

LA NOCIÓN CANÓNICA DE «*IUS SINGULARE*» DESDE LA ALTA EDAD MEDIA HASTA LOS AUTORES PREVIOS AL CÓDIGO DE 1917*

JOSÉ MARÍA LIX-KLETT

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. RECEPCIÓN CANÓNICA DE LA NOCIÓN ROMANA DE *IUS SINGULARE*. II. EL *IUS SINGULARE* EN LA ALTA EDAD MEDIA. III. EL RENACIMIENTO BOLOÑÉS. A. *Reaparición de la expresión 'ius singulare'*. B. *Tipología del 'ius singulare' en los glosadores: el privilegio general y el privilegio especial*. 1. Normatividad objetiva. 2. Especialidad. 3. Excepcionalidad. 4. Utilidad común. C. *Recepción de la definición de Paulo*. 1. *Contra tenorem rationis*. 2. *La utilitas*. D. La interpretación analógica del *ius singulare*. IV. EL *IUS SINGULARE* EN LOS AUTORES MEDIOS Y MODERNOS. A. *Una aproximación*. B. *Privilegios 'stricto sensu' y 'privilegia clausa in corpore iura'*. 1. Siglo XVI. 2. Siglo XVII. 3. Siglo XVIII. 4. Siglo XIX. 5. Siglo XX, antes de la codificación. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. ÍNDICE DE LA TESIS DOCTORAL.

INTRODUCCIÓN

Con este trabajo me propongo estudiar el despliegue histórico de la noción canónica de *ius singulare*, desde la recepción y acogida que de ésta hace el Derecho Canónico de la Alta Edad Media, hasta llegar a los autores previos al Código de 1917.

A lo largo de este extenso itinerario de varios siglos, se estudiará la importante influencia que tuvo el surgimiento de la universidad medieval, particularmente en los siglos XII y XIII, cuando a expensas de la reforma gregoriana que había dado un fuerte impulso a los estudios romanísticos, fruto de lo cual se produjo el redescubrimiento de las fuentes jurídicas romanas, y especialmente el Digesto,

**Excerptum* de la Tesis Doctoral dirigida por el Prof. Dr. Javier Otaduy. Título: *La noción canónica de ius singulare. Historia y debate contemporáneo*. Fecha de defensa: 28 de septiembre de 2007.

vuelve a la luz la noción romana de *ius singulare* que había sido olvidada con la pérdida de tales fuentes.

Nos detendremos necesariamente en los glosadores de la escuela de Bolonia, tanto decretistas como decretalistas, puesto que aquellos juristas son los primeros que reciben las fuentes romanas y se encargan de reelaborar sus categorías dogmáticas para el ámbito canónico.

A partir de los siglos XV o XVI, la biografía jurídica del *ius singulare* la habremos de rastrear entre los canonistas más importantes que han tratado del tema, que no son muchos, puesto que en el plano de las fuentes no se producen cambios significativos en el Derecho Canónico. Así pues, la línea histórica de la noción canónica de *ius singulare* que va desde los *decretistas* y *decretalistas* hasta los autores previos al Código de 1917, la habremos de rastrear haciendo grandes «zancadas» entre los canonistas más conspicuos de aquellos siglos. De este modo, llegaremos al clima doctrinal en que se debatirá la noción canónica de derecho singular que luego intentará plasmarse en el primer Código de la Iglesia.

I. RECEPCIÓN CANÓNICA DE LA NOCIÓN ROMANA DE *IUS SINGULARE*

La noción genuina de *ius singulare* pertenece al Derecho Romano clásico. Su definición se encuentra recogida en el Digesto (D.1, 3, 16), y pertenece al jurisconsulto PAULO que la precisaba en los siguientes términos:

«*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem, auctoritate constituentium, introductum est*»¹.

Según los términos de esta definición, en la época clásica del Derecho Romano el derecho singular era entendido como una norma singular; es decir, una norma general y abstracta, engendrada por cualquiera de las fuentes productoras de derecho, establecida para una determinada clase de personas, cosas o acciones, como una excepción al derecho común, en atención a circunstancias peculiares de utilidad práctica que justifican la introducción de esta excepción al derecho esta-

1. «Es derecho singular el que contra el tenor de la razón [del derecho], ha sido introducido, por la autoridad de los que lo constituyen, a causa de alguna utilidad». Esta definición se conserva en el Digesto, que como se sabe es una de las tres partes de la compilación de Justiniano, y quizás la más importante, por recogerse en ella buena parte de las obras de los juristas de la época clásica a modo de «antología jurisprudencial». La forma habitual y más moderna de citar el Digesto es la «filológica», es decir, la de concreción progresiva –libro, título, ley y párrafo– mediante números arábigos y precedidos por la letra D en mayúscula, que hace referencia al Digesto; Alvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano* (1ª ed., 1968) 10ª ed. revisada, Eunsa, Pamplona 2004, § 65. Para la traducción al español de los textos del Digesto utilizaremos la versión española preparada por los profesores de la Universidad de Navarra A. D'ORS... (et alteri), Aranzadi, Pamplona, I-II-III, 1968-1972-1975 (respectivamente cada volumen).

blecido *pro regula*². En este sentido, el *ius singulare* constituye un instrumento jurídico para adaptar el derecho a la realidad vital que configura.

Para la romanística más autorizada, la noción genuina de *ius singulare* no conlleva una oposición dogmática con el derecho común, de modo que no es correcto hablar de «derecho anómalo»³, «ilógico»⁴, etc. Por el contrario, esta noción se ubica dentro de una dinámica «histórico-evolutiva» según la cual no se puede hablar de que exista una contradicción dogmática entre el *ius singulare* y el *ius commune*, sino tan sólo una antítesis histórica. En efecto, el *contra tenorem rationis* de la definición pauliana no expresa una antítesis dogmática respecto del *ius commune*, sino sólo una antítesis histórica, en el sentido de que el derecho singular entra en vigor derogando el derecho común, y en virtud de esta misma derogación. Son normas que se afirman en dos momentos históricos diferentes. Así se entiende la particular función ejercitada por el elemento utilitario en la introducción de una norma de *ius singulare*, por la cual la derogación del *ius commune* encontrará su justificación en los criterios de utilidad necesarios para integrar el ordenamiento según criterios de equidad sobrevenidos. Ahora bien, esta antítesis histórica no se dará entre los principios generales del ordenamiento y la norma de derecho singular que le es contraria, como si la norma de *ius singulare* quedase fuera del ordenamiento (lo cual no puede ser cierto puesto que se trata de un derecho *introducitur*); sino entre dos normas que son ambas conformes a los principios generales del ordenamiento, pero que se han afirmado en épocas diversas y sucesivas entre sí, una de las cuales, la posterior, debido a una utilidad particular requerida por motivos de equidad, moralidad pública o necesidad social, se afirma en contra de la razón de la primera⁵.

2. Para un tratamiento a fondo de la noción romana de *ius singulare* en el Derecho Romano clásico, ver: Riccardo ORESTANO, *Ius singulare e privilegium in Diritto Romano*, en *Scritti* (en honor del profesor Orestano, a cura de MARÍA CAMPOLUNGI Y CARLO LANZA), Jovene Editore, Nápoles-París, 1998, I, pp. 309-503; Rodolfo AMBROSINO, *Ius singulare*, Giuffrè, Milán, 1942; Carlos AISA GARÍN, *El concepto de ius singulare en el Derecho Romano* (Excerpta ex dissertatione ad lauream in Facultate Iuris Canonici Pontificiae Universitas Gregoriana), Jaca 1968; Antonio GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, «Annuario di diritto comparato e di studi legislativi» 18 (1946) 1-54.

3. Esta terminología, con la que se pretende dar a entender la noción de *ius singulare* en contraposición dogmática con el sistema jurídico en su conjunto pertenece a Savigny; cf. Friedrich Karl von SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, I, traducido al castellano por Jacinto Mesia y Manuel Poley (2ª ed.), Centro Editorial de F. Góngora, Madrid 1924, pp. 96-99.

4. Siguiendo la huella marcada por SAVIGNY, también Ambrosino entiende el *ius singulare* en contraposición dogmática con el *ius commune* y pero llamándole «derecho ilógico», en el sentido de que se desvía de la lógica del sistema jurídico en su conjunto; cf. Rodolfo AMBROSINO, cit., pp. 356-361. En esta línea cabría incluir también a Aisa Garín, que entiende que el *ius singulare* es «incongruente» con los principios generales del ordenamiento; cf. C. AISA GARÍN, cit., p. 61.

5. Esta tesis fue planteada y desarrollada por Orestano, y es la que actualmente encuentra más adhesiones entre los romanistas. Una exposición desarrollada de esta postura puede verse en: Riccardo ORESTANO, especialmente pp. 346-347 y 362-369.

Así pues, todas las normas se inspiran en una determinada *ratio*, es decir, en un criterio de equilibrio entre los diversos intereses y partes del ordenamiento en juego. Las normas de *ius singulare* no niegan esta *ratio*, sino que reconocen que en algunas hipótesis, partícipes a primera vista de los mismos caracteres, vale en cambio una *ratio* diversa⁶. En esto consiste la noción romana clásica de *ius singulare*.

Las fuentes del Derecho Romano clásico prohíben la utilización de la analogía para interpretar las normas de *ius singulare*. Con todo, en la práctica la jurisprudencia romana parece hacer uso de ella. Sin embargo, en aplicación de la teoría «histórico-evolutiva» del *ius singulare* este proceso de ampliación de la norma solo aparentemente se presenta como fruto de una interpretación. En sustancia, el intérprete crea –junto a la norma existente y en la medida de su ampliación–, una nueva norma, ya sea que extienda, ya sea que aplique por analogía; si bien desde un aspecto formal, el proceso de ampliación se presenta como una interpretación de la norma existente. Por tanto, la aparente contradicción entre la teoría y la práctica de la jurisprudencia romana, desaparece. En efecto, en el plano teórico el *ius singulare* no es susceptible de interpretación extensiva ni analógica. Y la prohibición tiene carácter absoluto. Aunque ésta tendría un límite natural: no abarca la creación de ulteriores normas que amplíen el campo de aplicación del principio nuevo⁷.

En el período postclásico del Derecho Romano, como se muestra en la recopilación de Justiniano, la noción de *ius singulare* desaparece y es absorbida por la de *privilegium*. De hecho, las fuentes posclásicas no hacen mención de la expresión *ius singulare*. En efecto, en la compilación de Justiniano, no la encontramos ni en la *Instituta*, ni en el *Codex*, ni en las *Novellae*, sino sólo en el *Digesto*, que es una obra compuesta a partir de la jurisprudencia clásica. Lo cual viene a demostrar que la noción genuina de *ius singulare* es la que pertenece a la etapa clásica del Derecho Romano⁸.

6. En este sentido se manifiesta Arangio-Ruiz, que será el precedente doctrinal sobre el que se apoyará Orestano para reintroducir la noción de *ius singulare* dentro del sistema jurídico en su conjunto, al que sirve para su integración; cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (13° ed. revisada), Jovene Editore, Napoli 1957, p. 31.

7. Cf. Riccardo ORESTANO, 504-513. Acerca de las distintas teorías surgidas en el ámbito de la romanística para salvar ya sea el uso de la analogía o, en su defecto, el de la interpretación extensiva en la interpretación de las normas de *ius singulare*, puede verse entre las más influyentes: SAVIGNY, cit., I, pp. 233 y ss.; Carlo FADDA y Paolo Emilio BENSÀ, *Note al Windscheid (Diritto delle pandette*. Con notas y referencias al derecho civil italiano), Unione Tipografico-Editrice Torinese, IV, Torino 1926, pp. 39 y ss.; GUARINO, *Il problema dogmatico...*, 10; también en: IDEM, *L'ordinamento giuridico romano* (5° ed.), Jovene Editore, Napoles, 1990, pp. 432-438; AMBROSINO, cit., pp. 435 y ss.

8. La crítica exegética ha demostrado que existen interpolaciones de mano compiladora en las fuentes romanas que tratan del *ius singulare*, lo cual viene a demostrar que la noción genuina de derecho singular creada en la etapa clásica del Derecho Romano, fue modificada con ocasión de la compilación de Justiniano; cf. ORESTANO, cit., pp. 396 y ss.; AISA GARÍN, cit., caps. III y VIII; AMBROSINO, cit., cap. IX. Se manifiesta contrario a esta postura GUARINO, *Il problema dogmatico...*,

Sucede que en el período postclásico del Derecho Romano la noción de privilegio se amplía de tal forma que absorbe al derecho singular haciéndolo desaparecer. Así pues, el término *privilegium* se empieza a usar en un sentido más amplio y comprensivo, a tal punto que, en algunos casos, deja de ser utilizado en el sentido originario de determinación personal, para ser utilizado como sinónimo de *ius singulare*. No se abandona en tiempos de Justiniano la noción original de privilegio, pero junto a ella, con el término *privilegium* se empieza a aludir también a un *ius obiectivum*, a una norma que es de *ius singulare* o de *ius commune*. El *privilegium* adquiere un sentido amplio e impreciso, y se aplica con libertad⁹.

Pues bien, la noción de *ius singulare* romana postclásica pasará a la Edad Media, sin solución de continuidad, puesto que el Derecho Romano es el derecho vigente en Europa durante todo este período. En la Alta Edad Media, esta continuidad se dará casi por «inercia», ya que a pesar de que los textos del *Corpus* de Justiniano se perderán, y por tanto su contenido era desconocido prácticamente, la costumbre fue una fuente de derecho muy importante en esta época y hará que este derecho se mantenga en vigor en todo el antiguo imperio.

Pero a partir del s. XI, el Derecho Romano adquirirá nueva fuerza con el renacimiento jurídico impulsado por la escuela de Bolonia, sobre todo, a partir del redescubrimiento de las fuentes del derecho justiniano que resulta de las investigaciones llevadas a cabo a expensas de la reforma gregoriana¹⁰. Por otra parte, y unido a lo anterior, en el s. XII todo Europa experimentará un resurgimiento económico y comercial que se traducirá también en un florecimiento cultural, y «tal renacer de la cultura, que incidió tan profundamente en la configuración espiritual de Europa, tiene como protagonista la Universidad medieval, que fundada bajo los auspicios de la Santa Sede, prestó una atención preferente a los estudios romanísticos en la Facultad de Derecho de Bolonia. Esta escuela, gracias al descubrimiento del *Digesto* en los archivos pontificios a finales del siglo anterior, puede ahora asentar su actividad científica sobre el valor modélico reconocido a las fuentes del Derecho romano, en especial al *Digesto* y a las *Instituciones*, cuyo contenido había sido ignorado en los siglos anteriores a la reforma gregoriana»¹¹. Así pues, el Derecho Romano se difundió en todo el mundo civilizado, «por la influencia de la enseñanza universitaria que empieza en Bolonia, en el s. XII, con el

especialmente, 27-42. La tesis principal de este autor consiste en que la definición de PAULO sería apócrifa, o más bien, una reelaboración doctrinal de alguna escuela jurídica postclásica, y que el problema del derecho singular era desconocido para los clásicos. Su tesis, sin embargo, ha sido ampliamente criticada y no ha encontrado seguidores.

9. Acerca de la evolución de la noción romana del *privilegium*, ver ORESTANO, cit., pp. 412 y ss.

10. En efecto, «la investigación que se llevó a cabo, a impulsos de la reforma gregoriana, en bibliotecas y archivos Apostólicos, ofreció, entre otros resultados, el reencuentro de las *Pandectas* o *Digesto*»; Eloy TEJERO, *Formación histórica del Derecho Canónico*, en AA.VV., *Manual de Derecho Canónico*, Instituto Martín de Azpilcueta (ed.), Eunsa 2º ed., Pamplona 1991, p. 83.

11. *Ibid.*, p. 84

gramático Iruerío»¹². Este nuevo esplendor que experimenta el Derecho Romano, tendrá como una de sus manifestaciones concretas la aparición en la escuela de Bolonia, de muchos glosadores de los textos del *Corpus Iuris* de Justiniano, los cuales impulsarán un fuerte desarrollo científico del derecho en cuanto ciencia, a la vez que constituirán una gran fuente de estudio a la hora de establecer la noción que de *ius singulare* se tenía en la Edad Media.

Ahora bien, es importante recordar que para los juristas medievales, y de modo particular para los glosadores, los textos del *Corpus Iuris* de Justiniano se consideran «como un complejo armónico y unitario de preceptos jurídicos vigentes»¹³. Por otra parte, hay que pensar que para estos hombres de derecho, el *Corpus Iuris* además de derecho vigente, era considerado como obra de un único autor, y por esta razón, era del todo extraño a sus propósitos –al analizarlos exegéticamente–, el plantearse el problema de la formación histórica de estos textos. Así pues, «el punto de vista de los juristas bolonioses sobre el problema del *ius singulare* fue completamente justineano»¹⁴. Por tanto, «a la hora de reconstruir históricamente su pensamiento, no tiene importancia tomar en examen los resultados de las investigaciones sobre la clasicidad o menos de la categoría del *ius singulare*, sobre el valor genuino o menos de la famosa definición de Paulo contenida en el Digesto»¹⁵. Así pues, y como se verá en las páginas que siguen, la noción de *ius singulare* que se recibirá en la Edad Media, es la que transmiten los juristas de la etapa postclásica del Derecho Romano, lo cual incidirá de modo determinante a que se perpetúe la confusión entre *ius singulare* y *privilegium*.

Aún otro factor influirá para que a finales del s. XIV se vuelva a producir un nuevo renacer del Derecho Romano, pero esta vez, como expresión de un naciente secularismo. Tal factor viene determinado a partir de la crisis del orden medieval, que se manifiesta sobre todo en la decadencia del papado y del imperio, lo cual producirá un retorno al Derecho Romano precristiano¹⁶. En cualquier caso, la en-

12. D'ORS, cit., § 4.

13. Vincenzo PIANO MORTARI, *Ius sigulare e privilegium nel pensiero dei glossatori*, «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche» 92 (1957-1958) 275.

14. *Ibid.*, p. 276.

15. *Ibid.*

16. «Entre los factores mas influyentes en este proceso histórico, cabe señalar la actitud con que los legistas de Felipe el Hermoso utilizaron las *Pandectas* en su lucha contra el Papa Bonifacio VIII. Si, hasta entonces, se había mantenido el principio *Ecclesia sub lege romana vivit* (porque, después de la caída del Imperio romano, fueron los eclesiásticos quienes más contribuyeron al mantenimiento del Derecho Romano-cristiano), a partir de la mencionada querella, el Derecho de las *Pandectas*, que ignoraba cualquier competencia del poder religioso en la *potestas* del emperador o en su posible limitación, comienza a utilizarse en contra de la autoridad que el Papa venía ejerciendo en la Cristiandad. Así, el papado, que había sido el gran impulsor de los estudios romanísticos en la Universidad medieval, contribuyó, sin saberlo, a esa gran paradoja histórica de ver cómo el amparo secularmente recibido de la ley romana se tornaba, a finales del s. XIII, en ataque a la primacía de los Papas respecto del poder político»; TEJERO, cit., p. 90.

señanza del Derecho Romano «alcanza un gran prestigio con Bártolo, en el s. XIV, quien puede ser considerado como el más influyente jurista de todos los siglos»¹⁷, y seguirá siendo este derecho el que marcará la pauta para la comprensión que del *ius singulare* se tenía en la Edad Media.

Ahora bien, al estudiar el derecho de toda esta época, veremos que se mezclan en un solo orden –que no es otro que el de la cristiandad medieval– tanto el derecho de la Iglesia, como el llamado «derecho romano común» –es decir, el derecho civil–, y de esta simbiosis resulta el conocido *utrumque ius*, el cual constituirá el fundamento de la cultura jurídica europea¹⁸. La separación de estos dos derechos en ordenamientos distintos, no sucederá sino hasta la modernidad, como consecuencia de las nuevas doctrinas sobre la separación de Iglesia y Estado, pero hasta tanto, el estudio del derecho se alimenta indistintamente de fuentes canónicas y civiles.

Por tanto, cuando en las próximas páginas avancemos sobre la noción del *ius singulare* medieval, se debe tener en cuenta que utilizaremos indistintamente ambas fuentes, sabiendo que se compenetran en un único derecho: el *utrumque ius*.

II. EL IUS SINGULARE EN LA ALTA EDAD MEDIA

La etapa considerada como Alta Edad Media está comprendida, más o menos, entre los siglos V y X. Esto indica que su comienzo coincide con el final del «Bajo Imperio», y que perdura hasta poco antes de la vida y trabajo del autor de la *Panormia*.

