

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LAS FUENTES DEL DERECHO AGRARIO (Consideraciones en torno a sus particularidades)*

ADRIÁN DE JESÚS TORREALBA NAVAS

SUMARIO

	Pág.
1. Premisa.	93
2. Aspectos relevantes de teoría general de las fuentes del Derecho para una adecuada delimitación conceptual: eficacia " <i>erga omnes</i> " y complementariedad del binomio fuentes materiales/fuentes formales.	93
3. Las fuentes materiales del Derecho Agrario como sus elementos de especificación y determinantes de su contenido	96
4. El contenido típico general del objeto del Derecho Agrario como determinante de la agrariedad y calidad de las normas jurídicas agrarias	99
5. Las fuentes formales del Derecho Agrario en la perspectiva de su idoneidad para la satisfacción de las exigencias y necesidades que operan como fuentes materiales.	101
A. Aspectos relevantes de teoría general: principio de efectividad; fuentes legales y fuentes " <i>extraordinem</i> "; juridicidad de la eficacia normativa de carácter persuasivo. Tres grandes aspectos del tratamiento del tema	101
B. Perfil funcional de la producción normativa	103
a. Legislación y costumbre como expresiones típicas de modalidades deliberadas y espontáneas	103
i. La polémica tradicional: valoración crítica a la luz de los caracteres sustanciales del Derecho Agrario	103
ii. Adecuada integración del binomio legislación-costumbre	108
iii. Rasgos necesarios para un adecuado procedimiento legislativo	109

* Trabajo presentado con ocasión del Curso de Derecho Constitucional y Ciencias Políticas (1988-89) impartido por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid (España). Abril, 1989.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b.	Otras modalidades espontáneas y su valoración	112
<i>i.</i>	<i>La modalidad jurisprudencial</i>	<i>112</i>
<i>ii.</i>	<i>La formulación de principios generales por la doctrina y el Derecho Comparado ...</i>	<i>117</i>
c.	Otras modalidades deliberadas y su valoración: los actos de autonomía de los privados	118
C.	Perfil estructural: pautas para la elaboración de las normas para el caso concreto y peculiaridades de un sistema propio del Derecho Agrario	122
a.	Conceptos generales	122
b.	Peculiaridades de un sistema propio del Derecho Agrario y su importancia para la autonomía del sistema positivo general de esta rama del Derecho	124
<i>i.</i>	<i>En torno al criterio de especialidad</i>	<i>124</i>
<i>ii.</i>	<i>En torno al criterio jerárquico</i>	<i>126</i>
D.	Perfil subjetivo de la producción normativa: necesaria acogida de la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos.	128

1. El desarrollo histórico de toda rama del Derecho que se separa del tronco común pasa por distintas etapas, conforme avanza en su proceso de madurez y consolidación. Así, en un inicio, empiezan a aparecer normas que, respondiendo a determinadas exigencias sociales, económicas y políticas, establecen ciertas excepciones a la lógica normal de los institutos del tronco común. Progresivamente, y sobre la base de que tales exigencias presenten un alto grado de estabilidad en el tiempo y en un ámbito de la realidad social amplio, las normas de excepción, por su reiteración, dejan de ser excepcionales para convertirse en especiales. Nace entonces un sistema positivo de carácter especial.

En este estado de evolución de la rama del Derecho, se dan dos situaciones: por una parte, sobre ella no se ha llegado a construir una ciencia jurídica que haya sistematizado e individualizado principios generales propios de la materia en cuestión, diversos de los del tronco común. En este sentido, se dice, si bien se trata de un Derecho especial, su ciencia no es autónoma. Por otra parte, el sistema positivo no resuelve sus lagunas por sí mismo, sino que es menester acudir al tronco común para completarse. En este caso, se dice que el sistema mismo no es autónomo.

En el contexto del Derecho Agrario, la doctrina se ha planteado largamente el problema de la autonomía de la ciencia de esta rama del Derecho, centrando su atención en el tema de la identificación de los principios generales propios.

En una forma mucho más tangencial, se ha abordado el tema de la autonomía del sistema, lo cual no ha impedido identificar pronto la condición sine qua non para que tal autonomía llegue a darse: que el sistema sea completo, esto es, que se baste a sí mismo y, como requisito fundamental para tal completez, se señala la necesidad de contar con un sistema específico y propio relativo a los mecanismos de creación, interpretación y aplicación normativa, es decir, un sistema propio de fuentes.

Es en este contexto que debe apreciarse la importancia del tema que pretendo desarrollar a continuación.

2. Con la palabra "fuente" se suele designar una serie de objetos diversos que la convierten en un término ambiguo, por lo que resulta imprescindible proceder a realizar ciertas precisiones conceptuales

previas, de tal manera de establecer, en primer lugar, cuál es el uso que se le da en el campo del Derecho y, en segundo, cómo dentro de este mismo campo alude a todo un fenómeno complejo plenamente comprensible sólo a condición de identificar sus elementos componentes fundamentales y cómo se relacionan entre sí dentro del fenómeno global. Obviamente, una labor exhaustiva en este sentido es propia de la teoría general de las fuentes y, por tanto, no susceptible de ubicación en un trabajo de la naturaleza del presente, referido a una rama concreta del Derecho. Sin embargo, y dado que la misma "teoría de las fuentes" carga una historia plagada de arduas polémicas, es preciso hacer un esfuerzo de toma de posición en relación con ciertos aspectos medulares, sin el cual resultaría imposible conducir un análisis coherente del tema ya ubicados en el terreno del Derecho Agrario.

Como bien ha puesto en relieve PARESCÉ, el significado más elemental de la palabra de "punto en el que emerge un venero de agua" se ha venido cargando de sobresentidos místicos y religiosos, hasta llegar a indicar todo tipo de "principio o comienzo", incluso en un sentido simbólico o metafórico. Así, en el campo del Derecho propiamente dicho, el problema planteado es el del principio o comienzo de un objeto determinado: las normas jurídicas. Y, a raíz de la ambigüedad del vocablo, tal problema se ha tendido a enfocar en dos sentidos básicamente: en su originario sentido físico (origen) y en un sentido figurado de "fundamento".¹ De este elemental planteamiento surgen los dos primeros y más generales aspectos susceptibles de precisión: por una parte, el relativo a la discusión en torno al objeto (normas jurídicas) ya no desde un punto de vista general sobre el concepto de "norma jurídica", sino desde uno más restringido, cual es el de la diferencia entre un efecto jurídico de carácter normativo de uno que no tenga tal carácter; por otra, el de la tradicional clasificación de las fuentes que deriva precisamente de la dualidad de enfoque señalada, esto es, en fuentes formales y materiales.

