento positivo y por la realidad social. Así, la labor del intérprete no puede ser limitada a la construcción de un sistema de conceptos que representen el producto de operaciones de pura lógica (caso del llamado criterio lógico-sistemático), sino que

135. *Ibid.*, p. 27.

136. CAPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 488. En sentido análogo, GERMANO, Alberto, *op. cit.*, pp. 499-508.

137. Este es uno de los típicos problemas de "laguna" que admite la corriente doctrinaria moderna que rechaza el planteamiento tradicional que consideraba el problema de las lagunas como el resultado de que la ley no previera todos los casos posibles, sosteniendo que la introducción en el sistema de fuentes de todo un complejo de formas de creación del Derecho distintos de la ley que ofrecen al intérprete una serie de normas jurídicas que hacen restrictivo el espacio para que se den lagunas a algunos problemas específicos. Cfr. PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, pp. 100 y ss.

138. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 366.

139. La analogía consiste, como se sabe, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en una norma jurídica), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. "Ello equivale a formular una nueva norma de cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre una y otra sólo hay una identidad parcial". GARCÍA MAYNEZ, E., *Ibid.*, p. 369. Pero, además, lo que justifica la aplicación de la disposición de una ley a un caso no previsto en su supuesto no es la simple analogía de situaciones, sino la existencia de razones iguales para resolver uno y otro de un mismo modo. *Ibid.*, p. 370, lo cual es un problema axiológico.

140. Este mecanismo puede tener aplicación respecto de normas contenidas en otras ramas del Derecho de análoga orientación axiológica al Derecho Agrario en el supuesto análogo, como puede ser, en materia de contratación, respecto del Derecho Laboral, en tanto sus normas tiendan a proteger a la parte más débil. Debe aclararse, de todas maneras, que en este caso no se trata de que se esté aplicando una norma de una rama ajena al Derecho Agrario, sino que se utiliza esa norma como marco para producir una nueva norma, diferente, propia del Derecho Agrario.

141. CAPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 488.