

D'ORS, Alvaro: "Optio servi". Publicaciones del Anuario de Historia del Derecho español. XVIII, 1947.

En tres etapas se desarrolla éste como un anterior estudio, sobre la *In diem addictio*, del mismo autor, y con ello cumple tres condiciones de la ciencia histórica del Derecho. La primera, común a toda ciencia, consiste en situarse en el estado actual de la cuestión, recogiendo y apreciando los anteriores esfuerzos por esclarecerla. Los nombres de Bernstejn, Ferrini—a quien va dedicado el trabajo con motivo de su reciente beatificación—, Grandenwitz, gran fundador de la moderna crítica de interpolaciones, Ciappesoni, Albertario, ahora fallecido, Devilla, forman esa sociedad especialmente íntima de haberse dedicado a un mismo tema. Hay que contar, junto al valor personal de cada escritor, el momento de la romanística en que trabaja, lo que impone a su obra ciertas limitaciones.

En la segunda se procede a una depuración crítica de los textos, separando lo que en la forma transmitida es genuino del autor y de la época de aquello otro que ha sido agregado posteriormente con arreglo a nuevas concepciones. Este es el quehacer presente de los romanistas, quehacer por el que todos debemos estar interesados. Si estamos de acuerdo en que el Derecho romano es nuestra más valiosa tradición, y que dentro de él es la clásica su etapa creadora y llena de vida, hemos de dar por bien empleado el esfuerzo necesario para conocerla. Y, ya que no otra cosa, prestar a quienes lo realizan nuestro aliento y simpatía, seguros de que toda esa dificultad y complicación que para el no especializado tienen sus investigaciones será un día claridad y sentido para todos los juristas.

Sólo en un tercer lugar se procede a la elaboración del instituto, en sus aspectos dogmático e histórico. Creemos muy conveniente la disposición material de estas monografías, al proporcionar primero los textos sobre los que se ha de trabajar, y al separar después la labor crítica y los intentos constructivos, con las necesarias referencias internas. Además de una aportación objetiva, constituyen así un precioso medio para el aprendizaje de la técnica de la investigación en los seminarios de Derecho romano.

Desde la época postclásica había desaparecido la diferencia procesal entre el legado que concedía al legatario una acción real (*l. per vindictionem*) y el que daba lugar a una acción personal (*l. per damnationem*). Los textos clásicos que reflejaban esta diferencia han sido retocados sistemáticamente, y el Derecho justiniano presenta refundidas una serie de figuras de legado en que la cosa está indeterminada y corresponde al legatario su determinación. Ahora se trata de distinguir esas figuras, tal como fueron concebidas por la jurisprudencia clásica y de estudiar especialmente una de ellas: la *optio servi*.

La base de partida es el título correspondiente del Digesto, al que se

aproximan otros pasajes de esta obra, que están relacionados con los contenidos en aquél. En seguida se trata por separado a los autores, reuniendo los extractos y referencias conservadas y procediendo a su restauración crítica para obtener fielmente el pensamiento de cada autor, alterado por la labor compiladora. Los estudiados son: Javoleno, "seguidor de Sabino y buen receptor de la jurisprudencia clásica"; Juliano, "el más genial de los juristas romanos", y junto a él su fiel discípulo, Africano; como lo es Terencio Clemente; Pomponio, también sabiniano; Escévola, Paulo y Ulpiano, juristas independientes, con los que queda representado todo el desarrollo cronológico de la jurisprudencia clásica. A él se agregan el mismo Justiniano y Teófilo, que, no obstante ser autor muy lejano a aquélla, en el caso presente proporciona la forma más genuina del legado de opción.

Este es una forma de legado "per vindicationem", en que la propiedad no es adquirida por el legatario desde la muerte del testador, sino desde el momento de realizar la opción, que es un acto personalísimo de aquél, por lo que si muere sin haber optado, sus herederos no pueden hacerlo y el legado decae. El objeto del legado es, pues, la opción misma, no los esclavos a los que originariamente se refiere. La adquisición del esclavo se produce "desde ahora" sin efecto retroactivo.

La singularidad histórica de la institución radica en el mismo término que la designa: "optio", cuyo desgaste popular ha conducido a hacerla sinónima con "electio"; y, consecuentemente, en el Derecho postclásico, a confundir el legado de opción como un legado de elección. ¡Pero la "optio" no era una "electio"!; defiende d'Ors. "Optio hace referencia, en su más genuino sentido, a coger una cosa deseable". Lo esencial no es la elección, sino la adquisición; de modo semejante a como en la "optio tutoris" o en la "adoptio" lo es que se adquiere un tutor o una familia. "En la *optio* del esclavo hay algo más que un simple legado de elección: hay una vieja institución de carácter familiar". Seguramente, en el tiempo en que la esclavitud es un sistema humano y familiar, sea la "optio" el único medio de disponer del esclavo: conceder su valiosa *optio*. Después, a la progresiva patrimonialización de la esclavitud, sigue paralelamente la conversión de la "optio servi" en un legado de elección. Justiniano ultima tendencias contenidas en la jurisprudencia clásica, que ya había desvinculado la "optio" de sus primitivas raíces familiares.

"Optio" y "electio", instituto familiar desnaturalizado en instituto patrimonial, creo que es una buena adquisición para el jurista. Es algo de esa riqueza que guarda el Derecho romano y tras la que marcha la ciencia romanista, por todos admirada en cuanto conservadora de unos nobles estudios, no siempre comprendida en cuanto intenta renovarlos en el terreno áspero de la crítica textual. A ella queremos rendir nuestro modesto homenaje.