El primer problema constituye el punto de partida para dilucidar qué se entiende por "fuente del Derecho", en el tanto su solución nos dirá qué es lo que ésta origina o fundamenta. Sin que proceda aquí una profundización del tema, diremos que la discusión tradicional ha oscilado alrededor de las carac-

1. Véase en ese sentido: PARESCÉ, Enrico, v., *Fonti del Diritto (Filosofia)*, Enciclopedia del Diritto, volumen XVIII, Giuffrè Editore, Milán, 1968, p. 803; HERNÁNDEZ, Rubén, *Las fuentes normativas*, Editorial Fundación Colegio Académico, primera edición, San José, Costa Rica, 1981, p. 11.

terísticas que debe reunir un efecto jurídico para que pueda decirse que consiste en la producción, extinción o modificación de una norma jurídica, de modo que el hecho productor de tal efecto pueda ser considerado "fuente". De aquí queda claro, obviamente, que no es lo mismo la fuente que la norma jurídica producida, distinción que puede expresarse técnicamente, siguiendo la terminología elaborada por el profesor italiano FALZEA,² así: mientras la primera se presenta como un fenómeno temporal jurídicamente relevante, la segunda constituye el "componente de hecho" de un efecto jurídico derivante de dicho fenómeno, cuya formulación completa sería "deber de" (componente de valor) "respetar o acatar la norma jurídica en cuestión" (componente de hecho). Como puede verse fácilmente, la particularidad de tal efecto sólo puede venir dada por los rasgos de su componente de hecho, lo que es decir, de la norma jurídica.

Dentro de tales rasgos, destaca su condición de regla de comportamiento, estructurada normalmente según el esquema "supuesto de hecho-consecuencia", la cual plantea una neta diferencia respecto de los casos en que el componente de hecho es un mero comportamiento y no un comportamiento respecto de una regla de comportamiento. Las dificultades se plantean más bien respecto a reglas de comportamiento que, siendo tales, no son necesariamente normas jurídicas. La doctrina ha hecho uso de distintos criterios para identificar lo que es propiamente una norma jurídica, destacándose entre ellos los de "generalidad", "abstractez" y "novedad". Respecto de los dos primeros se ha objetado, por ejemplo, que tales requisitos responden, antes que a una necesidad lógica de la misma estructura deóntica de la norma, a una exigencia ideológica de igualdad y certeza: es bueno y deseable que las normas jurídi-

cas sean generales y abstractas, a efecto de asegurar el valor de que todo hombre sea igual ante la ley y la certeza de que existan tipos normativos preestablecidos que le indiquen con anticipación a los ciudadanos las consecuencias de sus eventuales conductas.³ En relación con la "novedad", sostenida por una corriente doctrinaria que ve la peculiaridad de la norma jurídica en su capacidad de innovar el ordenamiento preexistente,⁴ ha sido cuestionada por dar lugar a una concepción demasiado amplia de la norma jurídica, que la haría extensible a *cualquier* regla jurídica de comportamiento, incluyendo, por ejemplo, aquella destinada a regular relaciones entre sujetos determinados (v.g., habría que reconocer una norma jurídica en toda regla derivada de un contrato entre privados).⁵

En vista de la insuficiencia de estos criterios, ha tendido a imponerse, al menos en una doctrina tan autorizada como la italiana,⁶ el de que la característica esencial está en la capacidad que tenga la regla de comportamiento producida de ejercer, a su vez, efectos jurídicos *erga omnes*.⁷ De este modo, la eficacia normativa propia de las fuentes consistirá, en síntesis, en la generación de un precepto destinado a regular la conducta de una gama indeterminada e indeterminable de sujetos, más allá de los sujetos que intervienen en la realización del fenómeno temporal que da lugar a tales efectos normativos.

Respecto del segundo aspecto señalado, decíamos que la doble acepción de la palabra "fuente", sea como origen o como fundamento, trae como resultado la conocida clasificación de "fuentes formales" y "fuentes materiales". Me interesa aquí precisar cómo es que se integran estos dos tipos de fuentes en el fenómeno global de producción normativa, lo cual tiene una importancia básica para el desarrollo posterior.

2. Tal terminología aparece elaborada y desarrollada por FALZEA, Angelo, v., *"Efficacia giuridica"*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, Milán, 1970.

3. HERNÁNDEZ, Rubén, *op. cit.*, pp. 20-21.

4. *Ibid.*, pp. 22-23. La corriente aludida incluye nombres como LABAND, ANSCHUTZ, JELLINEK, DONATI, SANTI ROMANO, SANDULLI.

5. Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, *Delle Fonti del Diritto*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1977, p. 473.

6. Cfr. *Ibid.*, pp. 16 y ss. No está de más hacer notar que esta obra forma parte de la empresa colectiva desarrollada en Italia a cargo de los profesores BIANCA y SCIALOJA para la realización del comentario general del Código Civile de 1942, correspondiéndole así al profesor PIZZORUSSO la obra relativa al problema de las fuentes.

7. "La capacità di esercitare effetti erga omnes si presenta invece indipendente dal carattere generale o particolare, astratto o concreto, ecc., del precetto, in quanto nulla impedisce che una regola particolare o concreta sia operante nei confronti di una intera collettività di cittadini (nel senso che essi debbano osservarla come canone regolatore dello specifico rapporto cui ha riferimento), così come nulla impedisce che una regola generale sia fissata in un atto non normativo con effetti limitati alle parti di uno specifico rapporto." PIZZORUSSO, *Ibid.*, p. 16.

En general, las fuentes formales se refieren al origen de las normas jurídicas, esto es, a sus procesos de creación,⁸ en virtud de los cuales se positivizan con fuerza legítima obligatoria (vigencia y eficacia).⁹ De acuerdo con la categoría de las fuentes materiales, constituyen también fuentes del Derecho el conjunto de motivos éticos, axiológicos y de hechos o circunstancias que "condicionan la aparición de las transformaciones de las normas jurídicas".¹⁰ Es decir, "se trata del problema del fundamento ético y social de las normas de Derecho".¹¹

La relación entre ambas categorías puede apreciarse claramente si partimos de la consideración de que, en última instancia, el tema de la producción de las normas jurídicas alude a un problema de carácter histórico, de modo tal que "determinar cuáles son las fuentes del Derecho significa determinar cuáles son sus instancias creadoras y cuáles los factores que determinan en la dinámica social"¹² tal creación.