Veíamos poco más arriba que ya en el Bajo Imperio, con el advenimiento de la etapa postclásica del Derecho Romano, la expresión *ius singulare* deja de usarse, e incluso llega a desaparecer, y es absorbida por la de *privilegium*. En efecto, se apuntaba que las fuentes de derecho justineanas no hacen mención del término *ius singulare*, que sólo es utilizado unas pocas veces en el Digesto, que precisamente es la obra que recoge el derecho clásico y donde se inserta la definición de PAULO.

Pues bien, «también en las obras jurídicas del alto medioevo hemos de constatar la desaparición completa de la expresión *ius singulare* y su sustitución por la palabra *privilegium*»¹⁹, como refiere uno de los mayores estudiosos del *ius singulare* medieval.

Aún así, la categoría conceptual de *ius singulare* en cuanto tal no desaparece: late débilmente debajo de una cierta noción amplia de privilegio que muestran

17. Cf. D'ORS, cit., § 4.

18. *Ibid.* Para la historia del derecho europeo en la Edad Media puede verse Francesco CALASSO, *Medioevo del diritto*, Giuffrè, Milán, 1954, *passim*.

19. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 284.

las fuentes de la época, y que no se puede decir que sean privilegios en sentido estricto puesto que gozan de generalidad. En efecto, fuentes tales como el edicto de Teodorico²⁰, en la *Epitome Gai*²¹, en la *Interpretatio Visigothica*²², utilizan el término *privilegium* en sentido amplio, de algún modo comprensivo también de la figura del *ius singulare*. Así pues, cabría decir que si bien la expresión continúa desaparecida, no sucede lo mismo con la noción, que aunque no sea denominada con exactitud, sigue manteniendo, al menos vagamente, su vigencia. Perviven de este modo las categorías justinianeas, que junto con la noción estricta de privilegio, desarrollan una más amplia que es comprensiva también del *ius singulare* clásico.

Todavía existen más fuentes que confirman el desuso de la expresión *ius singulare*, y la absorción de tal fenomenología en el *privilegium*. Este es el caso de SAN ISIDORO DE SEVILLA quien, al hacer sus observaciones generales sobre las leyes, habla de privilegios y no de derecho singular²³. También en la *Leges Visigothorum*²⁴, en los *Capitularia Carolingia*²⁵ y en las actas conciliares de la época carolingia, donde todas las situaciones en las cuales están presentes derechos singulares, se indican con el nombre de privilegios²⁶. Un caso paradigmático lo constituye la *Collectio Canonum* de ANSELMO DE LUCCA, donde hay un libro entero dedicado a los privilegios, y sin embargo la expresión *ius singulare* no aparece²⁷. También en la *Lex romana canonice compta*, el término *privilegium* sustituye el

20. *EDICTUM THEODORICUM REGIS*; en el cap. XII se habla de «*privilegia circa pupilarem*»; en el cap. XX de «*Raptum itra quinquennium liceat omnibus accusare, post quinquennium vero nullus de hoc crimine faciat questionem, etiam si intra supra scriptum tempus egisse aliquid de legibus doceatur; maxime cum et filii de hoc matrimonio suscepti exacto quinquennio legitimorum et iure et privilegio muniatur*»; y por último en el cap. CXXXIX, se habla del *privilegium fori*; tomado de ORESTANO, cit., pp. 464-465, donde desarrolla más estos capítulos; también pueden verse en PIANO MORTARI, cit., p. 284.

21. *EPITOME GAI*, I, 1, 4: «*Tamen Latini certis rebus privilegium civium romanorum libertatem consequi possunt (...) Nam Latini (...) si (...) manumittantur civium romanorum privilegium consequantur*»; tomado de ORESTANO, cit., pp. 464-465; también puede verse en PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 284.

22. *INTERPRETATIO VISIGOTHICA* a C.Th. 4, 14, 1: «*Excepto privilegio pupillaris aetatis, quod divi memorie patris nostri Theodosii lege concessum est, intra eadem tempora terminentur...*»; tomado de ORESTANO, cit., 465-466, que califica este pasaje de *ius singulare*; también, PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 284.

23. ISIDORUS ISPAENSIS, *Originum sive etymologiarum libri XX*, Lib. V, 18; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 284. En adelante, citaré de este modo para indicar que el texto medieval que se ha citado ha sido tomado de Piano Mortari, en la correspondiente página.

24. M. G. H., *Legum Sectio I, Leges Visigothorum. Liber iudiciorum sive Lex Visigothorum*, 12, 3, 1; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 284.

25. M. G. H., *Legum Sectio II, Capitularia Regum Francorum*, II, §§ 216, 222, 228, 254, 282, 276, 230, 275, 248, 284, 297, PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 285.

26. M. G. H., *Concilia aevi Carolini, Ius singulare, Legum Sectio III, Concilia*, II, §§ 10, 19, 44, 53; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 285.

27. *ANSELMI EPISCOPO LUCENSIS COLLECTIO CANONUM*, Lib. IV, *De privilegiorum auctoritate*; PIANO MORTARI, cit., p. 285.

de *ius singulare* a lo largo de toda ella²⁸. Y por fin, SAN IVO DE CHARTRES en su conocida *Panormia*, precisando las varias especies de normas jurídicas en relación al privilegio repite la noción romana de *constitutio personalis*²⁹. También en *Epitome exactis regibus* se habla sólo de *privilegium*³⁰, y por último, en el *Libellus de verbis legalibus*, resulta también particularmente clara la absorción en el *privilegium* de la noción de *ius singulare*³¹.

Se puede afirmar, por tanto, que en las más importantes obras jurídicas del alto medioevo no se hace mención a la expresión *ius singulare*³². Así pues, podemos constatar una vez más que la absorción producida en el derecho romano postclásico del *ius singulare* en el *privilegium*³³, continuará sin solución de continuidad a lo largo de toda la Alta Edad Media³⁴, e incluso más allá. No obstante lo cual, la categoría conceptual del derecho singular tiene cierta continuidad en una noción amplia de privilegio que es utilizada en las fuentes canónicas altomedievales. Sin embargo, no se hace ninguna construcción doctrinal sobre el asunto. Habremos de esperar al surgimiento de la universidad medieval y, con ella, el de la Facultad de Derecho de Bolonia, para ver surgir una construcción especulativa sobre esta nueva clase de privilegios generales, que tienen sus raíces históricas en el Derecho Romano justinianeo.

28. *Lex Romana Canonice Compta*, PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 285.

29. SAN IVO DE CHARTRES, *Panormia*, cap. CXLVII, c. 1117: «*Quodcumque imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto praecepit, legem esse constant; haec sunt quae constitutiones appellantur. Plane ex his quaedam sunt personales, quae non ad exemplum trahuntur, quod non hoc princeps vult. Nam quod alicui ob merita indulset, vel si cui paenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur*»; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 285.

30. *EPITOME EXACTIS REGIBUS*, 81: «*Prerogativa idem est quod privilegium dicitur autem quasi lex privata, id est unius ante alios honor et dignitas aut immunitas eorum que aliis communi iure incumbunt, ut Constantinopolitana ecclesia proprie capitionis onus non agnoscat*»; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 285.

31. *LIBELLUS DE VERBIS LEGALIBUS*, ed. Fitting, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876, p. 196: «*Privilegium est quod aliquem a communi iure privat seu immunem facit, et dicitur privilegium quasi privata lex, vel quasi lege privatam. Si quis monopolius ausus fuerit exercere, bonis propriis expoliatis perpetuitate damnetur exilii. Monopolium enim dictum est a monos, quod est unus, et polis, quod est civitas. Inde monopolium, id est singulare officium, dicitur, quasi privilegium super singulari administratione in civitat*»; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 285.

32. Cf. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 285.

33. cf. *supra*, Cap. I, § 5. C.

34. Explica Biondi que la recepción del concepto romano de *privilegium* por parte de las fuentes canónicas altomedievales, es un fenómeno fácilmente comprensible, si se piensa en que ya desde la época del bajo imperio, la noción de privilegio fue utilizada para regular la actividad jurídica de la Iglesia y de su clero, y que en el Código de Teodosio, y también en el de Justiniano, hay numerosas contituciones imperiales –como las carolingias que acabamos de citar– en las que se hace mención de su condición privilegiada: cf. Biondo BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, I, Giuffrè, Milán, 1952. Sobre todo el cap. X: *Ius singulare ecclesiastico. Immunità e privilegi*, pp. 360-394.

La desaparición en el lenguaje jurídico alto medieval de la expresión *ius singulare*, tiene sus explicaciones, que Piano Mortari –a quien seguimos principalmente para el estudio del *ius singulare* en la Edad Media– sintetiza en dos puntos:

- a) En primer lugar, en que los juristas de esta época no la encuentran entre las fuentes del derecho vigente, y no la encontrarán mientras no se descubra el Digesto³⁵;
- b) Y en segundo término, nuestro autor de referencia, en su calidad de historiador, hace ver con claridad que la realidad social que los juristas del alto medioevo tienen presente en la elaboración de sus categorías jurídicas, es propensa a la noción de privilegio.

En efecto, las fuentes documentan con precisión la diversidad de condiciones jurídicas correspondientes a los distintos estamentos sociales: los *maiores*, *honestiores*, *possesores*, *axiomatice*, *mediocres* y *minores*, estructurados según un orden jerárquico. Como es bien sabido, la sociedad feudal no fue precisamente una sociedad de iguales: a los distintos *ordines iura* les correspondían distintos derechos. Es más, «el fenómeno de la desigualdad jurídica de las personas y de las clases asume su aspecto más acentuado, precisamente en este período». Así pues, «la idea del privilegio tiene su afirmación histórica más completa, reflejando de lleno uno de los principios fundamentales del ordenamiento de la sociedad medieval»³⁶, precisamente en esta época.

III. EL RENACIMIENTO BOLONÉS

A. *Reaparición de la expresión «ius singulare»*

La expresión *ius singulare* reaparece en el *Brachylogus iuris civili*, en los albores del renacimiento boloñés: «*est enim privilegium ius singulare*»³⁷, se afirma.

Tal vuelta en escena del derecho singular, como antes adelantábamos, tiene que ver –sin lugar a dudas–, con el redescubrimiento de las fuentes romanas del derecho, y el surgimiento de la universidad medieval, particularmente de la escuela de decretistas y decretalistas de Bolonia.

35. Cf. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, pp. 285-286.

36. Cf. *ibid.*, pp. 286-287.

37. Lib. I, cap. II, § 6. *Principium placita quae, et quatuplicia, nimirum generalia et personalia: «quaedam (constitutiones) sunt communes, quae in omnium causis valent: quaedam singulares quae in una tantum causa valentes, vel persona ad exemplum trahendae non sunt: haec privilegia vocantur. Est enim privilegium ius singulare, certis ex causis, contra ius commune introductum. In privilegiis autem considerandum est, utrum contra ius eliciantur. Ait enim lex: rescripta contra ius elicita ab omnibus iudicibus praecipimus refutari. Ea enim quae contra ius fiunt, pro infectis habenda sunt»*; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 287. En esta cita, no obstante, se trasluce todavía cierta confusión entre el privilegio individual –dado a una persona determinada– y el *ius singulare*.

En efecto, a partir de la reforma impulsada por Gregorio VII, se originará el redescubrimiento del Digesto y las demás fuentes del Derecho Romano postclásico. Este nuevo hallazgo impulsará, como se sabe, un inusitado avance en la ciencia del derecho medieval. Aparece además, la gran figura del maestro GRACIANO, que compone su «Decreto» a partir de un estudio metódico de las fuentes conocidas del Derecho Canónico. A su vez asomarán los «glosadores» del Decreto, y este fenómeno favorecerá el definitivo origen a una verdadera ciencia canónica que impulsará un nuevo florecimiento del saber jurídico eclesiástico, impulsado fundamentalmente por una mayor investigación en las fuentes clásicas a partir de un método científico especulativo, lo cual permitirá discernir nuevamente las distintas categorías jurídicas comprendidas en esas fuentes del Derecho Romano postclásico, entre ellas la de privilegio general o *ius singulare*.

En el Decreto se recoge la definición de privilegio transmitida por SAN ISIDORO DE SEVILLA: «*privilegia sunt leges privatorum, quasi privatae leges*»³⁸; y un comentario de GRACIANO: «*privilegia namque dicuntur quasi privata legia, eo quod privatam legem singulis generent*»³⁹. Este hecho de considerar el privilegio singular como *lex privata*, sin distinguir de los privilegios generales, dará pie en el s. XX, con el advenimiento en el ámbito canónico de la teoría del acto administrativo, a un provechoso debate protagonizado entre dos canonistas, LOMBARDIA y LABANDEIRA, acerca de la verdadera naturaleza jurídica de estos actos⁴⁰.

Como es sabido, al Decreto se le agregarán una serie de decretales de Papas con las cuales se configurará el *Corpus Iuris Canonici*. Entre las Decretales se dedica un título al privilegio (X. 5, 33), definiéndolo como *lex privata* (X. 5, 40, 25), con lo que se refieren específicamente al que tiene un destinatario determinado. Pero también se emplea el término en su sentido amplio, de norma general destinada a una clase de personas (*coetus, ordo*): tal es el caso por ejemplo, de los que se reconocen a los clérigos (X. 5, 33, 2; X. 5, 33, 27). Esto dará pie a poder distinguir entre los privilegios generales y el privilegio individual.

Decíamos renglones más arriba que, como es sabido, a partir del Decreto de GRACIANO y de las Decretales, en el ámbito canónico, y en el ámbito civil, del Codex de Justiniano, surgen quienes se dedican a comentar con método científico exegético estas fuentes. Son los llamados «glosadores», que en el ámbito del Derecho Canónico se les llama también «decretistas» o «decretalistas», según se dediquen a comentar el *Decretum Gratiani*, o el conjunto de decretales pontificias que manda recopilar el Papa Gregorio IX en el s. XIII. Serán estos glosadores, tanto civilistas como canonistas –aunque en honor a la verdad, mayormente los canonistas, y de entre estos, fundamentalmente los que se dedican a las decreta-

38. D. 3, 3.

39. C. 25, 1, 16.

40. E. LABANDEIRA, *Tratado de Derecho Administrativo Canónico*, Pamplona 1988.

les—, quienes realizarán la labor de redescubrimiento del *ius singulare* que, sin embargo, permanecerá bajo la denominación amplia de privilegio, o como ellos lo llamarán, *privilegia generalia* o *communia*. Teniendo en cuenta que estos juristas son idealmente los continuadores del Derecho Romano postclásico, no es difícil imaginar que con estas expresiones se están refiriendo al privilegio general con que en el Código de Justiniano se conoce al *ius singulare*⁴¹, como hace un momento recordábamos.

Así pues, se ha hecho notar que «cuando los glosadores hablan de *ius singulare*, éstos se refieren a la reglamentación de institutos particulares, o bien a normas dirigidas a disciplinar la actividad de clases amplias de personas, o de sujetos (colectivos), como el Estado, el fisco, la Iglesia, cuyo concepto reclamaba siempre a la mente la idea de vastos intereses sociales que el legislador procuraba regular en manera especial»⁴². Por tanto, lo que debe quedar claro es que, si bien se hace un uso promiscuo de los términos *privilegium* e *ius singulare*, esto no autoriza a pensar —al menos como regla general—, en una confusión del *ius singulare* con el privilegio individual. A lo más, que se trata de una consecuencia lógica del haber tomado el significado jurídico más amplio del privilegio, de las fuentes recopiladas por Justiniano⁴³.

B. Tipología del «*ius singulare*» en los glosadores: el privilegio general y el privilegio especial

Antes de entrar en el estudio de las fuentes, se debe hacer notar que los glosadores de Bolonia —tanto civilistas como canonistas, pero de modo particular estos últimos—, como consecuencia lógica de lo que llevamos diciendo, ubican el estudio del *ius singulare* en la clasificación de las especies de privilegio. Son los primeros en enfocar la cuestión desde esta óptica y, este modo de analizar la materia de nuestro estudio, llegará prácticamente hasta nuestros días. A tal punto que, para investigar sobre el *ius singulare* en las fuentes y en los manuales

41. Piano Mortari —a quien seguimos principalmente en estas páginas por ser quien ha estudiado más a fondo la noción de *ius singulare* y *privilegium* en el pensamiento de los glosadores—, coincide en esta afirmación y lo fundamenta en muchas y variadas fuentes; cf. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, pp. 289 y ss.

42. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 288.

43. En efecto, «quando, i Glossatori parlano di *ius singulare*, presero sempre in considerazione una fenomenología diversa da quella racchiusa nella nozione di privilegio individuale. (...) Il fatto che i Glossatori, abbiano riservato l'uso dell'espressione *ius singulare* solo per situazioni giuridiche, che sarebbe stato impossibile configurare con il concetto di privilegio, se il termine avesse conservato il suo valore originario, ci sembra chiaramente indicativo di un ordinamento di pensiero, nel quale è possibile avvertire l'intuizione, se non la propria e vera consapevolezza, della distinzione tra il fenomeno del *ius singulare* e quello del privilegio»; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, pp. 289-290.

desde el siglo XI en adelante, se deberá ir siempre a la voz privilegio y, más en particular, a su clasificación. En efecto, a ellos se les debe la sugerencia de clasificación entre lo que daban en llamar *privilegium generalia* (o a veces también *communia*) y *privilegium specialia*, que se corresponde, como veremos, con la distinción romana clásica de *ius singulare* y *privilegium*⁴⁴. Con el *privilegium generale* se referirán a las normas especiales dirigidas a clases amplias e indeterminadas (abstractas) de sujetos (iglesias, mujeres, niños); y por otra parte, cuando hablen de *privilegium speciale*, se estarán refiriendo a disposiciones establecidas en favor de personas físicas o jurídicas determinadas individualmente (incluso por sus nombres, se encargarán de decir), es decir, el clásico privilegio concedido por acto individual⁴⁵.

Antes de pasar a los glosadores, quiero hacer referencia a un problema que suscita el Decreto para el encuadramiento del *ius singulare*. Como antes he señalado, no se encuentra la categoría de los privilegios generales a la que nos acabamos de referir tratada por GRACIANO, ni menos aún una referencia al *ius singulare* en cuanto tal⁴⁶. Precisamente en esto se encuentra parte de la dificultad actual para

44. Así lo afirma Van Hove para quien los favores especiales concedidos por ley, «*a decretistis et decretalistis privilegia generalia vel communia vocati sunt*»; Alphonse VAN HOVE, *Commentarium Lovaniense in codicem iuris canonici*, V (*De privilegiis. De dispensationibus*), H. Dessain, Mechliniae-Romae 1939, § 61.

45. Me refiero al privilegio nacido ya en el derecho romano antiguo, del que nos da cuenta CICERÓN (*De Legibus*, III, 19, 44), y que sigue vigente aún hoy en la figura del privilegio individual.

46. Con todo, Van Hove al tratar la distinción entre privilegios generales y especiales en los glosadores, comienza diciendo lo siguiente: «*Sensu latiore, privilegium in Decreto Gratiani et in Decretalibus usurpatur ad designandum ius singulare*»; Alphonse VAN HOVE, *Commentarium Lovaniense...*, § 61. Desgraciadamente no deja reseña de la cita del Decreto a la que se refiere. Si bien no nos atrevemos a desmentir a una autoridad como la del profesor de Lovaina, hemos buscado dicha referencia sin encontrarla. En el índice analítico del Decreto editado por Franciscus GERMOVNIK, *Indices ad Corpus Iuris Canonici*, Facultas iuris canonici Universitatis Sancti Pauli, editio altera, Ottavae 2000, no encontramos las voces «*privilegium generale*», «*privilegium communia*», «*privilegia clausa in corpore iuris*», ni tampoco la voz «*ius singulare*». Repasando las voces más importantes sobre el privilegio llegué a igual resultado. Leyendo en el *Decretum la Causae 25*, cuestiones 1 y 2, que tratan del privilegio, tampoco he encontrado rastros. En los glosadores estudiados, y que tratan dichas voces, no aparece ninguna referencia al Decreto. Lo mismo con los autores medios y modernos. Por otra parte, que GRACIANO no hubiese tratado estas materias con la prolijidad terminológica que alcanzan los glosadores, no debe sorprender, puesto que la noción de privilegio que maneja es incipiente, e incluso se confunde con la de *dispensa*. En efecto, quien ha estudiado a fondo la problemática acerca de la dispensa, afirma: «*in concreto, nel decreto non appare ben netta la distinzione tra privilegio e dispensa*»; Eduardo BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Giuffrè, Milán, 1997, p. 22. Otro autor, que a su vez ha estudiado a fondo el privilegio, dice lo siguiente: «el Decreto de Graciano recoge la noción transmitida por San Isidoro: *privilegia sunt leges privatorum, quasi privatae leges* (c. 3 D. III) (...) Se desconoce el privilegio general; (...) en este momento, la dispensa y el privilegio no difieren su naturaleza: la dispensa viene a ser una especie de privilegio»; Enrique JURADO HERNÁNDEZ, *El privilegio y el precepto en la codificación canónica de 1917*, tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra, Pamplona 1984, p. 21 (*in scriptis*). En el mismo sentido se pronunciaba DEL GIUDICE, que afirma de GRACIANO: «che

distinguir el privilegio en sentido estricto del *ius singulare*. Por el contrario, sí encontramos una distinción denominada *latus y strictus sensus* del privilegio en las decretales⁴⁷, y es a partir de esta distinción desde donde continuamos nuestra explicación.

