

RENUNCIA A LA LEY

Cuestión próxima a la violación de la ley o fraude a la misma, es la exclusión de la ley aplicable o renuncia a los derechos por ella concedidos. Las legislaciones han establecido que los derechos concedidos por las leyes son renunciables a no ser que esta renuncia se encuentre contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero. La disposición fue cambiando y su modificación indica que se amplía su ámbito para prever no solo la renuncia a los derechos, sino también la completa exclusión de la ley y en ambos casos se subordina la validez de tales actos a los límites que ya se reconocían de subordinación al interés o el orden público y el perjuicio al tercero.

Según la normativa, la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a tercero.

El tema de la renuncia a los derechos concedidos por las leyes cobra especial importancia en aquellos temas impregnados con fuerte sentido protector hacia una de las partes contratantes como acontece con el contrato de trabajo y con el de arrendamiento de fincas urbanas sujetas a leyes especiales. Así, en el derecho comparado, se aprecia lo establecido en las leyes de arrendamiento de bienes muebles o inmuebles, o bien, en la cual se encuentra establecido que aquél que arrienda un bien inmueble urbano, dispone que los beneficios que le otorga la ley al inquilino del inmueble, o vivienda con o sin muebles y a los subarrendatarios de las mismas sean irrenunciables, considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que los contradiga.

Su concepto y fundamento de su obligatoriedad.

Mientras que la ley es la forma reflexiva y solemne de originarse el derecho por el poder soberano del Estado, la costumbre es la forma espontánea y tácita de creación del derecho por la sociedad. Históricamente, la importancia de la costumbre ha sido, a veces superior a la de la ley, habiendo dado lugar las relaciones entre estas dos fuentes del derecho a enconadas discusiones de escuelas, siendo la escuela histórica del derecho la que con más resonancia ha defendido la primacía de la costumbre, disminuída notablemente por el predominio de la legislación en el Estado moderno.

Se define la costumbre como la norma establecida directamente por la comunidad por virtud del ejercicio o por actos jurídicos repetidos y constantes, de donde se deducen aquellas notas características y contrapropuestas a la ley, de espontaneidad, elaborada por los propios miembros de la sociedad.

En correspondencia a la distinta posición que se asigna a la costumbre en relación con la ley, según las escuelas, la doctrina contrapone también diversas concepciones sobre el fundamento de la validez del derecho consuetudinario. Dos teorías se disputaron el campo en la doctrina del derecho común: la teoría de la voluntad y la de la convicción, cada una de las cuales comprende varios matices, y aún se añade una tercera teoría basada en el uso.

TEORÍA DE LA VOLUNTAD: Tacitus consensus populi. Funda la costumbre en el tácito consentimiento del pueblo. Arranca ya del derecho romano y fue seguida por los glosadores y post glosadores. Esta teoría da el mismo origen y valor a la ley y a la costumbre.

Tacitus consensus principis. La necesidad de adaptar la anterior teoría a los regímenes absolutos, en que la ley emana de la voluntad del soberano, hace que, en vez de hablarse de voluntad del pueblo, se aluda a la voluntad imperial y más tarde, a la tacita aprobación del legislador. Esta doctrina, que domino en la edad media y es mantenida hoy por autores modernos, subordina la costumbre a la ley al exigir la aprobación del legislador.

Teoría de la convicción: Posición extrema. La escuela histórica, partiendo de su concepto del derecho como producto espontáneo de la vida social, pone como fuente de todo derecho la común convicción jurídica, de modo que la costumbre no es más que el espíritu del pueblo, sin que se requiera el uso para que exista como derecho; la convicción obliga ya, siendo el uso la mera exteriorización de esa convicción. Según esta doctrina, una de las fundamentales de la escuela histórica, la costumbre es la fuente más pura de revelación del derecho preexistente en el espíritu del pueblo, y su valor es, por tanto, superior al de la ley.