De esta forma concebido el problema de las fuentes, resulta claro que tanto el elemento formal como el material intervienen en el proceso de creación de las normas jurídicas. Así, determinadas motivaciones en la sociedad, que se presentan como hechos (fenómenos temporales), situaciones y como juicios de valor respecto de esos hechos y situaciones que plantean exigencias de comportamiento debido (los cuales son tan reales como los hechos y situaciones mismas¹³), demandan que se responda a ellas mediante la producción de normas jurídicas. Ante esta exigencia, se plantea un problema evidente: la sociedad debe organizar de alguna forma los procesos mediante los cuales se llega a la producción de las normas, lo que implica que se dé una convención social, jurídicamente vinculante,

acerca de aspectos tales como el de quiénes realizarán la labor de creación, y de qué pasos deben seguirse, fijándose así los rasgos de los fenómenos temporales idóneos para asumir efectos normativos.¹⁴

Dentro de este esquema, queda claro que las motivaciones presentes en la sociedad constituyen las llamadas fuentes materiales y los fenómenos temporales productores de normas jurídicas (hechos y actos normativos) destinadas a dar respuesta a las exigencias motivantes, constituyen las llamadas fuentes formales. Debe resaltarse el hecho de que la función de cada uno de estos órdenes de fuentes respecto de cada norma jurídica se refleja en ella de una forma directa, de tal manera que se puede afirmar que toda norma debe su existencia tanto a una fuente formal como a una material. En efecto, mientras que de la fuente formal la norma adquiere su juridicidad, de la fuente material adquiere su contenido.¹⁵

Es precisamente de esta dualidad de fuentes que, a mi entender, la norma jurídica deriva su estructura tridimensional, esto es, lógica, fáctica y axiológica a la vez. Así, la norma jurídica, formalizada según una estructura lógica de deber ser (deóntica), constituye sustancialmente "el momento de integración de una clase de hechos según un orden de valores y no puede ser comprendida sin referencia a esos dos factores que ella dialécticamente integra y supera".¹⁶

Planteadas estas cuestiones generales, podemos enfrentar el tema central de este trabajo refiriéndonos, por un lado, a las fuentes materiales del Derecho Agrario y, por otro, a las fuentes formales. Como se verá, restan importantes dilucidaciones de

8. Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., undécima edición, México, 1963, p. 50.

9. Cfr. REALE, Miguel, *Introducción al Derecho*, Ediciones Pirámide, tercera edición, Madrid, 1979, p. 112.

10. REALE, Miguel, *Ibid.*, pp. 111-112.

11. *Ibid.*, p. 112.

12. SMITH, Juan Carlos, v., "Fuentes del Derecho", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Bibliografía Omeba, Buenos Aires, Argentina, p. 754.

13. En ese sentido, FALZEA sostiene la tesis de que los valores pertenecen al mundo real y no al mundo ideal. "La dificultad del problema no es tanto la de encontrar fuera del plano físico un condicionamiento real, sino la de mostrar que este condicionamiento puede ser un condicionamiento de valores, de valores reales y no meramente ideales". FALZEA, Angelo, "Eficacia jurídica", en *Antología de Derecho Privado I*, volumen I, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1981, pp. 57-58.

14. "I diversi 'tipi' di fonti dovrebbero distinguersi sotto l'aspetto formale, facendo in questo rientrare (per le fonti-atto naturalmente) il soggetto e l'organo emanante, il procedimento e l'esternazione dell'atto", CRISAFULLI, Vezio, v., "Fonti del Diritto (costituzionale)", en *Enciclopedia del Diritto*, volumen XVII, Giuffrè Editore, Milano, 1968, p. 959.

15. Dice EDUARDO ORTIZ al respecto: "El contenido proviene de la fuente material, pero la naturaleza jurídica y la fuerza de obligar de la norma dependen de la fuente formal", ORTIZ, Eduardo, *Derecho Administrativo*, tomo I, Ciudad Universitaria "Rodrigo Facio", Universidad de Costa Rica, San José, 1976, tesis V, p. 2.

16. REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 81.

teoría general que hacer, mas me parece que la exposición resultará más dinámica si las vamos sacando a relucir conforme sea necesario para ir resaltando las particularidades que resultan en el contexto de la rama del Derecho en comentario.

3. El análisis del problema de las fuentes dentro del contexto del Derecho Agrario debe tener como punto de partida el supuesto de que una rama determinada del Derecho es tal en el tanto constituye un sistema normativo desarrollado para dar respuesta a determinadas realidades, las cuales, de acuerdo con lo planteado en el apartado anterior, constituyen precisamente las fuentes materiales de la rama en cuestión y, por ende, de cada una de sus normas. Como una rama del Derecho se diferencia de las otras no por su juridicidad sino por su contenido, resulta entonces evidente que son las fuentes materiales las que determinan la especificidad de la rama.

Resulta entonces fundamental la identificación de las fuentes materiales que motivan la producción del Derecho Agrario o, más precisamente, la síntesis de todas esas fuentes.¹⁷ Tal síntesis no debe ser sino la enunciación de lo que CARROZZA llama "factores de especificación del Derecho Agrario".¹⁸

De acuerdo con el profesor CARROZZA, tales factores de especificación pueden ser sintetizados dentro de los conceptos de "hecho o factor técnico" y "hecho o factor político".¹⁹

En cuanto al primer concepto, el factor o hecho técnico, se considera como el "necesario antecedente lógico de las proposiciones legales y soporte de la regla jurídica".²⁰ La especialidad de este factor deri-

va de determinadas características ligadas al ciclo biológico agrario, a las que se les da relevancia jurídica,²¹ que vienen a caracterizar el contenido de las normas jurídicas. Así, pueden señalarse algunos aspectos de dicha especialidad.

En primer lugar, el aspecto relativo a los bienes parte del objeto material del Derecho Agrario.²² En la misma naturaleza vegetal o animal de los bienes agrarios y de su aptitud frugífera natural se pueden individualizar suficientemente la razón de la especialidad del Derecho Agrario: se trata de bienes de interés social, y, por esa razón, su apropiación y circulación debe ser controlada, no sólo por su característica función, de la cual depende la conservación y la prosperidad de la especie humana, sino también porque forman parte de los tres sectores vitales de los que participa el hombre: su propia vida, la de la comunidad y la de la tierra.

En segundo lugar, la organización y la gestión del proceso productivo agrícola constituyen el segundo aspecto del factor técnico, en la medida en que están atados a datos jurídicos imprescindibles: el tiempo y la forma de la producción en agricultura son diferentes de aquellos de otras ramas productivas y se traducen necesariamente en el complejo de normas jurídicas que puedan satisfacer las peculiares exigencias de la materia.²³

La relevancia de este hecho técnico se concreta en directrices orientadas a canalizar el régimen jurídico de la agricultura de manera que se aleja del Derecho Común mediante enmiendas apropiadas destinadas a conciliar con la orientación agrarística los elementos que fluyen al Derecho Agrario desde

17. En este sentido, CARROZZA sostiene que estudiar todas las fuerzas creativas es imposible, pero que sí es posible sintetizar categorías homogéneas. Véase CARROZZA, Antonio, *Problemi generali e profili di qualificazione del Diritto Agrario*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 96.

18. "Con questa espressione si vuole alludere a quelle forze fondantele intime forces creatives care al Ripert-dalle augli traggono origine le più volte rilevate anomalie e peculiarità della normativa del D.A.", CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario. I elementi di teoria generale*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 230. En igual sentido, CARROZZA, Antonio, *Problemi generali...*, op. cit., pp. 95-96.