Pues bien, pasemos a ver caracterizado en algunos glosadores esta fenomenología del *ius singulare* denominado como *privilegium generale*.

En los primeros, todavía la terminología es imprecisa, y si bien las categorías son las mismas, algunas veces en vez de hablar de privilegios generales y especiales, hablarán de comunes y singulares o personales. En este sentido, La *Summa Monacensis*, escrita no después de 1179, hace mención de tres clases de privilegios: generales, provinciales y singulares. Si bien esta clasificación parece confundir los ámbitos territorial y material, recoge ejemplos interesantes de privilegios generales, entre los que cita el caso de los menores a los que se les concedía el privilegio general de no portar cargas que los hagan sufrir, o que no sean obligados al uso de las armas, o también los privilegios de los clérigos, que siempre *in commune concessa sunt*. Por el contrario, distingue bien los singulares (en el sentido de especiales), los cuales *uni personae specialiter indulta sunt*:

«*Privilegiorum quaedam sunt generalia quaedam particularia sive provincialia, quaedam singularia sunt autem generalia, quae universitati clericorum in commune concessa sunt* puta, ut minores aut nullas praestent sportulas, ne sordidorum munerum faece vexentur, ne ad usum armorum aut in hostes compellantur (...). *Alia sunt provincialia, uni provinciae concessa (...). Alia singularia sunt, quae uni personae aut collegio specialiter indulta sunt...*»⁴⁸.

La *Summa Sicardi Cremonensi* (SICARDO DE CREMONA, 1155-1215) es especialmente esquemática y clara. Habla de privilegios *communia* y *singularia*, pero como decíamos, las categorías son las mismas. Pienso que se le puede considerar un adelantado en cuanto que, con categorías actuales, podríamos decir que clasi-

nei dicta non si distingue sistematicamente il privilegio dalla dispensa, ma di quello si fa un diritto speciale...»; Vincenzo DEL GIUDICE, *Privilegio, Dispensa ed Epicheia nel diritto canonico, Annali Istituto Giuridico dell' Università di Perugia*, VII y VIII, Perugia, 1926, p. 16. Sobre la confusión entre el privilegio y la dispensa, producida a partir del Decreto de Graciano, puede verse también: Dominikus LIDNER, *Die Lehre vom Privileg nach Gratian und den Glossatoren des Corpus iuris canonici*, Regensburg, 1917, pp. 24 y ss; VAN HOVE, *De la notion du privilèg*, «Nouvelle Revue Theologique», 1922, p. 9; Joseph BRYN, *De dispensatione in iure canonico praesertim apud decretistas et decretalistas usque ad medium saeculum decimum quartum*, Beyaert, Brugis 1925, pp. 76 y ss, 89 y ss, pp. 96-97, 99, 101 y ss, pp. 168-170; DEL GIUDICE, cit., pp. 16-17; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, pp. 307-308.

47. *De privilegiis et excessibus privilegiat*; X (V. 34); VI, Clem. et X vag. comm. (V. 7); X vag. Ioann. XXII tit. XI. Más arriba he hecho otras someras referencias de este tratamiento en las Decretales.

48. SUMMA MONACENSIS, fol. 25, col. 3; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 290. Las cursivas son nuestras.

fica a los privilegios según sean dados con generalidad (*communia*), o de modo individual (*singulares* en el sentido de determinados):

«Genera privilegiorum. Privilegia: 1. *communia*: ut collegiorum; 2. *singularia*: ut personarum»⁴⁹.

A partir de RUFINO († 1192) la terminología *generalia* y *specialia*, empezará a asentarse. Utiliza las mismas categorías de la distinción anterior, neta y clara, que diferenciaba entre los privilegios que gozan de generalidad –y que llama por ello generales–, y los que *sunt hodie specialiter et determinate conceduntur*, a los que denomina especiales, pero expresadas de un modo más trabajado:

«Sciendum est quod *ecclesiasticorum privilegiorum alia sunt generalia, alia specialia*. Generalia sunt que generaliter omnibus ecclesiis vel ecclesiarum personis a sanctis patribus in canonibus et a christianissimis principibus in legibus indulta sunt. Privilegia specialia sunt que hodie specialiter et determinate illi ecclesie, ita quod non alii, conceduntur»⁵⁰.

GODOFREDO DE TRANI († 1245) continúa en esta línea. Es significativo el énfasis con que resalta la diferencia entre ambos privilegios según la generalidad mayor o menor de que gocen. Igual que los anteriores, permite entrever así, con particular claridad, detrás del *privilegium generale*, un *ius singulare* clásico; y el privilegio en su sentido habitual, es decir individual, detrás del *privilegium speciale*, al que considera *quod persona conceditur, et extinguitur cum persona*:

«*Species privilegiorum sunt due, privilegium aliud generale, aliud speciale*. Generale est quod corpori vel collegio conceditur (...) vel universitati (...) Item illud quod concessum est minoribus et ecclesiis circa contractus vel quasi, et circa iudicia (...) Item quod concessum est mulieribus circa fideiusores (...) *Speciale est, quod persona conceditur, et extinguitur cum persona...*»⁵¹.

Siguiendo con esta línea, el HOSTIENSE (ENRIQUE DE SUSA, considerado el decretalista más importante del s. XIII) se dice expresamente deudor de la clasificación de los privilegios de GODOFREDO DE TRANI. Con un estilo muy pedagógico se pregunta cuántas son las clases de privilegios, y contesta que se debe responder diciendo que dos, generales y especiales. Sin embargo, añade más elementos a la clasificación expresando que a su vez, de estas categorías hay un tipo *reale*, otro *singulariter personale*, otro *communiter personale*, otro *singulariter et communi-*

49. SUMMA SICARDI CREMONENSIS, 203; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 290.

50. RUFINO, *Summa decretorum*; ed. Singer, *Die Summa Decretorum des magister Rufinus*, Paderbon, 1902, c. XXV, q. I, p. 422; p. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 290. Las cursivas son nuestras.

51. GODOFREDO DE TRANI, *Summa in titulos decretalium*, Venetiis 1586, *De privilegiis et excessibus privilegiatorum*, fol. 224; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 291. Las cursivas son nuestras.

ter corporale, y en fin, otro sólo *communiter corporale*, y explica cada uno. Lo más significativo de esta nueva clasificación es a mi juicio la contraposición que hace entre el privilegio *singulariter personale*, que es el concedido a personas ciertas y expresadas con sus nombres —como encarga de aclarar—, y el privilegio *communiter personale*, que es aquel que se concede sin especificación de su destinatario, y pone el ejemplo de los menores de 25 años, *qui gaudent privilegio restitutionis in integrum*. Pero, además, dentro de la categoría de privilegios generales, incluye los privilegios que denomina *communiter personale* y *communiter corporale*, que son aquellos que se conceden corporativamente. En el segundo caso (los *communiter corporale*) a la corporación en sí, y por tanto sus miembros no lo pueden alegar personalmente; y en el primero (los *communiter personale*), a cada uno de sus miembros en cuanto integrantes de ese grupo, de modo que cada uno lo puede invocar personalmente. Si bien las categorías siguen siendo prácticamente las mismas que las que usan los anteriores a él, al HOSTIENSE ha de reconocérsele una mayor capacidad de expresar las cosas con más sutileza:

«*Quot sint species privilegiorum. Et quidem aliud generale, aliud speciale. Generale est, quod corpori vel ecclesiae conceditur secundum Goffred. Tu dic, quod generale est, quando continent in se plures articulos: vel quando pluribus personis vel ratione plurium personarum, vel rerum conceditur (...) Speciale igitur dici potest, quando loco, vel uni personae unus articulus conceditur (...) Horum autem scilicet generalium et specialium, aliud reale, aliud singulariter personale, aliud communiter personale, aliud singulariter, et communiter corporale, aliud tantum communiter corporale. Reale est, quod ecclesiae dignitati, civitati vel alicui loco, vel alicui vel aliquibus personis occasione locis sive cuiusque rei conceditur (...) Et tale privilegium perpetuum est, et rei adhereat (...) Singulariter personale potest dici, quod alicui, vel aliquibus personis certis, et propriis nominibus expressis, personaliter conceditur (...) et tale personam illius, cui concessum est non egreditur (...) Communiter personale voco, quod certis personis communiter certis ex causis, et incertis articulis conceditur; propriis nominibus non expressis, ut potest poni exemplum in minorib. 25 an. qui gaudent privilegio restitutionis in integrum (...) Singulariter autem et communiter corporale est illud, quod alicui universitati, corpori vel collegio sic conceditur, quod quilibet singularis de universitate potest de tali privilegio singulariter se iuvare (...) Ergo corporalia privilegia hic apellantur ea quae concessa sunt universitatibus, corporibus, collegiis, puta clericis»⁵².*

Otro asunto importante de señalar en el HOSTIENSE es que se trata del primero en utilizar la expresión *privilegia clausa in corpore iuris*⁵³, para denominar estos

52. ENRIQUE DE SUSA (HOSTIENSE), *Summa Aurea*, Venetiis (1253) 1574, *De privilegio et excessibus privilegiatorum*, col. 1699-1700; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 292. Las cursivas son nuestras.

53. Se ha afirmado que «*Corpus iuris intelligendum est, non Corpus iuris canonici, sed corpus iuris communis, seu leges generales Ecclesiae, sive agatur de iure singulari, sive de privilegiis privati in lege universali insertis*»; VAN HOVE, *Commentarium lovaniensis...*, § 62. Téngase en cuanta

privilegios tomados en sentido amplio, y que en los siglos posteriores será lo más frecuente. Incluso encontrará acogida en el Código de 1917 bajo la expresión *privilegia in codice contenta* (c. 71). Así dice el HOSTIENSE a continuación del párrafo que antes hemos citado:

«Alia etiam multa et varia talia exempla in utroque iuris corpore sparsa poteris reperire»⁵⁴. Illa vocat quoque privilegia in corpore iuris clausa —añade Van Hove— comentando este pasaje⁵⁵.

Comentando estos pasajes, VAN HOVE concluye que «ex allatis exemplis patet non omnes leges speciales nomine privilegii venire, sed tantum illas quas posteriores nomine iuris singularis designaverunt»⁵⁶, lo cual demuestra a las claras que bajo la denominación amplia de privilegio los glosadores contemplan el *ius singulare*.

Contemporáneo al HOSTIENSE es BERNARDO DE PARMA (†1266). Este autor sigue en la misma línea puesto que afirma que *species privilegiorum due sunt*, caracterizando como generales los dados a la totalidad y que, por tanto, gozan de generalidad (pone el ejemplo del privilegio del fuero de los clérigos); y de especiales *quod specialiter alicui conceditur, et cum persona finitur*. Respecto de los generales, pone de relieve —y esto será doctrina común— que no se puede renunciar a ellos (aunque admite excepciones), lo cual pone de manifiesto su identificación con el *ius singulare* que, como diríamos hoy, por pertenecer al derecho general, «obliga a todos aquellos para los que ha sido dado»:

«*Species privilegiorum due sunt*. Est enim quoddam privilegium generale, ut est privilegium alicui concessum quale illud, quod concessum fuit universitati clericorum, non contemplatione alicuius personae (...) et tali privilegio nullus potest renuntiare (...) quale est illud supra de foro competentis (...) Quandoque tamen

además que la expresión *clausa in corpore iuris* utilizada por el Hostiense es del s. XIII, mientras que el título *Corpus iuris canonici*, que designa un conjunto de colecciones determinadas, se utiliza por primera vez en 1580; cf. JURADO HERNÁNDEZ, cit., p. 52, en nota 63.

54. *Ibid.* VAN HOVE, *Commentarium Lovaniense...*, § 61. Otros glosadores tomarán también esta expresión, lo cual puede verse en PIACENTINO, *Summa Codicis*, I, 14, *De legibus et constitutionibus*, 19: «Item notandum est, quod leges non specialiter proditae sed generaliter constitutae debent intelligi, si voluminibus nostri insertae inveniantur; ut D. eo. l. iuria hoc tamen ita, nisi legislator expressim dixerit, se velle leges aliquas in voluminibus legum positas personales fore»; AZZONE, *Summa Codicis*, I, 14, *De legibus et constitutionibus*, c. 25: «Sciam autem legem generalem esse hoc ipso, quod continetur in corpore iuris»; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 317.

55. HOSTIENSIS, *Lectura in quinque Decretalium libros*, ad c. *Ius singulare*, *Sicut Romana*, X, de *rescriptis*, I, 3; cf. VAN HOVE, *Commentarium Lovaniense...*, § 61.

56. VAN HOVE, *Commentarium Lovaniensis...*, § 61. Como ejemplo cita un privilegio general concedido a los Cistercienses por Alejandro III (1159-1181) por el cual *conveniri non possint per rescriptum Papae, nisi in rescripto mentio fiat de eorum ordine*; c. 6, X, de *rescriptis*, I, 3.

privilegio universitate concesso potest aliquis renuntiare (...) *Speciale privilegium est, quod specialiter alicui conceditur, et illud conceditur personae et cum persona finitur (...)*»⁵⁷.

Por último, traemos a colación a SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT (1175-1275) que continúa con la bipartición de los privilegios, lo cual nos da ha entender que ya se trata de una doctrina asentada en la época:

«Due sunt species privilegiorum: aliud est generale, aliud speciale. Generale est quod est indultum toti collegio clericorum (...)»⁵⁸.

La lista de glosadores que sugieren esta distinción de privilegios generales y especiales podría seguir en aumento, pero todos siguen la línea de los que hemos citado ya, sin mayores variaciones⁵⁹. Se puede constatar con los ya citados, que reaparece la denominación *ius singulare* con la que en algunas ocasiones se refieren para denominar a los privilegios generales. De todo esto procuraremos entresacar algunas notas distintivas del privilegio general.

1. Normatividad objetiva

Una primera cosa que se debe destacar de la distinción entre privilegios generales y especiales es que implica para ambos una diversidad de naturalezas, lo cual acarrea consecuencias jurídico-prácticas⁶⁰.

En efecto, es claro que con el privilegio especial identifican el clásico privilegio individual, el cual desde la época antigua del Derecho Romano⁶¹ era ca-

57. BERNARDO DE PARMA, *Summa super titulis decretalium, de privilegiis et excessibus privilegiatorum*, fol. 40 col. 2; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 291. Las cursivas son nuestras.

58. SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT, *Summa Auris*, ed. Serra, Barcelona 1945, 30; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 292.

59. Entre otros autores de la escuela de Bolonia que hacen esta clasificación, pueden verse: SUMMA SIMONIS BISINIANO, col. 1, 79; SUMMA LIPSIENSIS, fol. 227 col. 2; BERNARDO DE PAVIA, *Summa decretalium*, ed. Laspeyres, Regelsberger 1860, 255; SUMMA DECRETORUM HUGUCCIONIS, fol. 158 col. 3; JUAN HISPANO DE PETESTELLA, *Summa super titulis decretalium*, fol. 285 col. 4, y fol. 286 col. 1; ver PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, nota 78.

60. Sobre la distinción entre privilegios generales y especiales en el pensamiento de los decretistas y decretalistas, pueden verse LIDNER, *Die Lehre vom Privileg...*, *passim*; Alphonse VAN HOVE, *Commentarium Lovaniensis...*, § 61, y con más detalle aún en: IDEM, *De la notion du privilèg...*, 1922, 5-18, pp. 74-85 y 126-141; DEL GIUDICE, cit., pp. 20-36; AMBROSINO, cit., cap. I.

61. Cf. «*Tum leges praeclarissimae de duodecim tabulis translatae duae, quarum altera privilegia tollit, altera de capite civis rogari nisi maximo commitatu vetat (...). In privatos homines leges ferri noluerunt, id est enim privilegium; quo quid est iniustius, cum legis haec vis sit: scitum et iussum in omnes*»; CICERÓN, *De Legibus*, III, 19, 44. «*Vetant leges sacratae, vetant XII tab. leges privatis hominibus irrogari, id est enim privilegium*»; IDEM, *Pro Domo*, 17, 43; *Pro Sextio*, 30, 65;

racterizado como un acto jurídico individual, es decir, en utilidad de un sujeto determinado; del que precisamente por ser individual y no gozar de generalidad cabe la posibilidad de renuncia. No se da con promulgación; y puesto que muere con su destinatario –como bien ponen de relieve–, no se transmite a los herederos.

Por el contrario, el privilegio general se deduce como un acto normativo que, puesto que se da a favor de una utilidad común, goza de generalidad y, por tanto, es también abstracto. Por ser dado para la generalidad, puede otorgársele el carácter de *lex*, creada por las mismas fuentes de producción legislativa que el ordenamiento prescribe para los demás tipos de leyes, si bien en el ámbito canónico cabrá también la posibilidad de su creación por medio de la costumbre⁶². Por ser *lex*, necesitan promulgación, se presumen perpetuos, y se transmiten a los herederos.

Por otra parte, en cuanto acto normativo general y, por tanto, perteneciente al ordenamiento jurídico objetivo, el *ius singulare* medieval (privilegio general) entra también en correlación con el *ius commune*⁶³. Todo esto nos da una idea de la distinta naturaleza de los privilegios entendidos en sentido estricto, y la de los privilegios generales, más propiamente llamados *ius singulare*.

2. Especialidad

Otro punto importante que se pone de manifiesto en los privilegios generales –y que se irá precisando cada vez mejor–, es el carácter de *especialidad* que los juristas boloñeses remarcan en la disciplina jurídica regulada a través de los privilegios generales⁶⁴. En efecto, cuando se habla de privilegio general o de *ius singulare* se está haciendo referencia a una categoría de destinatarios que, por reunir unas características especiales, se les exime de la eficacia general de algunas normas comunes haciéndoles un tratamiento desigual, y por lo mismo, excepcional. A su vez, esta tipología especial de los privilegios generales no viene dada por las cualidades personales de sus destinatarios –que como queda dicho

«*Quocirca privilegia potius vocari debent quia veteres priva dixerunt quae nos singula dicimus*»; GELLIUS, N. A., 10, 20; «*Privos privasque antiqui dicebant pro singulis*»; FESTUS, s. v. *privos*.

62. Cf. LINDNER, cit., pp. 43-65; VAN HOVE, *De la notion du privilège...*, pp. 9 y ss; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, pp. 300 y ss.

63. Esta contraposición que hacen los glosadores en continuidad con la tradición romana puede verse, a modo de ejemplo, en SUMMA TRECENSIS, *Ius singulare*, 2, *De sacrosanctis ecclesiis*, 6-7; *Ius singulare*, 3, *de episcopis et clericis*, 7-8; *Ius singulare*, 14, *De legibus et constitutionibus*, 17; *Ius singulare*, 17, *De rescriptis*, 21. «*Ad preces quidem principes rescribere solent quandoque ius commune constituendo, quandoque ius singulare indulgendo*», PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 315; BERNARDO DE PAVIA, *Summa decretalium, De privilegiis et excessibus privilegiatorum*, 254: «*Ius enim aliud commune, aliud singulare*», PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 315.

64. Cf. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 293.

no son tenidos en cuenta individualmente—, sino por las circunstancias *especiales* de las relaciones que se regulan, que reclaman un régimen específico. En este sentido hablamos de especialidad. En efecto el privilegio general, por causa de alguna utilidad particular, es dictado para una categoría de destinatarios que, por su situación peculiar intrínseca, reclaman una regulación especial que se aleja de la situación común para encuadrarse en un marco de *especialidad* que implica *excepcionalidad* (niños, clérigos, mujeres, etc.). Así pues, se puede inferir que el carácter diferenciador de estas normas no es meramente cuantitativo (número de destinatarios), sino cualitativo: se trata de unas normas *específicas*, dictadas por una *utilitas* específica también⁶⁵.