Posición atenuada. La crítica que Windscheid y otros jurísticas hicieron a la anterior teoría, alegando que la convicción jurídica como estado puramente interno no puede tomarse en cuenta sin que se manifieste por medio del uso, dio lugar a una posición más armónica, que exige para que obligue la costumbre un doble elemento, uno espiritual y otro material, o sea, respectivamente, la convicción jurídica, opinio iuris seu necessitatis, y el uso como segundo requisito que debe seguir a la convicción; sin el uso aquella convicción no llega a ser norma consuetudinaria. Esta es la posición dominante en la doctrina moderna.

Teoría del uso: Se pretende hallar el fundamento de la obligatoriedad de la costumbre en el uso, como manifestación del acaecer social. Esta doctrina, basada en puntos de vista sociológicos y positivistas, pretende quitar al Derecho todo elemento de orden espiritual y no llega a explicar como un hecho meramente externo puede tener fuerza vinculante.

Requisitos de la costumbre. Según la teoría dominante en la doctrina moderna que, basada en la teoría de la convicción, pone la esencia de la costumbre en dos elementos, uno interno y otro externo, la costumbre debe reunir dos requisitos: 1. La convicción jurídica opinio iuris et necessitatis, es decir, el convencimiento de la necesidad de la norma y su obligatoriedad, o sea, de que hay que comportarse de un cierto modo; y 2. El uso externo que debe ser uniforme, general y duradero. La uniformidad exige que los actos sean semejantes, aunque no es preciso que haya una identidad absoluta. La generalidad del uso no quiere decir que se observe en todo el territorio del Estado o de una región, ya que muchas costumbres son locales, sino que, dentro del ámbito en que exista el uso, los actos en que consista sean realizados por la generalidad y no por algunos individuos aisladamente. La generalidad puede referirse a una determinada clase de personas, comerciantes, agricultores, industriales, profesionales, etc. La repetición de actos uniformes por la generalidad de personas afectadas por el uso, debe ser duradera; el uso debe tener una cierta duración, sin que sea posible establecer términos precisos: basta que sea constante.

Partiendo, por el contrario, de la teoría de la voluntad, se exigía en la doctrina tradicional, como requisitos de la costumbre: 1, el uso uniforme, frecuente y duradero; 2 la conformidad del uso con el derecho natural, y 3 la aprobación expresa o tácita por el Estado.

Clases de costumbre por su relación con la ley. Se distingue la costumbre, por su relación con la ley, en *secundum legem*, *praeter* o *extra legem* y *contra legem*. Es *contra legem*, la costumbre que introduce una norma contraria a la ley, originando, por tanto, el desuso de ésta. Algunos autores distinguen entre *consuetudio abrogans*, que tiende a sustituir la ley por una costumbre contraria, y *desuetudo*, que se limita a dejar sin aplicación una ley, pensando que el desuso no es propiamente derecho consuetudinario; pero otros, en cambio, opinan que el desuso lleva implícita una costumbre contraria a la ley. Históricamente, cuando la costumbre tuvo igual importancia que la ley, era lógico que se admitiese la costumbre *contra legem*, ya que ambas tenían igual valor; pero desde que la ley adquirió la supremacía sobre la costumbre, no cabe esta manifestación del derecho consuetudinario, que los ordenamientos jurídicos modernos prohíben expresamente. Esta subordinación de la costumbre a la ley es censurada por algunos sectores de la doctrina moderna, que defienden el valor de la costumbre como forma derogatoria de la ley.

Praeter legem es la costumbre que establece una norma para un caso no previsto por la ley. Hay autores que, partiendo de la idea de que el ordenamiento jurídico es un todo cerrado, sin lagunas, no admiten la costumbre *praeter legem*, porque los casos no previstos en la ley van comprendidos en esa norma general que cierra todo el ordenamiento. No habría, según esto, más que dos especies de costumbre: *secundum legem* y *contra legem*.

Secundum legem es la costumbre que interpreta la ley, o según otros, a la que recurre la ley, dándole valor. También se ha negado el valor de esta especie de costumbre diciendo que no es más que la aplicación uniforme de la ley, si es su interpretación, o recibe de ésta todo su valor, por lo que en ambos casos no se la puede considerar como norma nueva y, por consiguiente, según esta posición, no habría más que las otras dos especies de costumbres: *contra legem* y *praeter legem*.