19. CARROZZA llega a estos factores luego de haber descartado otros. Véase al respecto, *Problemi generali...*, pp. 100 y ss.

20. Cfr. CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario...*, p. 231.

21. "Il concetto di 'fatto tecnico' che si vuole utilizzare non coincide, naturalmente con quello di agricoltura, cioè non rappresenta la sintesi dei fenomeni fisici e sociali dell'agricoltura esprimibili col vario linguaggio della biologia, dell'agronomia, dell'economia, ma si presenta come un quid che fa ponte fra alcuni aspetti essenziali di tali fenomeni e la traduzione di essi in termini giuridicamente rilevanti". CARROZZA, Antonio, *Problemi generali...*, pp. 108-109.

22. "Según se afirma en epistemología jurídica, el objeto se desdobla en dos: el objeto material y el objeto formal. Dentro del material el Derecho Agrario debe ubicar la actividad agraria, la cual resulta ser hecho pero también norma, y el objeto formal va a ser el fin de la actividad agraria, que tiene un hondo sentido social, y por ende susceptible de un tratamiento axiológico." ZELEDÓN, Ricardo, "Determinación del objeto y el método del Derecho Agrario", trabajo presentado en la "V Tavola Rotonda Italo-soviética di Diritto Agrario", celebrada en Italia en las ciudades de Firenze, Brescia y Sirmione del 8 al 6 de noviembre de 1982, ahora en *Antología de Derecho Agrario*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1988, p. 18.

23. CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario...*, p. 232.

otras ramas del Derecho. Parte del hecho técnico o, al menos, pasa por éste, la reacción del sistema iusagrario a la acción de elementos de importación, al influjo de los principios exógenos; reacción que tiende, por lo demás, a restablecer la originalidad del sistema, preservando la coherencia con el carácter de agrariedad.²⁴

Puede notarse que el hecho técnico se concreta en una vertiente prevalecientemente técnico-económica, en cuanto alude a hechos o cuestiones peculiares al proceso de satisfacción de necesidades de los miembros de la sociedad. Como en todo fenómeno que tiene la función de fuente material de normas jurídicas, al aspecto fáctico va siempre ligado el aspecto axiológico. De este modo, ante las peculiaridades del hecho técnico, se suscita la exigencia axiológica de que el comportamiento individual y social respecto de tales peculiaridades se ajuste a la naturaleza de las cosas, en aras de favorecer la eficiencia económica, en tanto valor presente en la realidad social.

Este ligamen indisoluble entre hecho y valor se convierte en el elemento motivante de toda una constante en la normativa jurídica agraria: las normas jurídicas que consagran el deber del buen cultivo, esto es, según "la buena técnica agraria", las que tutelan la necesidad de que la "azienda" tenga determinadas características estructurales que la hagan apta para satisfacer las exigencias económicas planteadas por el hecho técnico, relativas a la dimensión del fundo, a la relación tierra-capital, a la tutela de la unidad "aziendal", etc.²⁵

En cuanto al hecho o factor político, por otra parte, se hace alusión a aquellos motivos de naturaleza sociopolítica de las grandes y pequeñas decisiones legislativas que, una vez aclarados, permiten

que el análisis de los instrumentos jurídicos pueden ser planteados en términos que no son únicamente de correspondencia a una línea de objetiva racionalidad tecnológica (el respeto del factor técnico), sino que corresponda también a un criterio determinado de interpretación política de las relaciones de producción en agricultura y de la valoración, de parte del Poder Legislativo a diversos niveles, de exigencias relacionadas con el interés público.²⁶ Así, se razona que la normativa dictada para disciplinar el sector agrícola siempre aparece como simple superestructura del aparato político-económico de la agricultura y, frecuentemente, una vez que el movimiento de las transformaciones del mundo agrícola se tornó más rápido y tumultuoso, como un deseo incontenible de reforma de superestructuras anacrónicas y nocivas.²⁷

En ese sentido, no debe olvidarse que el Derecho Agrario moderno tiene su origen en determinados factores de naturaleza económica, social y política que van a imprimirle rasgos de identidad esenciales en su desarrollo posterior. Así, con el capitalismo, las necesidades de expansión de las inversiones productivas llevan pronto a la proyección de éstas a la agricultura, lo cual entra en contradicción con las viejas concepciones de la tierra como elemento de *status* social, sujetas al interés individual del propietario sin que importase el uso, productivo o no, que le diera. Esta situación provoca una orientación política encaminada a asegurar que la tierra fuera puesta al servicio de las necesidades del capital, en tanto instrumento de la producción. Asimismo, el desarrollo de movimientos ideológicos al interno del sistema capitalista que se erigen en críticos de éste por las injusticias provocadas y claman por la justicia social, encuentran progresivamente manifestación a nivel político y jurídico mediante la

24. De acuerdo con la llamada "teoría de la agrariedad", formulada, como es sabido, por el profesor CARROZZA, lo agrario es la "actividad productiva consistente en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo, bien tales cuales, o bien previa una o múltiples transformaciones." CARROZZA, Antonio, *La noción de lo agrario (agrariedad). Fundamento y extensión*, *Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano*, 1ª edición, San José, Costa Rica, 1982, p. 110. Esta noción alude a la llamada actividad agraria principal. También se incluyen las llamadas actividades conexas. La exposición detallada de esta teoría puede verse en CARROZZA, Antonio, *Problemi generali...*, pp. 60 y 22.

25. Cfr. CARROZZA, Antonio, *Lezioni...*, pp. 232-233. Véase también en ese sentido, SANZ JARQUE, Juan José, *Derecho Agrario. General, autonómico y comunitario*, vol. I, Reus S.A., Madrid, 1985, pp. 60 y ss.; BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *Derecho Agrario, con referencias especiales al Derecho iberoamericano. La Constitución de 1978 y la agricultura*, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edición, Madrid, 1978, pp. 278 y ss.; ROMAGNOLI, Emilio, "Azienda agraria", *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, Nº 3, julio-setiembre de 1979, pp. 396 y ss.; LUNA SERRANO, Agustín, "La conservación inter vivos de la concentración parcelaria", *Rivista di Diritto Agrario*, *Ibid.*, pp. 411 y ss.