Contribuye con este rasgo de *especialidad* de las normas singulares caracterizadas en su versión de privilegio general, el mismo contexto sociológico en que se manifiestan durante este período de la Edad Media. En efecto, el origen de estas normas no está dado ya por la fragmentación social propia de la sociedad feudal del alto medioevo, que hacía que ciertas clases gozaran de privilegios por el simple hecho de que así lo preveía la estructuración jerárquica de la sociedad, y por la cual los de «arriba» gozaban de ellos, y los de «abajo» no. Ahora lo determinante para dar estas normas obedece a su motivación sustantiva, es decir, a una *utilitas* específica que reclama esta especial reglamentación. Con lo cual se subraya mejor este carácter de especialidad que suponen las circunstancias para las cuales estas normas son dadas.

En este contexto, los glosadores empiezan a usar la expresión *ius speciale* a la que acudían para caracterizar las normas dirigidas a quienes por encontrarse en condiciones excepcionales, eran sujetos de favor de una normativa también excepcional, llámese privilegio individual o *ius singulare* (privilegio general), que los eximía de la eficacia general del derecho común⁶⁶.

65. En este sentido se expresa Bussi: «Dove si puo ritenere una sostanziale differenza —se está refiriendo al elemento distintivo del derecho singular—, non è dunque nell'ambito di applicazione, ma nel fondamento di ciascuno di questi diritti. Poichè, mentre nel *ius commune* la ragione de la norma, come ricorda esattamente il Brinz, sta nella utilità comune di una comunità di persone, nei *iura singularia*, questa utilità si specifica ulteriormente in rapporto a determinati casi. È questa speciale utilità, che differenza il *privilegium* dal *ius singulare*, e il *ius singulare* dal *ius commune* ed è considerando bene il carattere di questa utilità particolare, che possiamo nel nostro diritto (se está refiriendo al ordenamiento jurídico italiano, pero es aplicable en general) *determinare il vero carattere di ius singulare*. Poichè in verità, non è tanto il fatto dell'applicabilità ad una cerchia più o meno grande di persone che può, per i motivi visti, darci il concetto di *ius singulare*, e quindi indirettamente quello di *ius commune*, quanto il carattere eccezionale della norma pressa in considerazione, rispetto ai principi accolti dal ordinamento giuridico preso in esame. Quanto più l'*utilitas* che sta a base di questa norma è particolare, tanto più essa si distacca da quella *utilitas generale* per la quale il diritto è creato e tanto più, rispetto a quest'ultimo, la norma acquista il carattere di *eccezionalità*»; Emilio BUSSI, *Intorno al concetto di diritto comune*, Società Editrice «Vita e Pensiero», Milán 1935, p. 16. Las cursivas son nuestras.

66. Esta idea es ilustrada con varias citas de los glosadores por Piano Mortari de entre las cuales propongo las siguientes: SUMMA TRECENSIS, *De sacrosantis ecclesiis*, 6-7: «tam in acquisitione, quam in retentione, sive alienatione, seu exactione *ius singulare* (clericis et ecclesiis) indulgetur

Precisamente con la frase *ius speciale* —que es original de los glosadores, ya que los romanos no la utilizaban entre sus categorías—, especula PIANO MORTARI que se llamaba la atención sobre la derivación semántica del adjetivo *specialis*, de *species*, y sobre el valor que se podía deducir de su contraposición lógica a la idea de *genus*, la cual en el campo del derecho, estaba ligada a la de *ius generale*. Pues bien, los glosadores, transportando al ámbito del derecho la correlación ideal subsistente desde el punto de vista lógico, entre los conceptos aristotélicos de *species* y *genus*, utilizan el principio dialéctico de su contraposición y al mismo tiempo de su recíproca limitación lógica, para poner en relieve dos puntos que consideran esenciales: 1) el carácter de especialidad ínsito en la naturaleza del *ius singulare* y del privilegio individual en consideración a los límites previstos a la eficacia del derecho general; 2) el carácter de generalidad ínsito, por el contrario, en las normas de derecho común. Y así pues, la determinación del concepto del *ius singulare* en el pensamiento de los glosadores, está íntimamente relacionada con las nociones de *ius speciale* y de *ius generale*⁶⁷.

3. Excepcionalidad

Con todo lo anterior, pienso que hemos dado a entender que la *especialidad* de estas normas implica al mismo tiempo una nota de *excepcionalidad*. Pues así como la noción de especialidad reclama la de generalidad (en el sentido de género y especie), la característica de excepcionalidad, reclama la noción de *regla*, es decir, de *derecho regular (pro regula)* al que se viene a hacer excepción. «Los glosadores afirman de manera explícita el carácter de excepcionalidad ínsito en el privilegio y en el derecho singular, estableciendo de tal modo uno de los criterios más utilizados en el pensamiento jurídico occidental, también en nuestro tiempo, para referirse a la individualidad jurídica de las dos nociones»⁶⁸. En este sentido, los juristas de Bolonia subrayan el aspecto de *ius regulare* inherente al derecho común, para indicar su distinción con el *ius singulare*: «*ad singularis iuris differentiam*»⁶⁹. En efecto, la clásica contraposición *ius commune-ius singulare* (recordando que también se llama *ius singulare* al privilegio general), puede verse también desde esta óptica de *derecho regular-derecho excepcional*⁷⁰.

(...) *In alienationibus vero (clerici et ecclesie) iure speciale utuntur*»; ROGERIO, *Summa Codicis, Ius singulare*, 7, *De legibus et constitutionibus*, 14: «*Quia constitutionum quedam sunt que inducunt ius speciale (sc. privilegia sive ius singulare)*»; cf. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 312.

67. Cf. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, pp. 313-314.

68. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 218.

69. ROGERIO, *Questionum super Institutis tit. II de iure naturali gentium et civili*, 276; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 318.

70. Sobre el *ius commune* entendido como *ius generale*, PIANO MORTARI, cit., en nota 159 cita: *Glo. Sanctione, de fiscalibus iuris, C., l. fiscum* (C. 10, 8, 3); *Glo. Inspiciendum, De in integrum restitutione minorum, C., l. illud* (C. 2, 21, 1).

4. *Utilidad común*

Siguiendo con nuestra intención de poner de manifiesto las características generales del *ius singulare* romano clásico, que laten debajo de la noción bajomedieval del privilegio general, nos toca prestar atención a la *utilitas*. Nuevamente tal elemento nos dará luz para distinguir esta noción de *ius singulare* latente. En efecto, se ha hecho notar, sobre todo a partir de la lectura de la recopilación de ACURSIO, que cuando los glosadores hablan del privilegio en sentido amplio (general), siempre lo ponen en relación con una *utilitas communis*, por lo cual este privilegio general goza de la misma utilidad general de la que goza el *ius commune*. A partir de esta premisa se percibe en los juristas de Bolonia una «concepción profunda y de no poco relieve, si se piensa que deja intuir que los glosadores conocían, o mejor dicho, *sentían* una diferencia entre el *ius singulare* y el privilegio verdadero y propio, que con toda evidencia, no puede reclamar una utilidad tan amplia»⁷¹.

Esta distinción de los privilegios, en función de la utilidad individual o abstracta que los causa, puede rastrearse en el Derecho Romano. En efecto, MODESTINO en uno de los últimos números del Digesto, con el que señala qué privilegios se transmiten a los herederos y cuáles no, habla de *privilegia personae* y *privilegia causae*. Si bien con una terminología diversa a la de los glosadores, se está refiriendo a la misma realidad, poniendo de relieve que con unos se distingue la utilidad de una persona determinada, y con otros a una utilidad común marcada por una situación excepcional que los causa⁷².

Con todo, esta nueva categoría de privilegios por la cual los decretistas y decretalistas reintroducen la noción romana de *ius singulare*, al igual que sucede con el privilegio amplio del Derecho Romano postclásico, sigue siendo una categoría un tanto confusa. En efecto, así se trasluce de estas palabras de una glosa: «*Privilegium est concessio iuris singularis (...) ius singulare privilegium appellantur*»⁷³. Lo cual tiene su explicación lógica en que, «los glosadores se inspiran en los con-

71. AMBROSINO, *Ius singulare e privilegium...*, p. 7.

72. D. 50, 17, 196: «Los privilegios pueden ser propios de un derecho o de una persona, y por ello los primeros se transmiten a los herederos, y los segundos no»; MODESTINO, *Lib. 8 reg.* Y en efecto, podemos ver que los glosadores, han bebido en esta fuente; así pues, *Glo. privilegia de regulis iuris, ff., l. privilegia* (D. 50, 17, 196): «*Pone supra eo l. in omnibus causis. Item quod dicit, quae personae sunt non transire ad haeredem: dic nisi in casu (...)*»; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 292, donde trae más ejemplos. Sobre la distinción entre *privilegia personae* y *privilegia causae* en Derecho Romano, puede verse también ORESTANO, cit., pp. 485-493.

73. BERNARDO DE PAVIA, *Summa decretalium*, p. 254; también, «*Privilegium est concessio singularis iuris alicui vel alicuibus extra ius commune facta*», JUAN HISPANO DE PETESTELLA, *Summa super titulis decretalium*, fol. 285 col. 4; «*Quid sit privilegium. Et quidem privatum sive singulare ius contra commune indultum*», ENRIQUE DE SUSA, *Summa Aurea*, Venetiis (1253) 1574, *De privilegio et excessibus privilegiatorum*, c. 1698; p. cit., PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 297.

ceptos justineanos, recibiendo y utilizando en sus obras, la doctrina romana»⁷⁴. Y así pues, contribuyeron a perpetuar la confusión conceptual nacida en el período postclásico del Derecho Romano⁷⁵.

Hechas estas salvedades, se puede decir que en la época del renacimiento boloñés asistimos a la reaparición en el ámbito jurídico de la categoría del *ius singulare*, puesto que las características que los juristas de Bolonia aplican al privilegio general, los romanos las aplicaban al *ius singulare*, que ya desde la época de Justiniano empezaron a denominar también con el nombre de privilegio en un sentido amplio. PIANO MORTARI lo afirma con rotundidad, al reconocer que, con la escuela de los glosadores «asistimos al inicio del proceso histórico de su (del *ius singulare*) reafirmación en la doctrina jurídica, y a la reelaboración dogmática de los conceptos de *ius singulare* y *privilegium* sobre la base de los textos y de los principios contenidos en el Digesto»⁷⁶.

C. Recepción de la definición de Paulo

También para los glosadores, el texto básico de exégesis acerca del *ius singulare* será la definición de PAULO recogida en el Digesto⁷⁷. Veamos, pues, cómo subrayan sus elementos.

Acerca del *ius singulare* como un *ius introductum* y, por tanto, que tenga naturaleza normativa, hemos tratado ya en las páginas anteriores. Y siendo *ius*, sus fuentes son las mismas que para cualquier tipo de *ius*. Sobre este aspecto, no hemos encontrado mayor debate en la doctrina al respecto. Si hemos reconocido que se le considera *clausa in corpore iuris* lo cual da a entender su sentido en las mismas fuentes normativas. Por tanto, me limitaré brevemente a exponer sobre los otros dos elementos que restan.

74. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 295.

75. Sobre esta confusión, y el uso no técnico de la palabra privilegio en la doctrina de los glosadores puede verse: PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, pp. 297-298. Allí se observa como los glosadores conservan fielmente la amplificación justiniana de la noción de privilegio y, a su vez, que con la palabra privilegio se indican también la *dignitas*, el *honor*; e incluso el instrumento a través del cual se contenía una disposición de *ius singulare*.

76. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 293. Admitiendo que el derecho es expresión jurídica de una realidad vital, el autor expone largamente en las páginas siguientes, cuáles eran los motivos histórico-sociales que a su juicio propiciaban que en esta época resurgiera la noción de *ius singulare*. Destaca entre éstos, la desaparición progresiva –pero no total– del «feudalismo» que favorecía más la noción de privilegio en sentido estricto, y la incipiente aparición de una «sociedad comunal» en la que se afirman nuevas clases y grupos de interés menos fragmentados jerárquicamente. Sin embargo, como esta transformación de la situación social todavía no es completa, y porque el estudio del *Corpus iuris* alimenta la confusión, todavía se seguirán usando promiscuamente las categorías de *ius singulare* y de *privilegium*.

77. D. 1, 3, 16: «*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem, auctoritate constituentium, introductum est*»; PAULO, *Liber singulari de iure singulari*.

1. «*Contra tenorem rationis*»

Como hemos visto en el capítulo anterior, las palabras *contra tenorem rationis* contenidas en la definición de PAULO han recibido distintas interpretaciones en la romanística actual.

Buena parte de la romanística —anterior a Orestano— entendía el *ius singulare* en contraposición dogmática con el ordenamiento jurídico en su conjunto, puesto que la frase *contra tenorem rationis* indicaría la desviación del *ius singulare* de los principios generales del ordenamiento, e incluso la incongruencia con el espíritu general de éste. Así pues, para AÍSA el *ius singulare* de PAULO se define en sentido negativo por no ser *iuxta tenorem rationis*, lo cual equivaldría a decir, con sus propias palabras, que «el contenido del *ius singulare* no es deducción directa de la concepción general del ordenamiento jurídico romano»⁷⁸. Con lo cual, el actuar *contra tenorem rationis* implicaría un actuar contra aquellos criterios generales del ordenamiento jurídico, una falta de coherencia con éstos. En esta línea se incluye el pensamiento de AMBROSINO, para quien el *ius singulare* era un derecho «ilógico», puesto que lo consideraba inconsecuente con la línea discursiva del ordenamiento jurídico (el *tenor rationis*), del que se apartaba en obediencia al principio supremo de la *aequitas*⁷⁹.

A esta doctrina de la romanística, ORESTANO le atribuye —acertadamente pienso—, algunas carencias. En efecto, señala este autor que a la expresión *contra tenorem rationis*, la romanística le ha atribuido un significado demasiado general y absoluto, de modo que todo el concepto de *ius singulare* que se dedujo de él, vino a nacer deformado⁸⁰. Por otro lado, indica también este autor que con esta tesis se pretendía desvincular la noción de *ius singulare* de la de *ius commune*, lo cual no es posible, puesto que ambas nociones son, como las dos caras de una misma moneda.

Pues bien, el núcleo del debate establecido en el ámbito de la romanística se centraba en establecer si PAULO, al decir que el *ius singulare* es un *ius contra tenorem rationis* hace de esta categoría una noción contradictoria con el sistema jurídico en su conjunto o no. Si el *ius singulare*, como se consideraba por la mayoría de los romanistas, consistía en un derecho «ilógico» «que va en sentido diverso o contrario a la manera de pensar del ordenamiento jurídico romano», o un *ius* que «expresa un apartamiento de su concepción general», contrario a los «pensamientos basilares» o «criterios generales» del ordenamiento jurídico; entonces, por fuerza se debía concluir que, en realidad, el *ius singulare* contravendría la íntima esencia de la relación a regular, donde ésta podría ser concebida como arbitraria o antijurídica, apartándose de este modo del ordenamiento jurídico en general.

78. AÍSA GARÍN, cit., p. 61.

79. Cf. AMBROSINO, cit., pp. 356-361.

80. Cf. ORESTANO, cit., p. 359.

De ahí que, haciendo propias las conclusiones de ORESTANO, se pueda afirmar que el contraste de la norma de *ius singulare* con la norma de *ius commune* no es un contraste ideal con el principio abstracto de éste (...), sino con el *tenor*, con la *ratio* de la disposición concreta. Así pues, «la frase *contra tenorem rationis* (...) debe ser interpretada como si sonase *contra tenorem rationis iuris communis*, *contra tenorem iuris communis*, y entendiendo por derecho común, no el principio genérico del sistema jurídico, sino la disposición positiva concreta»⁸¹.

Naturalmente toda esta polémica tiene una importancia grande para los juristas de Bolonia. No obstante lo cual, PIANO MORTARI resuelve el problema al afirmar sin ambages que los glosadores «no tenían dudas sobre el significado de la frase de Paulo: el contraste puesto en evidencia en el pasaje del jurisconsulto romano entre el contenido de las normas de *ius singulare* y el *tenor rationis* era para los juristas bolonieses un contraste entre las *disposiciones* [resalto de intento esta palabra] de derecho singular y las de derecho común. Pensar que para los glosadores la frase *contra tenorem rationis* haya podido significar la desviación de los principios generales del sistema positivo o incluso con el espíritu general de aquel, equivaldría a pretender atribuir a los juristas bolonieses la elaboración de ideas que eran extrañas a la concepción jurídica de su tiempo»⁸².

En efecto, hay que evitar ver en el pensamiento de los glosadores categorías jurídicas que son modernas⁸³. Por otra parte, debe considerarse el hecho de que el método exegético que los glosadores utilizan en su estudio de las fuentes del derecho se inspira precisamente en la valoración individual de cada una de las normas positivas, dentro del conjunto del ordenamiento jurídico positivo⁸⁴.

Por tanto, el pensamiento de los glosadores se mantiene en línea con la doctrina romanística propuesta por ORESTANO, a la que nos adherimos antes.

Ahora bien, sabemos ya cuál es el significado jurídico que no le daban a la expresión *contra tenorem rationis*. Pero queda por ver en positivo cuál era la valoración que le daban. De alguna manera lo hemos adelantado al decir que su pensamiento se encuentra en la línea de lo que ORESTANO muestra sobre el pensamiento de PAULO.

Teniendo en cuenta que, como ya hemos visto, la noción de *ius singulare* de los glosadores está en estrecha conexión con la del *privilegium*, una de cuyas ca-

81. ORESTANO, cit., p. 361.

82. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 322.

83. Nociones como «espíritu general del sistema positivo», «principios generales del ordenamiento jurídico», «principios generales del sistema», etc., Piano Mortari, como buen historiador que es, hace ver que son categorías creadas por el iusnaturalismo racionalista de los s. XVII y XVIII completamente ajenas al pensamiento jurídico medieval; cf. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, pp. 322-324.

84. Cf. Biagio BRUGGI, *Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*, en *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi Saggi*, Turín 1921, 15-59; Edda GENZMER, *Die iustinianische Kodifikation und die Glossatoren*, en AA. VV., *Atti del Congresso internazionale di Diritto Romano*, II, Bolonia 1934, pp. 347-430; CALASSO, *Medioevo del diritto...*, p. 531.

racterísticas esenciales es la *excepcionalidad* respecto al derecho común: «*neque enim privilegia aliquibus concederentur, si praeter generalem legem nulli aliquid speciale indulgeretur*»⁸⁵ –afirmaba GRACIANO–, se pone en evidencia que la frase *contra tenorem rationis* implica una «relación de correlación dialéctica entre normas positivas de naturaleza y contenido diversos, y no entre normas y principios generales del sistema positivo»⁸⁶.

En este sentido, el carácter de *excepcionalidad* que vimos que los glosadores subrayan en el *ius singulare*, nos da luz para comprender mejor cómo entendían éstos el significado del pasaje de PAULO que estamos analizando. En efecto, en la noción de *derecho excepcional* (que en algún sentido es equivalente a la expresión *ius speciale* que ellos mismos crean), estaba implícito el contraste entre lo determinado por el *ius singulare* (privilegio general) y lo establecido por el derecho común. Así pues, el carácter excepcional de estas normas de *ius singulare* viene a significar que el *contra tenorem rationis* puede entenderse no como una oposición al sistema en general, sino entre estas normas singulares, y el tenor de la normativa común de la que son excepción⁸⁷.

Quizás con algunos ejemplos se vea más claro. En glosa a la definición de PAULO del *ius singulare*, se citaba el caso que hemos tratado en el capítulo anterior del Senadoconsulto Veleyano, por el cual el Derecho Romano prohibía a las mujeres salir como fiadoras en las obligaciones de terceros. Pues bien, esta norma era considerada de *ius singulare* puesto que se encontraba en contraste con aquella de validez general por la cual el Derecho Romano establecía la plena validez jurídica de las obligaciones libremente contraídas. De este modo, la glosa establecía con precisión a qué norma de derecho común (*tenor rationis*) se contraponía la disposición del Senadoconsulto Veleyano: «*quod est contra ius commune*»⁸⁸.

Otro ejemplo paradigmático de *ius singulare* en el que se puede ver claramente esta oposición a la norma común, es el privilegio general acordado a los menores sobre la validez de los actos cumplidos en un proceso por parte del pro-

85. c. 16, C. 25, q. 1.

86. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 324.

87. Asumiendo la identificación entre el *ius singulare* y el privilegio general que hacen los glosadores, los siguientes pasajes pueden resultar ilustrativos de lo que estoy queriendo expresar: SUMMA TRECENSIS, I, 17, *De rescriptis*, 22: «*quandoque privilegium continetur quod iuri communi contrarium est (alias enim non foret privilegium)*»; GODOFREDO DE TRANI, *Summa in titulos Decretalium, De privilegiis et excessibus privilegiatorum*, fol. 224: «*Privilegium est beneficium contra ius commune concessum*»; BERNARDO DE PARMA, *Summa super titulis decretalium, de privilegiis et excessibus privilegiatorum*, flo. 40 col. 1: «*Privilegium est beneficium contra ius commune indultum*» PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 325.

88. *Glo. Ius singulare. De legibus et senatoconsultis, ff., l. ius singulare* (D. 1, 3, 16): «*Pone exemplum (iuris singularis) propter communem utilitatem statutum est a senatoribus (...) mulieres intercedentes non teneri quod est contra ius commune*»; Todavía más explícito, ODOFREDO, *In Dig. Vet., de legibus et senatoconsultis, l. ius singulare*: «*ius singulare est quod ponitur aliquam utilitatem contra tenorem iuris introductum est (...) quasi dicat ius singulare cuius oppositum est ius commune*»; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 325.

curador nombrado pero sin la autorización del tutor, en el caso de que la decisión de la lite le fuera favorable. En estos casos, el derecho común establecía de modo general la revocabilidad de tales actos por falta de la correspondiente autorización del tutor. Sin embargo, por vía de excepción, para proteger a los menores (*utilitas*) se establece un derecho singular por el que se otorga validez a tales actos⁸⁹.

Así pues, las palabras *contra tenorem rationis* son entendidas por los glosadores, no como una contraposición ideal contra los principios inspiradores del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino más bien en el sentido de que el *tenor rationis* al que la norma de *ius singulare* se contrapone se debe identificar con leyes concretas de derecho común a las que se hace excepción.

2. La «*utilitas*»

Si bien, como venimos viendo, el método propio que utilizan los glosadores les lleva a no hacer un estudio sistemático de los elementos jurídicos del *ius singulare*, la noción de *utilitas* adquiere gran relieve en los estudios de estos juristas medievales, que la enmarcan dentro de la finalidad propia de toda ley, es decir, el bien común. En efecto, al inicio de la escolástica se despierta un gran interés, también por parte de los filósofos, por el estudio del fin ético de las leyes humanas, el cual a su vez vendrá a subrayar la relación entre *lex*, *utilitas*, y *honestas* que ya los juristas romanos clásicos habían insinuado⁹⁰.

En continuidad pues con esta tradición, se encuentra la doctrina jurídica medieval: «*lex est quantum ad finem attenditur bonitas vel utilitas*»⁹¹; y también, «*Positivae autem iustitiae illud est, quod ab hominibus institutum, ad utilitatem scilicet honestatem*»⁹². Así pues, se intentará también establecer una conexión entre la justicia divina y la justicia humana y la búsqueda de la *utilitas communis* que serán como sus reflejos: «*Quaeritur an iustitia Dei et iustitia humana vel saecularis sint controversiae? (...) Solutio. Nonnulla est charitas cum vindicta, quae secundum iustitia humana de fore sumitur, pro communi utilitate exercetur et ideo ad iustitiam Dei spectat*»⁹³. Por tanto, poco a poco se irá de-

89. *De procuratoribus*, C. l. non eo minus, casus Viviano (C. 2, 12, 14): «*Mulier, minor annis in causa quae habuit cum maiore, maritum suum procuratorem constituit tutore non auctore. Agit maritus et obtinuit: vult maior ut revocetur quod factum est a procuratore dato a mitiore sine tutoris auctoritate: an sit audiendus quaeritur? Et rn. quod non: quia favore eius introductum est s. ut lata sententia contra se non teneat s. in laesionem eius: sed si pro se, non retractetur*», PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 326.

90. Sobre este punto, ver PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, pp. 328-333.

91. *De legibus et praeceptis*, vat. Lat. 782, fo. 129 v.; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 331.

92. P. L. ABELARDO, 178, *Dialogus inter philosophum iudeum et christianum*, c. 1656; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 331.

93. P. L. UGO DE SAN VÍCTOR, 175, *Exegetica dubia. Allegorie in Novum Testamentum lib. VI*, c. 899; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 331.

sarrolando la doctrina del bien común que terminará fraguándose con SANTO TOMÁS DE AQUINO, el cual deja sentada esta relación directa entre la ley y el bien común en su famosa definición: «*lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*»⁹⁴. Muchas veces, de hecho, los glosadores hablan de *utilitas communis* o simplemente *utilitas* para referirse a la finalidad de bien común ínsita en toda norma. Lejos del modo de pensar medieval el que las leyes sean fruto del arbitrio del que dispone. La ley debe ser fruto de la razón y, por tanto, mirar a una utilidad práctica y de bien común que haga realizable el ideal de la justicia y la equidad. Con todo, SANTO TOMÁS también asienta un criterio que está a la base del *ius singulare*, y es el de la *flexibilidad* de que deben gozar las leyes. Dice así el doctor angélico: «la ley sabemos que se promulga atendiendo a lo que es bueno en la mayoría de los casos. Esos otros casos particulares en los que la aplicación no es buena tienen que ser declarados como no obligatorios por aquel a quien esto compete»⁹⁵. El aquinate no se refiere en este pasaje a la doctrina jurídica del *ius singulare* pero, sin embargo, se puede considerar que da con la razón de fondo para la creación de este tipo de normas por las que se procura atenuar el rigor de la generalidad de la ley, atendiendo a la utilidad concreta de quienes se encuentran en alguna circunstancia especial no alcanzada en aquella generalidad.

En el Decreto de GRACIANO encontramos recogida una doctrina antigua del bien común puesta en relación con la categoría romana de la *utilitas*. En efecto, para ilustrar la idea acerca de que el derecho positivo encuentra su razón de ser en la persecución de la utilidad común, GRACIANO cita fielmente a SAN ISIDORO DE SEVILLA que afirma: «*lex (...) nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta*»⁹⁶.

Pues bien, esta doctrina va decantando hasta que en los glosadores la noción de *utilitas*, que ha de perseguir una norma de *ius singulare*, llega a ser identificada como *utilitas communis*. Se entiende que esta noción de *utilitas communis* no se contradice con aquello de la *aliqua utilitas* de que hablaba PAULO, simplemente se quiere poner el acento en que –aun esa específica utilidad a la que atiende el derecho singular, para dar flexibilidad al derecho positivo que sale al encuentro de las necesidades singulares de un grupo de personas– aun así el *ius singulare* no debe nunca apartarse, para seguir siendo verdadera *lex*, de la noción de bien común y, por tanto, de la utilidad común. La Glosa lo afirma claramente con ocasión del conocido ejemplo del Senadoconsulto Velejano,

94. S. Th., I-II, q. 90, a. 4. Acerca de lo dicho más arriba sobre la relación entre *lex, utilitas et honestas*, Santo Tomás sintetiza esta doctrina citando a San Isidoro de Sevilla, el cual dice que «La ley ha de ser honesta, justa, posible»; S. Th., I-II, q. 95, art. 3.

95. S. Th., II-II, q. 88, a. 10: «*Quia, ut supra dictum est (I-II, q. 96, a. 2; q. 97, a. 4), lex ponitur respiciendo ad id quod est ut in pluribus bonum: sed quia contingit huiusmodi in aliquo casu non esse bonum, oportuit per aliquem determinari in illo particulari casu legem non esse servandam*».

96. D. 4, 2.

del cual se afirma que «*propter communem utilitatem statutum est a senatoribus (...) mulieres intercedentes non teneri, quod est contra ius commune*»⁹⁷. Con esto, pues, queda claro que también las normas de derecho singular se ven comprendidas por las exigencias de carácter social que constriñen a la ley a tener como finalidad la utilidad común, y no el mero arbitrio del que dispone. Y esta dimensión, que podríamos llamar dimensión social, del derecho singular, es considerada como esencial para los glosadores: «*lex est commune preceptum id est communi utilitati statutum*»⁹⁸. De aquí que se concluya en que para éstos, «la *utilitas* que estaba en la base de las normas positivas, no podía ser otra que la *utilitas communis*, y en particular en el caso de los canonistas, *utilitas communis* de la Iglesia. Así parece natural que su concepto fuese asociado a los principios de equidad y racionalidad, que en la época medieval constituían los criterios inspiradores de las reglas jurídicas»⁹⁹.

Concluimos pues que, en la doctrina de los juristas de Bolonia, la noción de *utilitas* viene indisolublemente ligada a la de bien común.

D. La interpretación analógica del «*ius singulare*»

Entramos en el último capítulo acerca de la doctrina del derecho singular tratada por los glosadores. Consideramos la polémica clásica, planteada ya en el Derecho Romano, acerca de la posibilidad de interpretación analógica de estas normas.

Haciendo una síntesis breve de esta problemática doctrinal, planteada en sede de los romanistas, tenemos que si bien algunos textos del Digesto parecen prohibir absolutamente la posibilidad de la interpretación analógica¹⁰⁰, en la práctica sin embargo, la jurisprudencia la aplicaba en muchos casos. Esta aparente contradicción encontraba diferentes vías de solución según los romanistas.

97. *Glo. Ius singulare, De legibus et senatoconsultis, ff., l. ius singulare* (D. 1, 3, 16); PIANO MORTARI, cit., p. 332.

98. *Glo. lex est, De legibus et senatoconsultis, ff., l. lex est* (D. 1, 3, 1); PIANO MORTARI, cit., p. 332.

99. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 333.

100. D. 1, 3, 15: «*In his quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*» (JULIANO); D. 1, 3, 14: «*Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*» (PAULO); D. 50, 17, 162: «*Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumento trahi*» (PAULO); D. 1, 3, 39: «*Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optendum est, in aliis similibus non optinet*» (CELSE); y por último, D. 1, 4, 1, 2: «*Plane ex his (constitutionibus) quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulsit vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur*» (ULPIANO). Este último texto de Ulpiano, como se ve, está dirigido expresamente a los actos jurídicos individuales, sin embargo, hay glosadores que lo utilizan, lo cual demuestra a las claras que la confusión nocional del derecho singular con el privilegio aún pervive.

AMBROSINO¹⁰¹, y otros¹⁰² aplicaban la prohibición recogida en las fuentes a la analogía, pero no a otras formas de interpretación extensiva. Otros como SAVIGNY¹⁰³, entendían que el Derecho Romano prohibía al *ius singulare* tanto la interpretación analógica como la extensiva. Sin embargo GUARINO¹⁰⁴, no tenía problemas en afirmar que la interpretación analógica es tan aplicable al derecho singular como cualquier otro método hermenéutico de las leyes.

Por último, ORESTANO trae una solución original en la línea de su tesis histórico evolutiva del *ius singulare*¹⁰⁵. En efecto, volviendo sobre lo dicho, para ORESTANO estas normas se caracterizan por ser una creación posterior a aquellas más generales que regulan la materia. Así pues, las reglas de derecho singular nacen con unos límites congénitos fijados por la *utilitas* que está en la base de su constitución, y este límite constituye una prohibición. Por tanto, las contravenciones a la prohibición del uso de la analogía en la interpretación de normas de *ius singulare*, recogidas por las fuentes clásicas, encuentran su plena aplicación. Lo contrario, supondría una violación de los límites dentro de los cuales surge la norma de derecho singular.

Esto a su vez hace comprender que el campo de acción del *ius singulare* se mueva dentro de los confines que le marca la *utilitas* con la cual se originó la norma. Una regla de derecho singular que contemplase en el momento en el cual nace la posibilidad de extenderse o aplicarse fuera de los límites de su *utilitas* originaria (para ORESTANO resulta indiferente que se trate de una interpretación extensiva o analógica), negaría implícitamente su naturaleza peculiar. Ahora bien, el problema de su aplicación práctica por parte de la jurisprudencia lo resolvía muy bien dentro de su esquema lógico. En efecto, afirma este autor que la *utilitas* era el elemento propulsor de la evolución jurídica del *ius singulare*. Esto le lleva a pensar que serán los nuevos impulsos de la *utilitas* los que provocarán la ampliación de los confines de la norma de *ius singulare*, y hasta tanto éstos no se hagan sentir, la norma se mantendrá circunscrita dentro de los límites dentro de los que nació.

Ahora bien –argumenta–, este proceso de ampliación de la norma, sólo aparentemente se presenta como fruto de una interpretación. Más bien –sostiene ORESTANO– este proceso «trae en sí mismo todos los elementos de una norma nueva»¹⁰⁶. En sustancia, el intérprete crea –junto a la norma existente y en la medida de su extensión–, una nueva norma, ya sea que extienda, ya sea que aplique por analogía. Si bien desde un aspecto formal el proceso de ampliación se presenta como una interpretación de la norma existente. Y entonces llegaba a la conclusión de que el problema de la analogía se traslada en realidad al de las fuentes, y que

101. Cf. AMBROSINO, cit., pp. 435 y ss.

102. Cf. FADDA y BENZA, *Note al Windscheid...*, IV, p. 39.

103. Cf. SAVIGNY, cit., I, p. 233.

104. GUARINO, *Il problema dogmatico...*, p. 10; IDEM, *L'Ordenamento giuridico...*, pp. 432-438.

105. Cf. ORESTANO, cit., pp. 504-513.

106. *Ibid.*, 508.

como admitía para el *ius singulare* todas las posibilidades de creación de las leyes, no veía problemas en que la jurisprudencia hubiese utilizado la analogía en casos de derecho singular, porque lo que en realidad estaba haciendo era crear normas nuevas. Esto lo ilustrará con un par de ejemplos: el caso del testamento militar¹⁰⁷, y el de algunas normas previstas para los menores. Todo esto, sin embargo, será diferente en el período justiniano, donde aparece la confusión entre el *privilegium* y el *ius singulare*, y donde la creación de las normas de *ius singulare* pertenece sólo al poder del emperador.

Hasta aquí, la problemática doctrinal planteada en sede de los romanistas. Qué sucede pues, con los glosadores de Bolonia. Para resolver esta pregunta hemos de recordar una vez más y en primer lugar, que estos juristas heredan la concepción justiniana del *ius singulare* y que, por tanto, la confusión nocional entre el privilegio y el derecho singular no termina de deshacerse. Si bien se muestran avances con la construcción doctrinal del privilegio general. Esa confusión es determinante para que admitan con toda sinceridad —a pesar de los ejemplos contrarios que encuentran en la jurisprudencia— que la analogía no es aplicable en el caso de las normas de *ius singulare*, lo cual implica que la tesis de ORESTANO no pueda ser aplicable enteramente a este período. Particularmente el texto de ULPIANO acerca de las *constitutiones personales*¹⁰⁸ constituirá un muro difícil de sortear desde sus categorías. Aún así, hacen un gran esfuerzo por dar cabida a la interpretación extensiva. Veamos.

En efecto, a pesar de estas dificultades, hacen un gran esfuerzo de hermenéutica jurídica. En tal sentido, como explica PIANO MORTARI en un artículo donde investiga con detalle esta problemática¹⁰⁹, el pensamiento de los glosadores distingue entre el procedimiento interpretativo dirigido a la individuación del significado lógico-jurídico de las normas, incluso mas allá de su dicción literal, del procedimiento verdadero y propio de ampliación del ámbito de aplicación de una norma, que constituye propiamente la interpretación analógica¹¹⁰.

Los comentadores distinguen con precisión entre *comprehensio legis* —que abarca lo que el pensamiento jurídico actual denomina interpretación estricta, como así también la amplia—, de la *extensio legis* que sólo comprende aquel procedimiento de interpretación que denominamos analógico¹¹¹.

107. D. 37, 13, 1.

108. D. 1, 4, 1, 2.

109. Cf. Vincenzo PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell' interpretazione del diritto nel secolo XVI*, I (Le Premesse), Giuffrè, Milán, 1956. Seguiremos mayormente su discurso en este apartado.

110. Cf. GODOFREDO DE TRANI, *Summa decretalium, de verborum significatione*, fo. 240 ss.; ENRIQUE DE SUSA, *Summa Aurea, de verborum significatione*, c. 1939 ss; *Glo. Verba* c. 11, C. XXII, q. V; *Glo. In verbis* y *Glo. sed in sensu*, c. 53, C. I, q. I.; ROGGERIO, *Summa Codicis*, I, 7, *De legibus et constitutionibus*, p. 14; PIACENTINO, *Summa Codicis*, I, p. 14, *De legibus et constitutionibus*, p. 16; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 342.

111. Cf. PIANO MORTARI, *Ricerche...*, pp. 63-130.

Pues bien, respecto de la *comprehensio legis*, los juristas de Bolonia la entienden como una operación lógica de la exégesis jurídica que procura comprender todos los significados implícitos en las palabras de las leyes¹¹², y como tal la consideran perfectamente aplicable al *ius singulare*, como a cualquier otro tipo de normas.

Por el contrario, la *extensio legis* es identificada por los glosadores al procedimiento hermenéutico *a similibus ad similia* (de analogía), y puesta en relación con pasajes del Digesto, uno de JULIANO y otro de ULPIANO —el de las *constitutiones personales* precisamente—, en los cuales precisamente se prohíbe este recurso interpretativo para el caso de estas normas¹¹³.

Por tanto, «queda fuera de discusión que también para los juristas boloñeses la única forma de interpretación excluida para el *ius singulare* fue la interpretación analógica»¹¹⁴. Ahora bien, quedando claro que esta prohibición —según asegura PIANO MORTARI¹¹⁵—, no implica la interpretación extensiva que, como hemos dicho, es distinta de la analogía y forma parte de la *comprehensio legis* de cualquier tipo de norma, y que por tanto es aplicable también al derecho singular.

Es importante detenerse un momento en la interpretación extensiva. Se ha dicho que la interpretación extensiva no modifica el contenido de una ley, sino que por el contrario, precisa su genuino valor integrando los inadecuados medios de expresión utilizados por el legislador, con su verdadera mente. De tal modo que negar la interpretación extensiva del *ius singulare*, implicaría negar al intérprete la posibilidad de clarificar la voluntad del legislador, o incluso obligarle a no tenerla en cuenta¹¹⁶. Todo lo cual iría en contraste evidente con el principio fundamental de la hermenéutica jurídica romana: «*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*»¹¹⁷, canon de cuya aplicabilidad al *ius singulare* AMBROSINO

112. En este sentido; ROGERIO, *Summa Codicis*, I, 7, *De legibus et constitutionibus*, 14: «*Causa interpretandi est dubitatio quae oritur ex lege, vel verbis legis tantum, vel ex verbis et sententia, vel cum quaeritur de auctoritate et potestate legis, vel si ius scriptum discedat ab equitate, vel quia verba iuris latius patent quam equitas; vel e converso, quia equitas latius patet quam ius scriptu (...). Et sic per interpretationem restringitur ius, quando latius patebat*»; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 343.

113. Cf. *Glo. Quod vero, De legibus et constitutionibus, ff., l. quod vero* (D. 1, 3, 14): «*Hanc vero continua cum duabus superioribus legibus* (sc. D. 1, 3, 12 y D. 1, 3, 13), *bene dico statutum esse de similibus ad similia*»; D. 1, 3, 12: «*non possunt omnes articuli singulatim comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifestata est, is qui iurisdictioni praest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*»; D. 1, 3, 13: «*Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri*»; *Glo. Suppleri, de legibus et senatusconsultis, ff., l. Nam ut ait Pedius* (D. 1, 3, 13): «*Suppleri procedendo de similibus ad similia*»; *Glo. non possunt, de legibus et senatusconsultis, ff., l. non possunt* (D. 1, 3, 12); tomados de PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 343.

114. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, 343.

115. Cf. *ibid.*

116. Cf. AMBROSINO, cit., p. 440.

117. D. 1, 3, 17: «*No consiste el entender las leyes en retener sus palabras, sino en comprender su fin y sus efectos*»; CELSO, *26 digestorum*. También agregábamos otro sabio adagio romano según

no ponía en duda, porque de otra manera se estaría ordenando al interprete aplicar las normas sin entenderlas y determinarlas en su justo valor.