26. CARROZZA, Antonio, *Lezioni...*, pp. 236-237.

27. CARROZZA, Antonio, *Problemi generali...*, p. 144.

consagración constitucional de derechos humanos de carácter económico-social, dándose lo que se ha dado en llamar la evolución del esquema jurídico constitucional.²⁸ Análogamente, el desarrollo de movimientos ecologistas, no sólo a nivel nacional de los distintos países, sino a nivel de las declaraciones internacionales,²⁹ también ha imprimido un sello a la normativa agraria, orientándola hacia la conservación de los recursos naturales renovables.³⁰

Este origen del Derecho Agrario se va a manifestar en su desarrollo posterior, de tal manera que las decisiones políticas que subyacen detrás de la normativa jurídica oscilan entre la preocupación por resolver las necesidades de producción y conservación en el agro y la de conseguir equidad y justicia social en el sector. Así, según el país y el momento histórico determinado, tiende a predominar una tendencia sobre la otra, mas la síntesis del problema lleva a la búsqueda de soluciones equilibradas que

permitan dar respuesta política y jurídica tanto a los factores económicos como a los sociales.³¹

En ese sentido, y dejando de lado la tradicional polémica en la doctrina (sobre todo la italiana) en torno a si puede hablarse de verdaderos principios generales del Derecho Agrario (se cuestiona unas veces su exclusividad respecto de esta materia y otras su generalidad a toda ella y no sólo a determinados institutos³²), la formulación de tales principios u orientaciones pone de relieve el papel de las fuentes materiales indicadas. Así, la función social de la propiedad, en su aspecto subjetivo tutela la eficacia económica y en su aspecto objetivo pone énfasis en la justicia social;³³ el principio de la protección del empresario agrícola no propietario frente al propietario no empresario³⁴ responde a las exigencias de que la actividad agraria se realice y desarrolle sin obstáculos en aras del interés social; la preferencia de formas empresariales de naturaleza asociativa,³⁵

28. Para todo esto, véase ZELEDÓN, Ricardo, "El origen del Derecho Moderno Agrario", *Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano*, cit., pp. 11 y ss.

29. En ese sentido puede consultarse el volumen *Ecodesarrollo, el pensamiento del decenio*, Instituto de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), compilación de Margarita Marino de Botero y Juan Tokatlán, Bogotá, 1983, así, como el N° 12 de *Pensamiento Iberoamericano, Revista de Economía Política*. "Medio ambiente deterioro y recuperación", julio-diciembre 1987, Instituto de Cooperación Iberoamericana y la Comisión Económica para América Latina. Entre las declaraciones internacionales pueden citarse: la "Declaración de Estocolmo" de junio de 1972; la "Declaración de Coyoacán", de octubre de 1974; la Carta de Belgrado: "Un marco general para la educación ambiental" de octubre de 1975; la "Declaración sobre políticas y procedimientos ambientales relativos al desarrollo económico", Nueva York, 1° de febrero, 1980; la "Carta Mundial de los Suelos", Resolución 8/81 de la 21ª sesión de la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Roma, noviembre de 1981; la "Declaración de Bogotá", de 3 de abril de 1982; la "Declaración de Nairobi", de mayo de 1982.

30. Véase al respecto BARAHONA ISRAEL, Rodrigo, "Régimen jurídico de los recursos naturales renovables y Derecho Agrario en la América Latina" y CASANOVA, Ramón Vicente, "Derecho Agrario y los recursos naturales renovables", ambos en *Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano*, cit., pp. 221 y ss. y 231 y ss.

31. Para un desarrollo extenso de las oscilaciones seguidas en Italia, y en Europa en general, a raíz del Plan Mansholt, véase CARROZZA, Antonio, *Problemi generali...*, pp. 139 y ss. Igualmente, para una descripción de los factores políticos incidentes en la configuración del Derecho Agrario costarricense, puede verse ZELEDÓN, Ricardo, "La consolidación del Derecho Agrario en Costa Rica (Apuntes para una historia inconclusa)", relación presentada al seminario *Evolución del Derecho Agrario en Europa y América Latina* (características, principios, fuentes del Derecho Agrario), celebrado en Cartagena, Colombia, del 8 al 10 de setiembre de 1986, hoy en *Antología de Derecho Agrario*, cit.

32. Un desarrollo muy claro y sintético de esta polémica puede verse en CARROZZA, Antonio, "Problemas de teoría general del Derecho Agrario", *Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano*, cit., pp. 86 y ss.

33. La inclusión de la función social de la propiedad en las diversas sistematizaciones de principios intentadas por la doctrina es constante. Por todos, puede verse un buen resumen de la doctrina al respecto en SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, pp. 56 y ss.

34. Cfr. BARAHONA ISRAEL, Rodrigo y SALAS MARRERO, Óscar, *Derecho Agrario*, San José, Universidad de Costa Rica, 1980, pp. 50-51 y CARROZZA, Antonio, "Problemas de teoría general...", cit., p. 92.

35. En ese sentido, GELSI BIDART, Adolfo, *Estudios de Derecho Agrario*, vol. I, Montevideo, 1977, pp. 196 y ss.

que no hace sino denotar una tutela de la función social también a nivel del instituto de la empresa agraria, igualmente tanto en un aspecto subjetivo como objetivo;³⁶ la limitación de la autonomía de la voluntad en materia contractual, como forma de protección a la parte de hecho más débil;³⁷ el principio de la dimensión mínima de la empresa agraria y la unidad fundiaria constituye una evidente respuesta a las exigencias técnicas de la actividad agraria;³⁸ el principio de la protección jurídica de los recursos naturales renovables, tendiente a satisfacer las exigencias ecológicas de conservación que el mero desarrollo de la actividad agraria plantea.³⁹ Todos ellos, y otros que omitimos mencionar, reflejan con claridad valoraciones técnicas y políticas que tienen su punto de referencia en los valores de eficacia económica, conservación ecológica y justicia social.

4. Se ve de lo anterior que el Derecho Agrario presenta en sus normas lo que podríamos llamar un contenido típico general, que determina la "agrariedad" de éstas. Así, el objeto de la ciencia del Derecho Agrario se presenta como la síntesis de contenidos específicos del sistema normativo agrario, de tal modo que establece el común denominador que liga las normas y conjuntos de normas (institutos), determinando su pertenencia a una misma rama del Derecho.⁴⁰

Este contenido típico del Derecho Agrario, como ya vimos, viene determinado por una serie de fuentes materiales fundamentales, histórica y fácti-

camente identificables que, en tanto condiciones extrajurídicas referidas a fenómenos económicos, políticos, sociales y hasta culturales,⁴¹ impulsan la producción de normas jurídicas que reúnen una serie de características particulares. De este modo, una norma *es agraria* en tanto constituye una respuesta a las exigencias axiológicas relativas a hechos y situaciones implícitas en dichas fuentes. Esto significa que la *agrariedad* de una norma se define tanto por referirse a un determinado conjunto de fenómenos de la realidad (elemento fáctico) constituido por la "actividad productiva consistente en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo, bien tales cuales, o bien previa una o múltiples transformaciones,⁴² como por tutelar una serie de valores fundamentales (elemento axiológico).

La síntesis de esos elementos (fáctico y axiológico), que permite la determinación del objeto del Derecho Agrario en su doble aspecto material y formal,⁴³ se erige como un punto de referencia básico para el estudio científico de las normas jurídicas componentes del sistema, en el tanto no sólo abre la posibilidad de definir si una norma pertenece o no a éste, sino también si se trata o no de una "buena" norma agraria, según su grado de adecuación a las exigencias presentes en las fuentes materiales.

36. Al respecto señala BALLARÍN MARCIAL: "ya hace algún tiempo que la doctrina se había planteado si al lado de la función social de la propiedad procedía hablar de la función social de la empresa o si el único planteamiento correcto sería precisamente referir la función social al empresario, más bien que al propietario. La gran novedad del Derecho Agrario español en este punto ha sido contemplar la función social de la empresa junto a la función social de la propiedad. Ello ha sido una consecuencia de la planificación, la cual en el número segundo del artículo 15 de la Ley del Plan, declara que el 'IRYDA intensificará y emprenderá las acciones sobre modernización y estructuración de las empresas individuales y comunitarias, tanto en las zonas de ordenación rural como en el resto del territorio nacional'. No se trata sólo de reformar las estructuras agrarias, en especial la estructura básica que es el dominio, sino también reformar las unidades productivas. Esto nos lleva a la siguiente cuestión que se han planteado todos los reformadores agrarios: ¿cuál es el tipo o tipos de explotación a considerar como ideales..." BALLARÍN MARCIAL, Alberto, "La especialización del Derecho Agrario", *Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano...*, p. 57.

37. Cfr. BARAHONA ISRAEL, Rodrigo y SALAS MARRERO, Óscar, *op. cit.*, p. 51; CARROZZA, Antonio, "Problemas de teoría general...", *cit.*, p. 93. GALLONI, Giovanni, "Limiti dell'autonomia nella nuova disciplina dei contratti agrari", *Rivista di Diritto Agrario*, Giuffrè Editore, Milano, N° 43, 1964, pp. 131 y ss.

38. Así formulado por FRASSOLDATI en la ponencia presentada al I Convenio Internacional de Derecho Agrario (Firenze, 1954) publicada en los *atti relativi*, vol. II, Milano, pp. 145 y ss. *Cit.* por CARROZZA, Antonio, "Problemas de teoría general...", p. 91.

39. Formulación que se encuentra, v.gr. en VIVANCO, Antonio, *Teoría del Derecho Agrario*, I, Ed. Librería Jurídica, La Plata, 1967, pp. 199 y ss., *cit.* por SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, p. 63.

40. Ver en ese sentido ZELEDÓN, Ricardo, "Determinación del objeto y el método del Derecho Agrario..."

41. ZELEDÓN, Ricardo, "El origen del moderno Derecho Agrario", *cit.*, p. 13.

42. CARROZZA, Antonio, "La noción de lo agrario...", *cit.*, p. 110.

43. Véase nota 22, al respecto.

Esta especificidad de las fuentes materiales del Derecho Agrario le imprimen a esta rama dos características esenciales en su contenido: por una parte, su orientación hacia la reforma y la renovación y, por otra, la marcada interacción de elementos de Derecho Público y Privado.

Respecto de la primera característica, señala BALLARÍN MARCIAL que "(...) en todas partes puede comprobarse el nacimiento y esplendor del Derecho Agrario según se produce con ocasión de dictarse leyes extravagantes del Código Civil que reforman determinados sectores agrarios, como los contratos y, en especial, cuando se dictan leyes de reforma agraria".⁴⁴

Tal reforma tiende ciertamente a la transformación, en mayor o menor grado, de las estructuras agrarias, tendencia que ha destacado CARRERA al señalar que "el Derecho Agrario es un nuevo Derecho, que tiene como finalidad primordial la de aspirar a ser el Derecho que habrá de regular las nuevas estructuras agrarias, que deben instaurarse, una vez operado el cambio estructural que propugnan".⁴⁵

En cuanto a la segunda característica, señala GERMANO que "las relaciones agrarias, antes completa y exclusivamente privadas, adquieren importancia para la colectividad, sufren la intervención del Estado, y se revisten con elementos publicísticos... Pero si las relaciones ya no quedan abandonadas a la autonomía privada, tampoco han acabado en el ámbito del Derecho Público..."⁴⁶ En este sentido, es importante destacar que la presencia de tales elementos publicísticos y privados no se

da en forma separada, sino que se integran en forma sintética y dialéctica a nivel de los distintos institutos del Derecho Agrario. Esto no parece sino ser el reflejo de la tensión que representa la búsqueda simultánea de satisfacción de valores de eficacia, conservación de recursos naturales y justicia social, sobre todo si consideramos que estos valores han tendido a manifestarse como contradictorios en muchos procesos históricos. De ahí que no sea aventurado afirmar la presencia en la base del Derecho Agrario de un elemento ideológico claramente influenciado por las corrientes que, en general, se han orientado por la búsqueda de vías intermedias respecto de los extremos individualistas y colectivistas.⁴⁷ Así, las alternativas tradicionales como propiedad privada/propiedad estatal; empresa estatal/empresa privada (capitalista); libre mercado/planificación centralizada; etc., no suelen estar, tales cuales, en la base de los institutos agrarios, sino que la opción por formulaciones intermedias y sintéticas representa una de las mayores riquezas del contenido del Derecho Agrario.

Plantado así el problema de las fuentes materiales como determinantes del peculiar contenido de las normas jurídicas agrarias, procede orientar la exposición hacia el otro aspecto del fenómeno de la creación o producción normativa: el de su juridización. Es decir, hacia el problema de las fuentes formales el cual, asumido desde una perspectiva valorativa, debe ser dilucidado en términos de que los "modos de producción normativa" tengan caracteres idóneos para la satisfacción de las exigencias y

44. BALLARÍN MARCIAL, Alberto, "Propiedad y empresa en la base del reformismo agrario", *Derecho y reforma agraria*, Mérida, Venezuela, Nº 3, 1971, p. 3.

45. CARRERA, Rodolfo, "Fundamentos jurídicos de la reforma agraria integral", *Derecho y reforma agraria*, Mérida, Venezuela, Nº 5, 1974, p. 222.

46. GERMANO, Alberto, "El Derecho Agrario y el proceso", *Jornadas Italo-españolas de Derecho Agrario*, Salamanca-Valladolid, nov. 1972, public. 1976, Universidades de Salamanca y Valladolid, p. 501. En igual sentido, CAPELLETTI, Mauro, "Il problema processuale del Diritto Agrario alla luce delle tendenze evolutive delle costituzioni moderne", *Atti della seconda assemblea dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 483.