Pues bien, este diáfano razonamiento es aún más evidente en los glosadores de la escuela de Bolonia, para los cuales tiene gran alcance. De hecho, como pone de manifiesto nuestro autor de referencia, en la Glosa de ACCURSIO este pensamiento es ilustrado precisamente con un ejemplo de su aplicación a una norma de derecho singular: el senadoconsulto Macedoniano¹¹⁸.

Los glosadores canonistas tuvieron una especial sensibilidad hacia este asunto. GODOFREDO dice lo siguiente al hablar precisamente de la interpretación de los privilegios: «*Plus tamen mentem attendere debemus, quam verba (...). Non enim semper verba sectari debemus (...) quia prior et potentior est mens, quam vox*»¹¹⁹. Incluso hablan explícitamente de interpretación extensiva en las normas de derecho singular: «*potius beneficium (sive privilegium) principis latissime interpretandum est*»¹²⁰.

No se debe olvidar la concepción general del derecho de que gozaban estos juristas, según la cual, en la base de todas las normas, también las de *ius singulare*, existe una presunción de racionalidad. El derecho todavía no estaba contaminado por la visión positivista según la cual las leyes nacen simplemente del poder —y por qué no del arbitrio— del que legisla, sino que encuentran en el fondo de cada una una razón de utilidad que las «justifica» y precisamente por eso las hace «justas» en la medida en que no se oponen a la ley de la razón. En efecto, en toda ley justa subyace algo de la ley de la razón.

A partir de estas premisas, que como queda dicho alcanzan gran desarrollo entre los grandes canonistas de la Edad Media, y teniendo en cuenta la contradicción señalada en la jurisprudencia romana y que la Glosa de ACURSIO no pasa por alto¹²¹, se descubre en los glosadores una cierta intención de superar la prohibición, absoluta y general, de aplicación de analogía en las normas de derecho singular¹²². Incluso entre los más tardíos se llega a sostener de manera explícita que la analogía es aplicable en relación a las normas de *ius singulare*, para los casos

el cual: «Las leyes, para respetar su voluntad, han de ser benignamente interpretadas»; D. 1, 3, 18; CELSO, 29 *digestorum*.

118. Así dice la Glosa: «*Ibi: tria attendes verba. Item sensum proprium qui ibi est qui dicitur vis. Item potestatem: quae est ut quandoque aliter sumantur dicta verba (...) item pone exemplum: ut infra ad Maced. l. i. (senadoconsulto Macedoniano) ubi dicit, quod mutua pecunia filiisfamilias non detur. Et ibi tria attendes, verba et vim, id est proprium sensum; et potestatem quae est ut verbum mutuum, etiam ad alios contractus in fraudem factos trahatur*»; (Glo. scire leges, de ligibus et senatusconsultis, ff., l. scire leges (D. 1, 3, 17); PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 344.

119. GODOFREDO DE TRANI, *Summa Decretalium, de privilegis et eccesibus privilegiatorum*, fo. 255f; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 344.

120. Glo. restringere, c. 32, X, V de verborum significatione, 40; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 344. Sobre la ambivalencia de los términos *ius singulare*, *privilegium* y *beneficium*, en las fuentes romanas de la edad postclásica, ver ORESTANO, cit., p. 437, nota 1.

121. Cf. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 346.

122. Cf. *ibid.*, p. 345.

en los cuales el objeto racional de las mismas fuese explícito y claro¹²³. Así lo manifiesta ODOFREDO (†1265), y su pensamiento lo seguirán luego los bartolistas¹²⁴.

Con todo, «en las obras de los glosadores no encontramos todavía nada que nos pueda hacer pensar verdaderamente en una real superación de la inaplicabilidad de la analogía»¹²⁵. Esto se debe, como habíamos adelantado, a la confusión del concepto de *ius singulare* con el de *privilegium* que los glosadores heredan del Derecho Romano postclásico¹²⁶. Se topan pues, con el mismo problema que los juristas de Justiniano no logran resolver, y que hemos visto cómo ORESTANO lo detecta y soluciona al proponer que la noción genuina de *ius singulare* en el Derecho Romano clásico nada tiene que ver con la noción de privilegio individual con la que se confunde en el Derecho Romano posclásico. Pues en efecto, si se confunde el *ius singulare* con un acto jurídico individual, resulta lógico que sea inaceptable su interpretación por analogía.

Tanto es así, que atinadamente se ha dicho que la analogía es aquel razonamiento cuya fuerza, y cuyos límites de validez dependen de la existencia de semejanza entre especies diversas. Por tanto, la lógica indica que la exclusión del procedimiento de la analogía sólo puede subsistir en el caso de una norma tal cuya razón suficiente no fuese repetible en ninguna otra situación¹²⁷. Así pues, en el caso del privilegio en cuanto acto jurídico individual, su naturaleza impide la aplicación de la analogía, en cuanto que subsiste una incompatibilidad lógica que a su vez es el reflejo de una insuperable dificultad práctica: en el caso de un acto individual, que se da precisamente en orden a la individualidad de las circunstancias del destinatario, no se verificará de ningún modo la presencia de casos similares, por tanto, no se presentará nunca una especie similar y, en consecuencia, no comparecerá la condición esencial para que exista la posibilidad de analogía¹²⁸.

La conclusión se nos presenta clara, y en línea con lo que en el capítulo anterior señalábamos que era la raíz del problema de la analogía en las normas de derecho singular: desde el momento en que el pensamiento jurídico mezcla los dos conceptos de *ius singulare* y *privilegium*, la regla hermenéutica establecida en el Digesto en relación a los actos individuales, necesariamente afecta también al *ius singulare*. Por tanto, mientras no se logre distinguir netamente ambos conceptos, de acuerdo con su significado original romano clásico, el problema de la analogía no tendrá solución en relación al *ius singulare*.

123. Cf. PIANO MORTARI, *Ricerche...*, pp. 162-163.

124. ODOFREDO, *In Dig. Vet., de legibus et senatusconsultis, l. quod vero: «In his quae contra iuris rationem introducta sunt non est producendum de similibus ad similia (...) nisi evidentior ratio esset in similibus (...)»*; PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 345.

125. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 346.

126. Cf. *ibid.*, pp. 346-348.

127. Cf. NORBERTO BOBBIO, *La analogia nella logica del diritto*, Turín 1938, pp. 170-171.

128. Cf. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium...*, p. 347.

IV. EL IUS SINGULARE EN LOS AUTORES MEDIOS Y MODERNOS

A. Una aproximación

A partir de los siglos XV o XVI, la biografía jurídica del *ius singulare* la habremos de rastrear entre los canonistas más importantes que han tratado del tema, que no son muchos, puesto que en el plano de las fuentes no se producen cambios significativos en el Derecho Canónico. De hecho, los autores más significativos que en el s. XX han estudiado nuestra materia, siguen esta línea histórica que, desde los decretistas y decretalistas llega hasta el derecho codificado, haciendo grandes «zancadas» entre los canonistas más conspicuos de los últimos cinco siglos¹²⁹.

En general, todos estos autores continúan la distinción de los privilegios creada por los glosadores entre los que son generales y especiales¹³⁰. La nomenclatura más común que utilizan para referirse a esta distinción será la de privilegio en sentido amplio y estricto (con que se refieren a los generales y especiales respectivamente y que da a entender que son de naturaleza diferente), o incluso, y sobre todo, al privilegio amplio se le llamará más comunmente con la expresión creada por el HOSTIENSE de *privilegia clausa in corpore iuris*, noción que más tarde el Código de 1917 hará propia bajo la fórmula *privilegia in codice contenta* (c. 71). Pienso que bajo estas diferentes denominaciones se puede descubrir la noción de *ius singulare* que late bajo la categoría de los privilegios *late sensu* con

129. Por ejemplo: Francisco X. WERNZ, *Ius Decretalium*, I (*Introductio in ius decretalium*), Libreria Giachetti, Prati 1913, § 157; DEL GIUDICE, especialmente las pp. 5-11, 20-28, y 28-36, donde trata más específicamente de las nociones amplia y estricta del privilegio; VAN HOVE, *Commentarium Lovaniense...*, §§ 61 y ss; Gommarus MICHIELS, *Normae Generales Juris Canonici*, II (*Commentarius libri I codicis juris canonici*), Desclée (editio altera), Parisiis-Tornaci-Romae, 1949, especialmente las pp. 484-488, donde elabora la noción histórica del privilegio desde el Derecho Romano hasta el Código de 1917. De este último hemos tomado la expresión «autores clásicos» (*auctores classici*) con que él denomina al período que media entre el final de los decretalistas y los comentadores más importantes del Código piobenedictino. También AISA GARÍN, en un anexo de su tesis que tuvo la amabilidad de hacerme llegar fotocopiado, y en el cual trata someramente acerca de los autores que se debería estudiar para obtener la noción canónica de *ius singulare*, abarca este período tratando diversos autores, desde SUÁREZ hasta los comentaristas más importantes.

130. En referencia a este punto, explica LABANDEIRA que durante todo este período, bajo la noción de privilegio se comprenden dos realidades distintas, que no siempre la doctrina supo distinguir: «de una parte están aquellas leyes singulares incluidas en el ordenamiento, denominadas *privilegia generalia* o *privilegia clausa in corpore iuris*, que atribuyen ciertas prerrogativas a un determinado género de personas. Lógicamente se trata de leyes materiales o formales, que en la clasificación hecha anteriormente denominábamos *ius singulare*. De otra parte están los privilegios concedidos por un acto singular de la autoridad, que tradicionalmente ha sido el rescripto, por el que se otorgan gracias o beneficios a alguna persona concreta. La doctrina los designa con el nombre de *privilegia extra corpus iuris* o privilegios privados. Pues bien —concluye LABANDEIRA con un toque de resignación—, durante mucho tiempo no se hizo esa distinción entre el privilegio general (una ley) y el privado o concreto, lo cual impedía resolver las cuestiones relativas a la esencia y a la naturaleza jurídica del privilegio»; Eduardo LABANDEIRA, *Tratado de Derecho Administrativo Canónico*, Eunsa, Pamplona 1988, pp. 469-470.

la denominación, como hemos dicho, de *privilegia clausa in corpore iuris*, los cuales son un verdadero *ius*.

En contraste con esta clase de privilegios, se encuentra el privilegio individual, es decir, el privilegio tomado *strictu sensu*, y que como tal tiene naturaleza de acto jurídico individual. Con todo, en el plano teórico algunos mantendrán la confusión entre el privilegio en sentido estricto y el *ius singulare*, ya que su caracterización como *lex privata* por GRACIANO, les mueve a caracterizarlos formalmente como una ley, y en este sentido se arrastrá la confusión justiniana con el *ius singulare*.

En resumen, y a mi modo de ver, se puede descubrir en la mayoría de estos autores clásicos la noción de *ius singulare* como cosa distinta del privilegio individual. En efecto, aplicando el inconstable adagio *operatum sequitur esse*, puede inducirse, a partir de los efectos que a cada categoría de privilegios se le reconocen, que en definitiva con el privilegio *late sensu* se están refiriendo al *ius singulare* de PAULO, y con el *stricte sensu* al privilegio individual clásico. En este sentido coincido con AÍSA GARÍN en que se puede «intuir» en los canonistas de estos siglos, una noción de *ius singulare* que ellos mismos pretenden explicar recurriendo a la famosa definición de PAULO¹³¹. Con esto quiero decir que, estudiando los privilegios a partir de los efectos jurídicos que de ellos se hacen derivar –haciendo inducción de éstos–, podremos distinguir una contraposición definida entre el privilegio individual, cuya naturaleza y efectos son los propios de un acto jurídico individual, y los privilegios *late sensu*, que en todo se acomodan a la naturaleza y efectos de la ley. Veamos cómo sucede esto.

B. *Privilegios 'stricto sensu' y privilegios 'clausa in corpore iura'*

1. Siglo XVI

Un ejemplo paradigmático de lo que acabo de señalar lo constituye SUÁREZ (1548-1617), quien ocupa el primer puesto de toda esta cadena de grandes juristas que estudiaremos a continuación.

El «*doctor eximius*» si bien dedica un libro entero a tratar sobre los privilegios dentro del *De Legibus*, a juicio de AÍSA «sería exacto decir que en sus tratados no habla del *ius singulare*»¹³². Si bien no coincido del todo con esta afirmación, admito que es verdad que la voz *ius singulare* como tal no la he encontrado en ninguno de los libros que componen el «Tratado de las leyes y de Dios Legislador» del jurista, filósofo y teólogo de Salamanca. Digo sin embargo, que no coincido del todo con el juicio que formula AÍSA, porque me he encontrado con un pasaje de

131. Cf. AÍSA GARÍN, Anexo (inérito).

132. Cf. *ibid.*

SUÁREZ en el que éste distingue los privilegios escritos según estén «incorporados en el derecho común» o «esparcidos en instrumentos fuera del derecho como las bulas privadas o códigos»¹³³, del que se puede inducir una referencia al derecho singular. En efecto, puede fácilmente leerse debajo de esta distinción de SUÁREZ, aquella que los glosadores hacían entre los privilegios *late sensu* que se encuentran *clausa in corpore iuris*, y aquellos tomados *stricte sensu*. El problema viene luego, cuando acto seguido de realizar tal diferenciación afirma que entre estos privilegios «por lo que se refiere a la sustancia y efecto, en realidad y ante Dios no hay diferencia, ya porque en ambos hay la misma voluntad y potestad del Pontífice (...); ya también, porque (...), la escritura no es de sustancia del privilegio, y mucho menos lo será, pues, que la escritura esté contenida en tal o en tal libro»¹³⁴.

De acuerdo con estas palabras, en el plano teórico SUÁREZ estaría identificando el privilegio individual con aquel del que se dice que es *ius singulare*. Sin embargo, a la hora de deducir los efectos que se derivan de cada uno, se encuentra una clara distinción entre ambos tipos de privilegios. En efecto, afirma que «no obstante, en cuanto a algunos efectos humanos y morales podrá haber entre estos privilegios gran diferencia»¹³⁵. Una vez hecha esta trascendental afirmación –por lo que respecta a nuestro tema–, pasa a enumerar las diferencias de ambas clases de privilegios: «Primero, en cuanto a la razón de la ley y a la obligación de ella, porque los privilegios insertos en el derecho común, por lo mismo son suficientemente promulgados, y de suyo obligan a todos a la observancia de ellos; mas los privilegios contenidos en escritura privada no suelen ser promulgados en especial, de modo que pueden fácilmente ser ignorados o ser puestos en duda. Segundo, en cuanto a la firmeza y permanencia, pues aquellos privilegios que son insertos en el derecho común, son más difícilmente revocados y necesitan cláusulas especiales para ser abrogados por disposición del mismo derecho común...»¹³⁶.

Es decir, que lo que en teoría se identificaba, en la práctica ya no se identifica tanto. Y si somos consecuentes con el principio metafísico según el cual *operatur sequitur esse*, hemos de admitir en esta distinción que hace SUÁREZ una diferenciación de naturalezas.

Vemos pues que SUÁREZ constituye un ejemplo paradigmático de lo que antes proponíamos: que en el plano teórico identifican el *ius singulare* y el privilegio, pero sin embargo, en el plano de los efectos prácticos los distinguen netamente, contribuyendo de este modo, a perpetuar una noción de *ius singulare* escondida bajo la nomenclatura del privilegio.

133. FRANCISCO SUÁREZ, *Tratado de las leyes y de Dios Legislador*, libro VIII, capítulo 7, número 2. Versión española de JAIME TORRUBIANO RIPOLL, Reus, Madrid 1919. Utilizaré en adelante el modo abreviado usual de citar, siguiendo en este orden, el libro –en números romanos–, y luego el capítulo y el número en arábigos.

134. *Ibid.*

135. *Ibid.*

136. *Ibid.*

No dice mucho más SUÁREZ sobre este particular. Sin embargo, esto nos basta para concluir que, si bien SUÁREZ no hace ninguna referencia expresa al *ius singulare* de PAULO, tampoco lo desconoce del todo, puesto que en lo que llama «privilegios insertos en el derecho común» bien se puede leer la categoría de *privilegia clausa in corpore iuris*, la cual, en contraste con el privilegio tomado en cuanto acto jurídico individual, decíamos que reúne las características del *ius singulare* romano clásico.

Algo más se puede decir sobre la noción de privilegio en SUÁREZ, y en apoyo de lo que acabamos de afirmar. Causa gran satisfacción, en referencia a lo que acabamos de decir acerca de que el *doctor eximius* sí trata del *ius singulare*, haber encontrado que ya en el siglo XX, en el libro *La abadesa de las Huelgas*, de SAN JOSEMARÍA ESCRIVÁ, se descende —aunque tangencialmente— sobre nuestro problema. Y estudiando el delicado problema del título jurisdiccional en la dicha abadesa, se examina la relación entre costumbre y privilegio, para concluir con SUÁREZ que en determinadas circunstancias la costumbre también es fuente de privilegio. Y agrega, «nos referimos aquí al privilegio en su sentido estricto de *ius singulare*»¹³⁷. Esta referencia al privilegio en su sentido estricto, no hay que tomarla como si fuera referencia al privilegio en cuanto acto jurídico individual, sino al privilegio *contra ius*, que a juicio de SUÁREZ —y veremos que otros a lo largo de los siglos seguirán su estela en este punto—, es el verdadero privilegio¹³⁸. Por otra parte, es evidente que al admitir que la costumbre sea fuente de esta clase de privilegios, únicamente se puede estar refiriendo a los que son *ius singulare* —como indica SAN JOSEMARÍA—, puesto que éstos ya hemos dicho que pueden ser originados por la costumbre. Por el contrario es universalmente admitido que un acto jurídico individual, no puede ser producido por la costumbre.

2. Siglo XVII

En línea con SUÁREZ, se puede ubicar a REIFFENSTUEL que, como es reconocido por DEL GIUDICE, es uno de los canonistas del s. XVII más seguido¹³⁹. Dicho autor, escribe su famosa obra *Ius canonicum universum* en el año 1700. Allí deja escrito un pasaje característico sobre el tema de los privilegios que delata que esta confusión doctrinal entre el privilegio y el *ius singulare*, originada en el derecho de Justiniano, sigue vigente en el plano teórico, y en realidad se arrastrará a lo largo de los siglos. Dice así el dicho pasaje:

«Privilegium varia habet nomina in iure, quae quasi sinonima sunt: quandoque enim etiam vocatur ius singulare, (...) indulgentia, (...) exceptio, specialis largitas et

137. SAN JOSEMARÍA ESCRIVÁ, *La abadesa de las huelgas*, ed. Luz, Madrid 1944, p. 320, nota 60.

138. Cf. SUÁREZ, Lib. VIII, 7, 5-6.

139. DEL GIUDICE, cit., 9-10.

praerogativa, (...) concessio, (...) constitutio personalis, (...) lex propria, (...) rescriptum, diploma, indultum, favor, gratia, immunitas, etc.»¹⁴⁰.

Pues bien, al tratar como sinónimos el privilegio y el derecho singular, etc., es evidente que en el plano doctrinal identifica ambas nociones. Sin embargo, otra vez la distinción aparecerá en el plano de los efectos prácticos, ya que este autor admite la existencia de los *privilegia clausa in corpore iuris* con las siguientes características:

«*Privilegium clausum in corpore iuris dicitur quod, certis rebus vel personis concessum contra vel praeter alias leges, corpori iuris communis insertum est: ut sunt quam plura privilegia ecclesiarum ac personarum ecclesiasticarum, pupillorum, studiosorum, militum ac huiusmodi quae passim habentur in utroque iure*»¹⁴¹.

He resaltado el hecho de que a los *privilegia clausa* los ponga en relación con *alias leges*, porque deja implícito que está tratando de esta categoría de privilegios como si de una verdadera ley se tratasen —y de verdad lo son—. Por otra parte, quiero subrayar también que amplía la categoría de privilegio *verdadero* de SUÁREZ, al considerarlos así no sólo a los que son *contra legem*, sino también, como se puede leer en el pasaje citado, a los *praeter legem*. En adelante los autores se dividirán en este punto entre los que siguen la línea de SUÁREZ, y los que continúan el pensamiento de REIFFENSTUEL.

A caballo entre los siglos XVII y XVIII, nos encontramos con otro encumbrado jurista, también muy seguido por la canonística en general. Se trata de SCHMALZGRUEBER (1663-1735). Escribe, como es sabido, una obra clásica del Derecho Canónico. Se trata del *Ius Ecclesiasticum universum*, el cual probablemente tuvo su primera edición en Ingolstadt (Alemania), en 1712-18. Pues bien, la orientación de esta obra encuentra mayormente su inspiración en REIFFENSTUEL, lo cual nos permite adelantar que continuará en gran medida su misma línea, si bien con ulteriores desarrollos.

En primer lugar, al hablar de los privilegios distingue entre aquellos que son «*datum per rescriptum speciale*» y aquellos «*clausum in corpore iuris communis*»¹⁴², y cita como ejemplos de éstos a los que son dados a las iglesias y a los eclesiásticos. Esta distinción, al destacar los privilegios dados *per rescriptum*, manifiesta una gran finura jurídica, a la vez que se adelanta en el tiempo, puesto que faltaban siglos para que con el advenimiento de la doctrina del derecho ad-

140. Anacleto REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, V, Sumptibus Societatis, Antuerpiae, 1755, § 33, 1, 6. Las cursivas son nuestras.

141. *Ibid.*, § 10.

142. Franz SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, ex Typographia Rev. Cam. Apostolicae, Romae 1845, XII (Pars III), tit. 33, § 54.

ministrativo, se pudiese llegarse a lo mismo, y ya en el siglo XX, con palabras similares por LABANDEIRA.

Sin embargo, entiendo que también entra en confusión puesto que afirma que «*neque obstat quod privilegium [clausa] sit lex privata*» —expresión que, como vimos, SAN ISIDORO DE SEVILLA, y luego GRACIANO y otros en adelante, utilizan para calificar el privilegio individual—, «*et propterea distinguatur a lege communi, quod haec pro omnibus lata sit, cum privilegio certarum solum personarum favorem respiciat*»¹⁴³. Así pues, una vez más se confirma que lo que en el plano teórico se confunde, en la práctica se distingue, ya que se admite que unos son ley en sentido estricto —por tanto *ius singulare*—, y otros por el contrario —los *datum per rescriptum*—, no pasan de ser actos jurídicos individuales.

En tal sentido, al enumerar las diferencias prácticas entre ambos tipos de privilegios dirá que aquellos que son *clausa in corpore iuris*, se presumen conocidos por el juez¹⁴⁴, son perpetuos, reciben una interpretación amplia, e incluso a veces se admite la analogía «*sicut ipsae leges communes*»¹⁴⁵; mientras que los otros, no se presumen conocidos, en su mayor parte son temporales y de interpretación estricta, y no van más allá de las personas a las que son concedidos¹⁴⁶.

A pesar de todo, no encuentra más explicación a esta distinción que el decir que a veces es bastante útil (*sed aliquando etiam valde utile est*) que así sea, para que de este modo el privilegio sea conocido por todos, y los privilegiados no sean privados de su disfrute¹⁴⁷.

Por último, dentro de los privilegios *clausa in corpore iuris* SCHMALZGRUEBER hará una ulterior clasificación entre aquellos que son *contra ius*, por los cuales se deroga el derecho común tal como sucede con la exención de pagar diezmos, de someterse a la justicia ordinaria, etc.; y aquellos que son *ultra vel praeter ius* por los cuales se conceden favores especiales no expresados en el derecho, de los cuales pone como ejemplos, la potestad de absolver pecados reservados, de dispensar, etc.¹⁴⁸. Al contrario que REIFFENSTUEL, pero retomando el pensamiento de SUÁREZ, estos últimos no los considera privilegios en sentido estricto, «*sed potius dicitur beneficium principis, seu gratia ab isto concessa praeter jus*»¹⁴⁹. Por el contrario, a los privilegios que son *contra ius*, resulta muy útil resaltar que les llama «*ius singulare* —y aclara— (*quo nomine intelligatur privilegium*)»¹⁵⁰, y cita la consabida definición de PAULO (D. 1, 3, 16).

143. *Ibid.*

144. Cf. *ibid.*, § 55.

145. Cf. *ibid.*, § 56.

146. Cf. *ibid.*

147. Cf. *ibid.*, § 54: «*hoc enim nihil impedit, quo minus lege communi contineatur, sed aliquando etiam valde utile est, ut sic ejusmodi privilegium sciatur ab omnibus, et privilegiati ab ejus usu non impediuntur*».

148. Cf. *ibid.*, § 57.

149. *Ibid.*, § 58.

150. *Ibid.*

La distinción última que hace, no es superflua, puesto que para los beneficios *praeter ius* admite la interpretación amplia, mientras que para el *ius singulare* no. Veremos que con el pasar del tiempo, se retomará este debate.

3. Siglo XVIII

Entre el s. XVIII, y comienzos del s. XIX, merece especial atención ZALLINGER (1735-1813), que escribe su *Institutiones juris ecclesiastici*. Quizás sea este autor el primero de los grandes canonistas que atisba una distinción, también en el plano teórico, entre el *ius singulare* y el *privilegium*. Detrás de su doctrina se alinearán también otros autores¹⁵¹.

Este autor parte de la distinción entre los privilegios tomados en sentido estricto, y los que lo son sólo en sentido amplio. De este modo, «dió un nuevo paso al excluir del concepto de privilegio propiamente dicho los *privilegia clausa in corpore iuris*, concedidos por ley a determinados órdenes de personas, que son verdaderas leyes y que sólo impropriadamente podrían llamarse privilegios»¹⁵². Marcada con claridad esta distinción, dentro de los privilegios amplios, ubica la noción de *ius singulare*, y respecto a los privilegios en sentido estricto, dice que se distinguen por ser concedidos a una persona o cosa determinadas¹⁵³. Recoge la categoría de los *privilegia clausa in corpore iuris*, de los que dice que: «*fere sunt beneficia legis tum generalia, seu restitutionem in integrum, inventarii, ordinis, divisionis; tum specialia, concessa certis hominum classibus, seu mulieribus, academicis, etc., quae iura singularia potius sum, quam privilegia*»¹⁵⁴.

Puede por tanto destacarse que ZALLINGER comienza a distinguir con mayor claridad, también en el plano teórico, que los privilegios en sentido estricto tienen una naturaleza jurídica diferente de aquellos que son *clausa in corpore iuris*, los cuales son verdaderas leyes a las que corresponde la denominación de *ius singulare*, y que no se deben confundir con el privilegio individual: *quae iura singularia potius sum, quam privilegia*¹⁵⁵. No va más allá su precisión, ni tampoco estudia

151. Por ejemplo, Johann Friedrich SCHULTE, *Das katholische Kirchenrecht*, I, Giessen 1860, pp. 141 y ss.; Paul HINSCHIUS, *System des katholische Kirchentrecht*, III, Berlín 1883, pp. 805 y ss.; Agustín SCHERER, *Handbuch des kirchenrecht*, I, Graz 1886, p. 165; y, por último, Simon AICHNER, *Compendium juris ecclesiastici*, Wegerianis (editio octava), Brixina 1895, § 211. Autores anteriores a Zallinger que se deben tener en cuenta son Ludovico ENGEL, *Collegium universi Juris Canonici*, typographia Balleoniana, Venetiis 1742, § 2; Petrus LEURENIUS, *Ius canonicum universum*, Venetiis 1720, § 432.

152. LABANDEIRA, *Tratado...*, pp. 470-471.

153. Jacobus A. ZALLINGER, *Institutiones juris ecclesiastici*, Romae 1823, Lib. V., Tit. 32-33, § 262.

154. *Ibid.*, § 265.

155. Un antecedente al respecto, puede deducirse de un autor del s. XVI que escribe lo siguiente: «*Nota quod privilegium in corpore iuris clausum non est proprie privilegium, quoniam non fertur*

los efectos que el *ius singulare* acarrea. Sin embargo, es relevante que, al tratar de la interpretación de los privilegios en general, vuelva a distinguir entre aquellos que son *clausa in corpore iuris*, de los que admite que «*latae interpretationis sunt*», del resto: «*extra hos casus strictae interpretationis sunt privilegia*»¹⁵⁶.

4. Siglo XIX

Ya casi finalizado el s. XIX, aparecerán dos autores muy importantes. Uno de ellos es Simon AICHNER que, en gran medida, se inspira en el pensamiento de ZALLINGER. Este autor refiere que en las decretales el privilegio «*nunc latius, nunc strictius sumitur*»¹⁵⁷. De los primeros define que «*pro certo genere personarum vel causarum singulariter constitutae sunt*»¹⁵⁸, y pone como ejemplo los privilegios de los clérigos, de los cardenales, así como también los favores concedidos a los menores y a los académicos incorporados en el derecho. Por el contrario, a los segundos los distingue como aquellos por los cuales «*vero accipitur privilegium pro exceptione individuali, singulis personis, locis, institutis ex superioris benevolentia imperita*»¹⁵⁹.

Así pues, distingue las clases de privilegios en razón de la categoría de destinatarios a que se refieren. En efecto, unos son generales, y los otros, los cuales *vero accipitur* privilegio, no son más que *exceptione individuali*. Pero da un paso más, y en este sentido considero que este autor es todavía más claro que ZALLINGER, ya que afina aún más su terminología. Hace una apreciación muy importante al afirmar que incluso en el plano teórico el privilegio amplio no pertenece al género de los privilegios, sino más bien a la categoría del *ius singulare* y que, por el contrario, las excepciones individuales *vero generis privilegia sunt*. Copio sus palabras, que en su brevedad, son por demás elocuentes:

«Differentia utriusque [entre la noción amplia y estricta de privilegio] in eo sita est, quod prioris generis gratiae potius leges singulares –*ius singulare*– sunt, quam privilegia, partemque efficiunt juris communis; posterioris vero generis privilegia sunt, exceptiones a regula juris communis, quae in ratione legis haud fundatur, et ad jus particulare in sensu strictissimo pertinent. In haec ergo privilegia proprie cadit nomen leges privatae vel leges privatorum, prout privilegia solent nuncupari»¹⁶⁰.

in privato (...). Et propterea dicimus quod si aliqua lex vel statutum derogat privilegiis, non videtur derogare privilegiis in corpore iuris clausis»; Ioannes Antonius a SANCTO GEORGIO, In Decretum commentaria, Venetiis 1579, ad distinctionem 3, c. 4. Tomado de VAN HOVE, Commentarium Lovaniense..., § 63.

156. *Ibid.*, § 269.

157. AICHNER, *Compendium juris ecclesiastici...*, § 211.

158. *Ibid.*

159. *Ibid.*

160. *Ibid.*

No avanza más, y uno se queda con ganas de que comience a definir las características del *ius singulare* en cuanto tal, pero allí lo deja y continúa con los privilegios. Con todo, pienso que realiza un gran aporte doctrinal en aras de retomar la noción genuina de derecho singular. En este sentido, estimo que AICHNER merece ser considerado un precursor, en el ámbito del Derecho Canónico, de la recuperación del *ius singulare* romano clásico.

Casi contemporáneamente con AICHNER, escribe el card. D'ANNIBALE su *Summula theologiae moralis*. Aún siendo teólogo y no canonista, es uno de los autores que mejor han tratado la cuestión y, en adelante, será de los más citados. Realiza un gran esfuerzo por continuar la brecha abierta por AICHNER, aportando claridad de ideas en orden a distinguir las nociones de *privilegium* y *ius singulare*. Además realiza el desarrollo ulterior de estudiar el *ius singulare* como categoría jurídica *a se*, que notábamos en falta en AICHNER.

Para empezar, es significativa la ubicación sistemática dentro de su tratado del estudio sobre el *ius singulare*. En efecto, no lo sitúa en la clasificación de los privilegios, como veíamos que es común hacer desde los glosadores en adelante, sino en el capítulo III, dentro de las normas *quae recedunt a iure communi*. Precisamente en este capítulo, el artículo I lo dedica a *de iuribus singularibus*.

Comienza explicando el fundamento de estas normas, situándolo en la doctrina de SANTO TOMÁS¹⁶¹. Así pues explica que la ley es un precepto común, y por tanto obliga a todos. Sin embargo, aclara a continuación, que no todos los órdenes o grupos de personas se encuentran en la misma condición, y por este motivo, no es justo tratar a todos legalmente por igual¹⁶². De aquí que, en favor de aquellos «(*ordinum, coetum*), *iura quaedam singularia constituta sunt*»; mientras que, por el contrario, «*singulis hominibus interdum privilegia, interdum dispensationes conceduntur*», y además aclara «*quae duo per rescripta concedi solent*»¹⁶³. Acto seguido remarca la diferencia: «*quare de iuribus singularibus, primum; tum de privilegiis, de dispensationibus, et de rescriptis, sed paucis, hic*»¹⁶⁴.

Queda clara, por tanto, la distinción de ambas nociones. Una vez hecha esta distinción —entre *ius singulare* y el *privilegium*—, pasa a estudiar la naturaleza y efectos de la primera categoría. Lo hace magistralmente, ya que retoma incontaminada la noción genuina de *ius singulare* tal como la conociera el Derecho Romano clásico. En efecto, en términos casi idénticos a los de PAULO, refiere lo siguiente:

«*Ius singulare est: quod contra vel praeter communem legem, certo personarum generi constituta sunt*»¹⁶⁵.

161. Cf. *supra*, Cap. II, § 3, C-2.

162. Cf. S.Th., II-II, q. 88, a. 10.

163. Iosepho D'ANNIBALE, *Summula Theologiae Moralis*, I (Prolegomena), Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, 4^o ed. Romae 1896, § 217.

164. *Ibid.*

165. *Ibid.*, § 218.

Vemos que no es exactamente la definición que utiliza PAULO, sino que más bien pareciera que la utiliza glosándola, al mismo tiempo que extiende el campo de acción del *ius singulare*, igual que REIFFENSTUEL, a las normas *praeter ius*. Luego, en nota al pie de su definición hace una aclaración muy interesante:

«Et a canonistis vulgo dicitur *privilegium clausum in corpore iuris*. Est igitur pars iuris, ideoque attingit omnes subditos; ceu sunt omnia privilegia concessa clericis, minoribus, etc. Quae igitur non omnes alicuius generis, ordinis, coetum attingunt, sed personas singulas, licet personas morales sint, extra corpore iuris, privilegia esse tenendum est»¹⁶⁶.

Realmente es sorprendente la finura jurídica con que este teólogo distingue el derecho singular de los privilegios. En primer lugar, se encarga de aclarar que lo que el llama *ius singulare*, los canonistas vulgarmente lo llaman *privilegia clausa in corpore iuris* (dando elegantemente a entender, aunque sin decirlo, que confunden el privilegio con el *ius singulare*). Luego todavía va más allá y define someramente las características de cada uno. Del *ius singulare* menciona que es parte del derecho, y que por ser tal, atañe en abstracto a ciertas categorías de personas como los clérigos, los menores, etc. Y luego, del privilegio subraya el que son dados individualmente, incluso cuando se trata de personas jurídicas —aclara con sutileza—, que aún siendo una colectividad de personas, son alcanzadas de un modo determinado, y no abstracto.

Retomando las palabras con las que define el *ius singulare*, deduce los efectos jurídicos que del mismo se derivan, y que lo diferencian claramente del privilegio. Aquí, en el fondo, repite por deducción, lo que otros antes sólo se habían atrevido a decir por inducción:

«Ex quo patet, iura singularia lege dumtaxat constitui, vel consuetudine introduci posse; et non singulis personis, sed certo dumtaxat personarum generi, idest ordini, vel coetui, posse decerni. Proinde sunt instar legum; atque ideo, prout leges indigent promulgatione; sed non acceptione, immo nec scientia eorum quibus concessa fuerint, ut hi valide eis uti possint. Certum, iura singularia non personis tantum, sed et rebus, favore personarum, constitui solent»¹⁶⁷.

Así pues, en el mismo sentido que lo hacía el Derecho Romano clásico, deduce que el derecho singular puede ser creado por ley o por costumbre; que por ser semejante a las leyes, requiere promulgación, no así aceptación; y que, por tanto, tampoco es necesario que sea conocido por aquellos para quienes ha sido dado, para que válidamente puedan gozar de ellos, etc. Aclara que las cosas también

166. *Ibid.*

167. *Ibid.* He subrayado de intento el *proinde sunt instar legum* con que se refiere al derecho singular.

pueden ser sujeto pasivo de derecho singular, pero siempre en favor de las personas. Y todavía enumerará más diferencias:

«Ius singulare, seu privilegium clausum in corpore iuris, prout lex, perpetuum est. Nihilominus cessat, prout lex, abrogatione eius expressa, vel tacita. Praeterea personalia et mixta cessant in re presenti, idest in singulis casibus, renuntiatione eius cuius favore introducta sunt; *unicuique enim licet iuri pro se introducto renunciare*. Nihilominus renunciari non potest privilegiis quae vel aliorum causa, vel dignitati ordinis, coetus, constituta sunt: et perperam renunciatur his quae tributa sunt imbecillitati personarum, quamdiu haec duravit; quae mihi verior sententia est. Ad haec, personalia, extincta persona; realia, re extincta, extinguntur; mixta ad heredes transeunt»¹⁶⁸.

Respecto de la interpretación, afirma que al derecho singular se le aplican las mismas reglas que a las leyes en general:

«Iura singularia recipiunt interpretationem declarativam, prout leges cetere; idest, faborabilia latam, odiosa strictam: exceptis his quae constituta sunt publicae utilitatis, et maxime religionis causa. Item et restrictivam. At non extensivam; quae longe communior et vera prorsus sententia est»¹⁶⁹.

Entiendo que las últimas palabras se refieren a la prohibición de la analogía respecto al *ius singulare*, que recoge el Digesto. Esto también nos confirma en la tesis de que D'ANNIBALE ha entendido muy bien la estructura jurídica del *ius singulare* romano clásico. Y si bien no cuenta con la construcción hermenéutica posterior a él, desarrollada en el ámbito de la romanística por ORESTANO, admite sin embargo que al *ius singulare* se le puede aplicar una interpretación amplia en algunos casos, como al resto de las leyes.

Así pues, recapitulando, vemos que D'ANNIBALE deduce de la naturaleza del *ius singulare* en cuanto verdadero *ius* y en contraste con el privilegio, las siguientes características jurídicas:

- Puede ser creado por ley o por costumbre;
- Tiene un destinatario general y abstracto;
- Necesita promulgación (en el caso de ser establecido por ley, claro está);
- No requiere aceptación, y ni siquiera el conocimiento de su destinatario, para que éste pueda disfrutar de él;
- Se presume perpetuo, y en cuanto tal susceptible de ser transmitido por herencia;
- Y merece la misma interpretación que el resto de las leyes, si bien, también se le aplica la prohibición de la extensión por analogía.

168. *Ibid.*, § 221.

169. *Ibid.* § 220.

Luego de todas estas precisiones tan concretas, se entiende que se queje sorprendido al ver que algunos confunden el privilegio con el derecho singular. Así pues, con un sesgo de resignación, afirma lo siguiente:

«Plerique ex Nostris permiscent iura singularia cum privilegiis proprie dictis; haec interdum cum dispensationibus confundunt: et vix incredibile est, quanta ex hac confusione orta sit sententiarum varietas»¹⁷⁰.

Queda claro pues, que en el pensamiento de D'ANNIBALE no son lo mismo el *ius singulare* y el *privilegium*, ni el resto de los actos jurídicos individuales que se dan como excepción al derecho común: ni en cuanto a su naturaleza se refiere, ni menos aún, respecto a los efectos jurídicos que conllevan. Me parece por tanto que, en medio de toda esta confusión doctrinal que acerca del *ius singulare* venimos dando cuenta, el pensamiento de D'Annibale sobresale por su clarividencia.

5. Siglo XX, antes de la codificación

Ya en el s. XX, y antes de la codificación de 1917, encontramos dos autores que tratan del derecho singular. El primero es LOMBARDI, que escribe sus *Institutiones* nada más comenzar el siglo. Retoma las categorías amplia y estricta del privilegio para referirse a aquellos que son generales e indeterminados, o individuales y determinados, respectivamente¹⁷¹. Acto seguido, al hablar de los privilegios *improprie dicte*, se corrige y dice que no son propiamente privilegios, y esto puesto que *non aliud sunt quam vere et proprie dicte leges* por las cuales el legislador, teniendo ante su mirada más a una razón de utilidad y equidad que el rigor del derecho, establece algo en favor de ciertas categorías de personas¹⁷². De lo cual pasa a decir que son más bien beneficios de la ley que, puesto que afectan a todos los que se encuentran en una cierta categoría de personas, necesitan

170. D'ANNIBALE, § 218, nota 3. MICHIELS; cf. IDEM, *Normae Generales...*, p. 488, nota 12, retomando estas palabras de queja pone como ejemplo de aquellas *sententiarum varietas* a las que se refiere D'ANNIBALE, las siguientes: en primer lugar cuando admiten que el privilegio puede también ser llamado dispensa «*quae per modum legis privatae conceditur ad operandum ordinarie, et stabiliter contra aliquod ius commune...*»; SUÁREZ, *De Legibus*, VIII, 2, 10; y también la famosa de REIFFENSTUEL, V, 33, 3 a la que hicimos referencia en su momento: «*privilegium varia habet nomina in iure, quae quasi synonyma sunt: quandoque enim vocatur ius singulare..., indulgentia..., exceptio..., concessio..., constitutio personalis..., lex propria..., rescriptum..., indultum...*».