47. La vinculación que pueda establecerse entre el núcleo axiológico del Derecho Agrario y los "derechos humanos" refleja esta tendencia a la síntesis, en el sentido de que su conexión, si bien es más directa con los derechos económicos y sociales (segunda generación) y los de solidaridad (tercera generación), no se contraponen a los de la primera (civiles y políticos). Al respecto señala ZELEDÓN que "si bien el origen del Derecho Agrario presenta un cierto antagonismo con el Derecho Civil tradicional, y en concreto con su Código, ello no significa una postura similar en cuanto a los derechos humanos civiles o políticos. No se ocupa directamente de ellos porque no son objeto de su ámbito de influencia y estudio. Pero no les niega. Por el contrario debe afirmarles pues sin su existencia tampoco tendría razón de ser el agrario. Su vinculación estrecha va a manifestarse con los económicos y sociales, cuya función es la de desarrollar aquéllos, de donde no puede deducirse ninguna confrontación". ZELEDÓN, Ricardo, *Origen, formación y desarrollo del Derecho Agrario en los Derechos Humanos (hipótesis para una investigación)*, conferencia dictada en el acto inaugural del congreso internacional denominado "Derecho Agrario y Derechos Humanos" celebrado en el Perú, en las ciudades de Lima y Cuzco, del 7 al 12 de setiembre de 1987.

necesidades que operan como fuentes materiales, de tal manera que sea posible la creación de "buenas normas agrarias".

5.A. Como paso previo ineludible, conviene, en primer lugar, una referencia a una polémica muy tradicional dentro de la historia de la doctrina sobre las fuentes del Derecho que, a mi juicio, ha sido satisfactoriamente saldada por la doctrina reciente. Se trata de la polémica entre las llamadas escuelas normativista y sociologista.⁴⁸

Sin entrar a exponer a fondo las posturas de estas escuelas, me interesa destacar esta diferencia esencial: mientras que la primera, llamada también "positivista" y que tiene como su mayor representante a Kelsen,⁴⁹ sostiene que sólo es Derecho el conjunto de reglas de conducta establecidas mediante los procedimientos fijados en la Constitución del Estado, de modo que es la voluntad de éste, expresada según tales procedimientos y sea en un papel de formulación directa o bien de mera aprobación de formulaciones realizadas por voluntades extraestatales, la que dota de juridicidad a las normas de conducta, la segunda⁵⁰ afirma que en la realidad social concreta se dan, y como producto de ella misma, sistemas de reglas que describen y orientan de hecho el efectivo comportamiento humano, los cuales constituyen el "Derecho".⁵¹ A primera vista, podría desprenderse que lo que aquí se discute es si las normas jurídicas nacen o tienen su origen en mecanismos formalmente preestablecidos o bien si ese origen lo encuentran directamente en la "realidad social", con lo cual el problema se ubica en términos de una disyuntiva entre fuentes formales y fuentes materiales. Sin embargo, es preciso no incurrir en una tal confusión.

En efecto, aun en el caso de que las circunstancias y motivaciones presentes en la realidad social provoquen el ajuste efectivo de los comportamientos a determinadas reglas, el hecho de que tales normas no sean el producto de fenómenos temporales previstos en las normas sobre fuentes incluidas en la Constitución o en las leyes estatales, no implica que no sean el producto de otros fenómenos temporales respecto de los cuales se da una convención social

acerca de su idoneidad para erigirse en el paso intermedio necesario entre el fundamento de reglas obligatorias y las reglas mismas. En otras palabras, tal como hemos planteado la definición de fuentes materiales y formales, no puede existir relación lógica de contradicción entre estas dos categorías conceptuales, sino que son intrínsecamente complementarias: una fuente material, por sí misma, no puede originar directamente una norma jurídica.

En consecuencia, la polémica a que aludimos debe ubicarse en el terreno de las fuentes formales. En ese sentido, es preciso destacar que, por un lado, la crítica más importante de las corrientes sociologistas a las normativistas consiste en cuestionar la verdadera validez jurídica de reglas de deber ser establecidas respetando los procedimientos previstos en la Constitución y las leyes pero que, en la realidad, no orientan efectivamente los comportamientos. Es decir, el puro formalismo no puede ser condición suficiente para la existencia de normas jurídicas; se requiere su inserción efectiva en la realidad social. Por otro lado, la incongruencia que le señalan las corrientes normativistas a las sociologistas es la de que formas de creación del Derecho no reconocidas por la voluntad estatal en su sistema de fuentes carecerían del poder coactivo del Estado para asegurar el cumplimiento de las normas emanadas de ellas, con lo cual, al carecer de un elemento definidor de lo jurídico, no podrían ser consideradas como fuentes de Derecho propiamente dichas.

La superación doctrinaria de esta polémica se ha cimentado en torno a tres evoluciones conceptuales básicas: el reconocimiento del llamado "principio de efectividad" como el fundamento último del sistema de fuentes (formales); la distinción entre dos categorías de fuentes formales, a saber, la de las "legales", por una parte, y la de las "extraordinem", por otra; el reconocimiento de una eficacia normativa de carácter persuasivo a la par de la tradicional eficacia consistente en la provisión de una sanción. Evoluciones, de más decirlo, estrechamente interrelacionadas y mutuamente condicionadas entre sí.

De acuerdo con el "principio de efectividad", los mandatos jurídicos son reconocibles como tales a

48. Una exposición de ambas escuelas puede verse en PARESCÉ, Enrico, *op. cit.*

49. Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1968 y *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945.

50. La cual tiene en Ehrlich a uno de sus principales representantes. Cfr. Maroi, Fulvio, "Il Diritto Agrario e le sue fonti", *Atti del Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Palermo, 19-23, ottobre, 1952, a cura del Prof. S. Orlando Cascio, Milano Dott. Antonio Giuffrè-Editore, 1954, p. 331.

51. Maroi, Fulvio, *Ibid.*, p. 329.

condición de que reciban un cierto grado de observancia y de aceptación por parte de los miembros del conglomerado social.⁵² Este principio se presenta como la norma fundamental de todo sistema de fuentes, cuya función consiste en el establecimiento del ligamen entre norma y hecho, el cual resulta necesario para explicar el fenómeno jurídico en sus términos más completos y que viene generalmente expresado mediante la fórmula "ex facto ius oritur". Así, funciona como medida o parámetro de la validez y eficacia de todas las normas que componen el ordenamiento jurídico, de tal modo que, constituyendo la base del funcionamiento de las normas sobre las fuentes, justifica también la operatividad de las otras normas.⁵³ Ciertamente, este principio tiene su origen ya en la concepción kelseniana, la cual, como es bien sabido, justifica la juridicidad de la Constitución, en tanto norma culminante de su pirámide, en el acuerdo social (de naturaleza obviamente fáctica) de acatarla.⁵⁴ Sin embargo, la novedad de la formulación moderna radica en que, por un lado, la aplicación del principio se extiende a todas las normas jurídicas que derivan de las fuentes previstas por la Constitución, con lo cual la fuerza normativa de éstas se ve condicionada a la efectividad de su producto y, por otro, una norma efectiva, a la cual se adecuan los comportamientos de hecho, que no deriva de una de las fuentes preestablecidas sino de cualesquiera otros fenómenos temporales, les confiere a éstos el carácter de fuentes. Y con esto caemos en la distinción señalada entre "fuentes legales" y "fuentes extraordinem".