171. CAROLUS LOMBARDI, *Institutiones iuris canonici privati*, I, Desclée (ed. 2ª), Romae 1901, pp. 85-86.

172. *Ibid.*, p. 90.

promulgación, y no exigen aceptación¹⁷³. Y por fin, precisando más deduce que no son sino una cierta especie de derechos singulares, «*quod (ut tradidit Paulo) contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem, auctoritate constituentium introductum est*»¹⁷⁴.

Al hablar de la interpretación que estas normas merecen, es coherente con su pensamiento, puesto que los dichos impropriamente privilegios, al tratarse mas bien de verdaderas leyes –y al menos muy frecuentemente de derechos singulares, aclara–, arguye que deben observarse las mismas reglas de interpretación que para las de su género, es decir, las leyes. Sin embargo, explica también que estas reglas deben ser atemperadas cuando las normas revistan naturaleza de *ius singulare*, puesto que «*nequeunt similibus casuibus per analogiam aptari, prout docet Paulus: quod vero contra tenorem rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*»¹⁷⁵.

Su pensamiento es claro, y en línea con el que venían expresando AICHNER y D'ANNIBALE. Con todo, parece confusa la relación que establece entre los privilegios *impropie dicte* y el *ius singulare*, de los cuales dice que no son exactamente lo mismo, pero no aclara a qué se refiere. Aún así, no duda en afirmar que el derecho singular pertenece al género de éstos.

Y por fin, llegamos al último de los autores anteriores al Código que trataremos. Se trata de WERNZ, que publica su *Ius decretalium* apenas cuatro años antes de que saliera el primer Código para la Iglesia universal. En cuanto a nuestro tema se refiere, su pensamiento entronca con el de ZALLINGER. Como se sabe, se trata de un autor profundo y profuso en citas de autores y fuentes, lo cual lo hace muy interesante para la labor del investigador. Sin embargo, no es muy explícito al tratar del *ius singulare*, ni tampoco hace referencia expresa a los *privilegia clausa in corpore iuris*. No obstante, analiza nuestra problemática desde la óptica de los privilegios en sentido lato y estricto.

Al elaborar una colección de las fuentes del privilegio, recoge entre ellas la definición pauliana del *ius singulare*¹⁷⁶. Con esto, queda clara la afinidad que encuentra entre ambas nociones. Por otra parte, al hablar del privilegio en su sentido estricto, dirá que se trata de una «*lex privata specialem favorem contra vel praeter ius commune concedens*», y que en cuanto tal, es norma en sentido objetivo¹⁷⁷. Así pues, pienso que contribuye a perpetuar la confusión nocional entre las categorías del *privilegium* y del *ius singulare*. En este clima doctrinal, se llegó a la elaboración del primer Código de la Iglesia universal.

173. Cf. *ibid.*

174. *Ibid.*

175. *Ibid.*

176. Cf. WERNZ, cit., § 157, nota 1.

177. Cf. *ibid.*, § 158.

CONCLUSIONES

Recapitulando todo lo dicho a lo largo de estas páginas, se puede concluir lo siguiente:

1. La noción de *ius singulare* romana postclásica pasará a la Edad Media sin solución de continuidad, puesto que el Derecho Romano es el derecho vigente en Europa durante todo este período. En la Alta Edad Media esta continuidad se dará casi por «inercia» ya que, a pesar de que los textos del *Corpus* de Justiniano se perderán, y por tanto su contenido fue desconocido prácticamente, la costumbre fue una fuente de derecho muy importante en esta época y hará que este derecho se mantenga en vigor en todo el antiguo imperio. Por tanto, al igual que sucede en el derecho justiniano, también en las obras jurídicas del alto medioevo hemos de constatar la desaparición completa de la expresión *ius singulare* y su sustitución por la palabra *privilegium*. Aún así, la categoría conceptual de *ius singulare* en cuanto tal no desaparece: late débilmente debajo de una cierta noción amplia de privilegio que muestran las fuentes de la época, y que no se puede decir que sean privilegios en sentido estricto puesto que gozan de generalidad.

2. La expresión *ius singulare* reaparece en el «*Brachylogus iuris civili*», en los albores del renacimiento boloñés. Tal reaparición tiene que ver con que a partir del s. XI, el Derecho Romano adquiere nueva fuerza con el renacimiento jurídico impulsado por la escuela de Bolonia, sobre todo a partir del redescubrimiento de las fuentes del derecho justiniano que resulta de las investigaciones llevadas a cabo a expensas de la reforma gregoriana. Esta escuela, en la que se forjan los glosadores del *Corpus iuris civilis* y del *Corpus iuris canonicum*, asienta su actividad científica sobre el valor modélico reconocido a las fuentes del Derecho Romano, en especial al Digesto y a las Instituciones, cuyo contenido había sido ignorado en los siglos anteriores a la reforma gregoriana.

Ahora bien, los glosadores—particularmente los decretistas y los decretalistas—se inspiran en los conceptos justineanos, recibiendo y utilizando en sus obras la doctrina romana. Así pues, contribuyen a perpetuar la confusión conceptual nacida en el período postclásico del Derecho Romano.

3. En el Decreto de Graciano se recoge la definición de privilegio transmitida por San Isidoro de Sevilla: «*privilegia sunt leges privatorum, quasi privatae leges*» (D. 3, 3); y un comentario de Graciano al mismo: «*privilegia namque dicuntur quasi privata legia, eo quod privatam legem singulis generent*» (C. 25, 1, 16). Este hecho de considerar el privilegio individual como *lex privata*, dará pie a tratar este acto jurídico singular como si fuera un acto legislativo, lo cual traerá mayor confusión aun.

4. Si bien de las fuentes medievales se deduce un uso promiscuo de los términos *privilegium* y *ius singulare*, esto no autoriza a pensar—al menos como regla general—, en una confusión total del derecho singular con el privilegio individual. En efecto, los glosadores elaboran las categorías de *privilegium general* o *commu-*

nia para abarcar la noción de derecho singular, y *privilegio especial* para referirse a los que son actos jurídicos individuales.

Con el *privilegium generale* hacen referencia a las normas especiales dirigidas a clases amplias e indeterminadas de sujetos (mujeres, niños, etc.). En realidad el *privilegium generale* viene a referirse al *ius singulare* clásico puesto que se trata de un acto normativo que se da a favor de una utilidad especial, y goza de generalidad. Por ser dado para la generalidad, puede otorgársele el carácter de *lex*. De hecho, recibirá también la denominación de *privilegia clausa in corpore iuris* puesto que en realidad son verdaderas leyes que se encuentran comprendidas en el cuerpo del derecho. Por ser *lex*, necesitan promulgación, se presumen perpetuos, y se transmiten a los herederos. Así pues, bajo esta noción amplia de privilegio, late escondida la noción clásica de *ius singulare*.

Por el contrario, con el *privilegium speciale* se refieren a disposiciones establecidas en favor de personas físicas o jurídicas determinadas individualmente, incluso por sus nombres, se encargarán de decir. Así pues, se trata de un acto jurídico individual, dado en utilidad de un sujeto determinado; del que precisamente por ser individual y no gozar de generalidad cabe la posibilidad de renuncia; no se da con promulgación; y puesto que muere con su destinatario –como bien ponen de relieve–, no se transmite a los herederos.

5. Los glosadores en general son contrarios al uso de la analogía para la interpretación de ambas clases de privilegio, lo cual se debe a la confusión que impera bajo la noción de privilegio, el cual sí implica una contraposición dogmática con el derecho común, y de ahí la prohibición de este uso. Mientras no se logre distinguir netamente las nociones de *ius singulare* y *privilegium* de acuerdo con su significado original romano clásico, el problema de la analogía no tendrá solución en relación al derecho singular.

6. A partir de los siglos XV o XVI, la biografía jurídica del *ius singulare* la habremos de rastrear entre los canonistas más importantes que han tratado del tema, que no son muchos, puesto que en el plano de las fuentes no se producen cambios significativos en el Derecho Canónico. En general, todos estos autores, medios y modernos, continúan la distinción de los privilegios creada por los glosadores entre los que son generales y especiales. La nomenclatura más común que utilizan para referirse a esta distinción será la de privilegio en sentido amplio y estricto (con que se refieren a los generales y especiales respectivamente), o incluso, y sobre todo, al privilegio amplio se le llamará más comunmente con la expresión medieval de *privilegia clausa in corpore iuris*, que luego, el Código de 1917 la hará propia bajo la fórmula *privilegia in codice contenta* (c. 71).

Al igual que sucedía con los glosadores, se perpetúa la confusión entre las nociones de privilegio y derecho singular, sin embargo, late debajo de la categoría de los *privilegia clausa in corpore iuris* –los cuales son un verdadero *ius*– la noción de *ius singulare* clásica.

7. Entre los canonistas precodiciales destacan AICHNER y D'ANNIBALE. Sobre todo este último, que vuelve a proponer en toda su pureza la noción genuina de *ius singulare*.

BIBLIOGRAFÍA

AICHNER, Simon, *Compendium juris ecclesiastici*, Wegerianis (editio octava), Brixinae 1895. AÍSA GARÍN, Carlos, *El concepto de ius singulare en el Derecho Romano*, [Excerpta ex dissertatione ad lauream in Facultate Iuris Canonici Pontificiae Universitatis Gregoriana], Jaca 1968. AMBROSINO, Rodolfo, *Ius singulare*, Giuffrè, Milán 1942. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano* (13^o ed. revisada), Jovene, Napoli 1957. BAURA, Eduardo, *La dispensa canonica dalla legge*, Giuffrè, Milán 1997. BENZA, Paolo Emilio, FADDA, Carlo, *Note al Windscheid (Diritto delle pandette*. Con notas y referencias al derecho civil italiano), Unione Tipografico-Editrice Torinese, IV, Torino 1926. BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano*, I, Giuffrè, Milán 1952. BOBBIO, Norberto, *La analogia nella logica del diritto*, Turín 1938. BRYNS, Joseph, *De dispensatione in iure canonico preasertim apud decretistas et decretalistas usque ad medium saeculum decimum quartum*, Beyaert, Brugis 1925. BRUGGI, Biagio, *Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*, en *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi Saggi*, Turín 1921. BUSSI, Emilio, *Intorno al concetto di diritto comune*, Società Editrice «Vita e Pensiero», Milán 1935. CALASSO, Francesco, *Medioevo del diritto*, Giuffrè, Milán 1954. COPPA-ZUCCARI, Pasquale, *Diritto singolare e diritto territoriale*, I, Modena 1915. D'ANNIBALE, Iosepho, *Summula Theologiae Moralis*, I [Prolegomena], Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide [4^o ed], Romae 1896. DEL GIUDICE, Vincenzo, *Privilegio, Dispensa ed Epicheia nel diritto canonico*, en «Annali Istituto Giuridico dell'Università di Perugia», VII y VIII, Perugia 1926. DONELLUS, Hugonis, *Opera omnia*, I, Lucae 1762. D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano* (1^o ed., 1968), 10^a ed. revisada, Pamplona 2004. ENGEL, Ludovico, Collegium universi Juris Canonici, typographia Baileoniana, Venetiis 1742. FADDA, Carlo, BENZA, Paolo Emilio, *Note al Windscheid (Diritto delle pandette*. Con notas y referencias al derecho civil italiano), Unione Tipografico-Editrice Torinese, IV, Torino 1926. GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado Romano*, 13^o ed. (1^o ed. s/f), Madrid 2004. GENZMER, Edda, *Die iustinianische Kodifikation und die Glossatoren*, en *Atti del Congresso internazionale di Diritto Romano*, II, Bolonia, 1934. GERMOVNIK, Franciscus, *Indices ad Corpus Iuris Canonici*, Facultas iuris canonici Universitas Sancti Pauli (editio altera), Ottavae 2000. GUARINO, Antonio, *Il problema dogmático e storico del diritto singolare*, «Anuario di diritto comparato e di studi legislativi» 18 (1946) 1-54. IDEM, *L'ordinamento giuridico romano* (5^o ed.), Jovene Editore, Napoles 1990. HILLING, Nikolaus, *Die Allgemeinen Normen des Codex Juris Canonici*, Waibel, Freiburg 1926. HINSCHIUS, Paul, *System des katholische Kirchentrecht*, III, Berlín 1883. JURADO HERNÁNDEZ, Enrique, *El privilegio y el precepto en la codificación canónica de 1917*, tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra, Pamplona 1984. LABANDEIRA, Eduardo, *Tratado de Derecho Administrativo Canónico*, Pamplona 1988. LEURENIUS, Petrus, *Ius canonicum universum*, Venetiis 1720. LIDNER, Dominikus, *Die Lehre vom Privileg nach Gratian und den Glossatoren des Corpus iuris canonici*, Regensburg 1917. LOMBARDI, Carolus, *Institutiones iuris canonici privati*, I, Desclée (editio secunda), Romae 1901. MICHIELS, Gommarus, *Normae Generales Juris Canonici*, II (*commentarius libri I codicis juris canonici*), Desclée (editio altera), Parisiis-Tornaci-Romae 1949. ORESTANO, Riccardo, *Ius singulare e privilegium in Diritto Romano*, en *Scritti* (en honor del profesor Orestano, a cura de María Campolunghi y Carlo

Lanza), Jovene Editore, Nápoles-París 1998, I, 309-503. PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto Romano* (reestampa de la edición de 1928 a cura de Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI), Il Cigno G.G. edizioni, I, Roma 2002. PIANO MORTARI, Vincenzo, *Ius sigulare e privilegium nel pensiero dei glossatori*, «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche» 92 (1957-1958) 271-350. IDEM, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, I (Le Premesse), Giuffrè, Milán 1956. PUCHTA, Georg Friedrich von, *Pandekten*, Goldbach (reprod. facs. de la ed. de Leipzig, Verlag von Johann Ambrojius Barth, 1877), Keip 1999. REGELSBERGER, Ferdinand von, *Pandekten*, Duncker & Humblot, Leipzig 1893. REIFFENSTUEL, Anacleto, *Jus canonicum universum*, V, Sumptibus Societatis, Antuerpiae 1755. SAN JOSEMARÍA ESCRIVÁ, *La abadesa de las huelgas*, ed. Luz, Madrid 1944. SANCTO GEORGIO, Ioannes Antonius, *In Decretum commentaria*, Venetiis 1579. SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, I, traducido al castellano por Jacinto Mesia y Manuel Poley (2ª ed.), Centro Editorial de F. Góngora, Madrid 1924. SCHERER, Agustin, *Handbuch des kirchenrecht*, I, Graz 1886. SCHMALZGRUEBER, Franz, *Ius ecclesiasticum universum*, ex Typographia Rev. Cam. Apostolicae, Romae 1845. SCHULTE, Johann Friedrich, *Das katholische Kirchenrecht*, I, Giessen 1860. SERAFINI, Filippo, *Institutiones de Derecho Romano*, I, Espasa (7º ed.), Barcelona 1897. SUÁREZ, Francisco, Tratado de las leyes y de Dios Legislador, libro VIII, capítulo 7, número 2. Versión española de Jaime TORRUBIANO RIPOLL, Madrid 1919. TEJERO, Eloy, *Formación histórica del Derecho Canónico*, en *Manual de Derecho Canónico*, Instituto Martín de Azpilcueta (ed.), Eunsa 2º ed., Pamplona 1991. VAN HOVE, Alphonse, *Commentarium Lovaniense in codicem iuris canonici*, V [De privilegiis. De dispensationibus], H. Dessain, Mechliniae, Romae 1939. IDEM, *De la notion du privilèg*, «Nouvelle Revue Theologique» (1922) 9-ss. IDEM, *De legibus ecclesiasticis*, Malinas-Roma 1930. VERING, Friedrich von, *Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts*, Mainz 1887. VOET, Iohannis, *Commentarius ad Pandectas*, 1775, lib. I, tit. III. WERNZ, Francisco X., *Ius Decretalium*, I (Introductio in ius decretalium), Libreria Giachetti, Prati 1913. WINDSCHEID, Bernhard Joseph Hubert, *Diritto delle pandette* (traducción Carlo FADDA, Paolo Emilio Bensa con notas y referencias al Derecho civil italiano), Unione Tipografico-Editrice Torinese, IV, Torino 1926 ZALLINGER, Jacobus, *Institutiones juris ecclesiastici*, Romae 1823.

ÍNDICE TESIS DOCTORAL

INTRODUCCIÓN. I. EL *IUS SINGULARE* EN EL DERECHO ROMANO. A. Cuestiones preliminares. B. Fenomenología del *ius singulare* a partir de las fuentes. 1. Textos seguros que contienen la mención del *ius singulare*. 2. Algunos ejemplos de *ius singulare*: a) El *testamentum militis*. b) El *ius singulare codicilli*. c) El senadoconsulto Velleianum. C. Fenomenología del *ius commune* a partir de las fuentes. 1. Del *ius singulare* al *ius commune*, y del *ius commune* al *ius singulare*. 2. Generalidad y abstracción de las normas de derecho común. 3. Generalidad y abstracción de las normas de derecho singular. D. La definición de *ius singulare* en el derecho romano clásico. 1. Definición de Paulo. 2. *Contra tenorem rationis*. 3. *Propter aliquam utilitatem*. 4. *Ab auctoritate constituentium*. 5. *Introductum est*. E. El *ius singulare* en el Derecho Romano post-clásico: su confusión con la noción de *privilegium*. 1. Planteamiento del problema. 2. El *privilegium* en el Derecho romano clásico. 3. Ampliación de la noción de *privilegium* en el derecho postclásico: absorción del *ius singulare*. F. Interpretación del *ius singulare*: uso de la analogía. G. Breves apuntes históricos doctrinales de la noción de *ius singulare*. II. EL *IUS SINGULARE* EN LA ALTA EDAD MEDIA, EN EL RENACIMIENTO BOLOÑÉS Y EN LOS AUTORES MEDIOS Y MODERNOS. A. Cuestiones preliminares. B. El *ius singulare* en la Alta Edad Media. C. El Renacimiento Boloñés. 1. Reparición de la expresión *ius singulare*. 2. Tipología del *ius singulare* en los glosadores: el privilegio general y el privilegio especial. a) Normatividad objetiva. b) Especialidad. c) Excepcionalidad. d) Utilidad común. 3. Recepción de la definición de Paulo. a) *Contra tenorem rationis*. b) La *utilitas*. 4. La interpretación analógica del *ius singulare*. D. El *ius singulare* en los autores medios y modernos. 1. Una aproximación. 2. Privilegios *stricto sensu* y privilegios *clausa in corpore iura*. a) Siglo XVI. b) Siglo XVII. c) Siglo XVIII. d) Siglo XIX. e) Siglo XX, antes de la codificación. III. LA CODIFICACIÓN CANÓNICA Y EL DEBATE CONTEMPORÁNEO ACERCA DEL *IUS SINGULARE*. A. El Código de 1917: *Privilegia in codice contenta*. 1. Recepción codicial de los «*privilegia clausa*». 2. El *ius singulare* según los comentaristas del Código de 1917. a) Esfuerzo por distinguir la naturaleza del *ius singulare* del privilegio. b) Noción y efectos del derecho singular en cuanto tal. c) Ejemplos de *ius singulare*. B. El pensamiento y el repensamiento de Del Giudice. Inicio de un nuevo debate. 1. Su pensamiento según *Privilegio, dispensa ed epicheia*. a) Los privilegia *in codice contenta*. b) Los privilegios en sentido estricto. 2. Su repensamiento en *Istituzioni*. C. Nueva noción de *ius singulare*: Polémica acerca de las llamadas «normas singulares». 1. Planteamiento del debate. D. Evolución legislativa de las «fuentes»: de Código a Código. 1. Las «fuentes» en el Código de 1917. 2. Hacia el Código de 1983: los actos administrativos. 3. Debate doctrinal en torno al *ius singulare*. 4. Lombardía: las normas singulares. 5. Labandeira: los actos administrativos. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.