Las primeras son aquellas reguladas y disciplinadas por disposiciones y normas sobre la producción jurídica, normalmente contenidas en la Constitución, o bien, en textos legales, y que forman un sistema. Se trata de las fuentes que, en tanto "fatispecies", son previstas en las llamadas "normas sobre la normación", que son aquellas que se caracterizan, por un lado, por regular los modos de creación, modificación y extinción de las normas y, por otro, por cuanto ellas mismas se sujetan a la discipli-

na establecida, dándose una suerte de "eficacia refleja".⁵⁵ Estas normas se erigen en una especie de "puente", para usar una expresión metafórica, entre el principio de efectividad y las normas sustantivas creadas, de tal modo que éstas no obtienen su juridicidad sólo de aquél, sino de la verificación del concreto fenómeno temporal contenido en la "fatispecie" de dichas normas sobre la producción normativa.

Las fuentes "extraordinem", en cambio, son aquellas que, sin estar previstas en disposiciones y normas sobre la producción normativa, representan un producto inmediato del principio de efectividad el cual, mientras que en el ámbito del sistema de las fuentes legales opera solamente como norma fundamental del sistema mismo, en estos casos funciona directamente como una norma sobre la producción jurídica aplicable a hechos normativos singulares, cuya acción determina la introducción en el ordenamiento de normas derogatorias respecto a aquellas que derivarían del sistema de las fuentes legales y que, no obstante, de un modo y otro deben coexistir con ellas.⁵⁶

Ahora bien, el no reconocimiento de estas formas "extraordinem" dentro del sistema legal plantea, obviamente, el problema de si la falta de la presencia del poder coactivo o sancionador estatal en caso de incumplimiento de tales normas les resta el carácter de "jurídicas". La respuesta a tal objeción viene dada por una evolución de alcance general, no referido exclusivamente a este dilema de las fuentes "extraordinem", que plantea una distinción de la mayor importancia entre fuentes productivas de normas asistidas de sanciones (en el sentido tradicional del término) y fuentes productivas de normas provistas de mera influencia persuasiva.⁵⁷

Las primeras se apegan al esquema tradicional consistente en la previsión de una norma ulterior operante en caso de inobservancia de la primera norma, la cual comporta la aplicación de una "sanción", esto es, de una obligación que grava al destinatario del deber establecido por la norma primaria,

52. Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, *op. cit.*, p. 11.

53. *Ibid.*, p. 12.

54. Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho...*

55. Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, p. 7.

56. Cfr. *Ibid.*, p. 541.

57. Cfr. *Ibid.*, pp. 49 y 22.

implicándole un resultado desfavorable en tanto autor de la inobservancia.⁵⁸ Así, al tenerse la existencia de una "sanción organizada" como elemento constitutivo del Derecho en general, ha existido la tendencia a cuestionar la verdadera juridicidad de normas no asistidas de sanción. Sin embargo, como hizo notar BOBBIO,⁵⁹ cuando se habla de tal elemento, la referencia es no a las normas singulares sino al ordenamiento en su complejo, razón por la cual el decir que sanción organizada distingue al ordenamiento jurídico de todo otro tipo de ordenamiento, ello no implica que todas las normas de aquel sistema estén provistas de sanción, sino únicamente que lo está la mayor parte.

Este tipo de consideraciones ha dado lugar al reconocimiento de normas que, si bien no están provistas de verdaderas sanciones, no por ello carecen de juridicidad. El hecho de que concurren presiones de distinto tipo, sea de orden político, económico, cultural, psicológico, o bien de orden jurídico pero no directamente sancionador (v.g. la eventual casación de una sentencia de un juez inferior a cargo del más alto órgano judicial), que tengan como resultado el cumplimiento habitual de la norma en cuestión, es suficiente para reconocer la presencia de una verdadera norma jurídica, dotada de eficacia persuasiva. Obviamente, este tipo de eficacia es la que está presente en las normas derivadas de fuentes "extraordinem".

Cabe señalar, por último y para pasar de inmediato a la referencia concreta al Derecho Agrario, tres grandes aspectos del tratamiento del tema de las fuentes formales, en torno a los cuales estructuraré el desarrollo sucesivo, si bien, claro está, sin el ánimo exhaustivo propio de una teoría general sobre las fuentes sino dentro de la perspectiva de destacar las peculiaridades relevantes dentro de la rama del

Derecho que he escogido como objeto de la investigación.

Tales aspectos pueden plantearse así: en primer lugar, el aspecto, que podríamos llamar funcional, atinente a las características de los procedimientos o fenómenos temporales normativos; en segundo lugar, un aspecto estructural, relativo a las orientaciones que el sistema de fuentes establece para hacer posible la aplicación de las normas a los casos concretos, que implica, de hecho, un proceso de previa elaboración de la norma a aplicar a partir de los materiales normativos generales;⁶⁰ en tercer lugar, un aspecto subjetivo, relativo al sujeto u órgano legitimado para la producción normativa.⁶¹

B.a.i. Una de las discusiones de mayor tradición que se ha planteado la doctrina iusagrarista en materia de fuentes es la de la preeminencia entre ley (o, mejor, legislación) y costumbre.

Ya desde el año 1934 GIANGASTONE BOLLA había planteado formalmente que el tecnicismo de la materia agraria determina una específica relevancia de las normas consuetudinarias.⁶² A partir de ahí otros autores hacen eco de la posición de BOLLA al otorgar a la costumbre un valor especial, dentro de los cuales cabe mencionar a MAROI,⁶³ COSTA,⁶⁴ SANZ JARQUE,⁶⁵ etc.⁶⁶ Una orientación opuesta ha sido dirigida en forma más reciente por CARROZZA, quien afirma que el valor actual del elemento consuetudinario en el sistema de las fuentes del Derecho Agrario no corresponde a aquel que la vetusta tradición le asigna.⁶⁷

Esta discusión puede ser enfocada en diversos planos que conviene distinguir, pues es frecuente que los autores que hablan de un papel especial o principal de la costumbre en el Derecho Agrario no sean del todo claros en cuanto al alcance que le dan a tal afirmación: en efecto, puede hablarse, por una

58. Cfr. *Ibid.*, p. 49.

59. BOBBIO, *Teoría della norma giuridica*, p. 207. Análogamente, A. LEVI, *Teoría generale del Diritto*, pp. 182-183, cit. por PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 50.

60. *Ibid.*, p. 19.

61. Cfr. CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, p. 959.

62. BOLLA, Giangastone, citado por IRTI, Natalino, "Le due scuole del Diritto Agrario", *Rivista di Diritto Agrario*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 29.

63. MAROI, Fulvio, *op. cit.*

64. COSTA, Joaquín, *La vida del Derecho. Ensayo sobre el Derecho consuetudinario*, Edlara Edit., Zaragoza, 1982, pp. 152-161.

65. SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

66. FIGUEROLA, Francisco José, v., "Costumbre", *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, p. 18.

67. CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario...*, p. 223.