

OPTIO SERVI

A. C. FERRINI, recientemente
beatificado.

UNA feliz coincidencia me permite contribuir en este año de homenaje al Beato Contardo Ferrini, maestro ejemplar e insigne, al que todos los estudiosos del Derecho Romano, y muy especialmente los españoles, tomamos por santo modelo, con un artículo sobre un tema que fué tratado por él en uno de sus preciosos estudios.

Hace cinco años, al estudiar las obligaciones alternativas, el tema del legado de opción me interesó, y ya me comprometí entonces (vid. Rev. Der. Priv. 1944 pg. 20 n. 69 y pg. 21) a publicar un estudio especial. Me figuraba entonces que el trabajo podía limitarse a la interpretación de la constitución de Justiniano recogida en Cod. 6, 43, 3, pero, con el tiempo, se me impuso, como suele ocurrir, la necesidad de realizar una más vasta investigación, que dificultades de diverso orden fueron interrumpiendo hasta que la paz universitaria de Compostela me permitió llevarla a cabo, y en tan feliz momento como el de la beatificación de Ferrini.

Que el Beato Ferrini me perdone si he osado entrar en un terreno en el que la aplicación de su clara inteligencia parecía excluir de antemano toda nueva intromisión. Pero la virtud del auténtico magisterio estriba precisamente en saber excitar a los discípulos, por muy insignificantes que parezcan, a la revisión científica y libre, y, en ese sentido, estoy seguro de que aquel gran maestro no podría menos de sentirse complacido por este humilde homenaje de un romanista español: por este intento de revisar el tema del legado de opción con un método crítico que en 1885 estaba apenas en sus albores.

INTRODUCCION

«*Optato Titius ex mea familia unum servum*». He ahí la forma que me parece más genuina del llamado legado de opción, aunque resulte paradójico que sea Teófilo (Paraphr. 2, 20, 23) quien

nos la proporcione. La forma «*Titio ex mea familia hominis optionem do*», que FERRINI 272 sgs. (contra VOIGT) reputa originaria, también era posible, así como esta otra: «*Titius ex mea familia hominem sumito sibique habeto*» y otras parecidas. En el Epit. Ulp. 24, 14 se nos presenta todavía esta otra: «*Titius hominem optato elegito*». Por qué razón me parece más genuina la primera aparecerá al final de nuestro estudio. Esta es la forma. Tras la forma hay que precisar la acción, y la acción era sin duda una *vindicatio*: Ticio se hacía, pues, propietario del esclavo precisamente por el acto de *optare*. Por eso, lo legado no sería el esclavo, sino la *optio* de un esclavo.

Las cosas, sin embargo, no están tan claras como pudiera parecer a la vista de esas premisas. La dificultad procede de que la base fundamental de nuestra información procede de un título del Digesto, el 33, 5, en el que la *optio legata* se ha confundido con otras instituciones análogas y se ha desdibujado, por tanto. La rúbrica de ese título reza así: *de optione vel electione legata*. La *optio* se ha confundido así con los legados de *electio*. Como suele ocurrir, los bizantinos no son los únicos responsables de la contusión, sino que hallaron para ella las mayores facilidades en las doctrinas de los comentaristas post-clásicos y hasta ciertas insinuaciones en la buena jurisprudencia clásica. Discernir, hasta donde sea factible, la historia y las transformaciones dogmáticas de esa institución ha sido motivo de una literatura relativamente abundante, a la que agregamos hoy nuestro modesto esfuerzo.

La literatura más antigua, naturalmente, no resulta muy adecuada para el que quiere llevar la indagación con criterios metodológicos modernos. Por eso no hemos consultado el *Titulus Digestorum de opt. vel elect. legata multifariam illustratus*, en las *Exercitationes academicae I*, de GEBAUER (1776), citado por FERRINI. Creo que la historia de la cuestión debe empezar por el primer estudio monográfico moderno, el de BERNSTEIN, *Zur Lehre vom legatum optionis*, en la *Z(eitschrift) (der) S(avigny) S(tiftung) für Rechtsgeschichte. Roman. Abteilung* 1-1880, pg. 151. Ese autor ya supo distinguir en cierto modo el perfil de la auténtica *optio* y caracterizar dogmáticamente ese legado como delación de un derecho simple y personalísimo, consistente en elegir un esclavo de la herencia para adquirir sobre él directamente la propiedad; supo además poner de relieve el paralelismo entre la *optio* y la *aditio*

hereditatis, a la vez que disipó muy acertadamente el espejismo, debido a una falsa declaración de Justiniano, de que el legado de opción encerraba una *condicio* (pg. 152 sgs.).

Cinco años después, publica FERRINI sus Studi sul legatum optionis en las Memorie del Regio Istituto Lombardo 17, 179, que se pueden consultar más cómodamente (y por ahí haremos las citas) en el volumen IV de sus Opere giuridiche, pg. 269 sgs. En su Teoria generale dei legati 249 y en sus Pandette 825 vuelve a ocuparse del tema. Para FERRINI el legado de opción es un tipo de legado *por vindicationem* (o también *per praeceptionem*, pg. 282), en el que se hace una delación genérica o alternativa de un derecho que se convierte en cierto por el acto de la *optio*, acto solemne y personalísimo, semejante a la *cretio*, mediante el cual se adquiriría la propiedad, sin efecto retroactivo. Del espejismo de la *condicio* también supo huir nuestro romanista. En cambio, consideraba la *optio* como un caso de *electio*. En otro punto parecía reaccionar contra una tendencia iniciada por VOIGT, Die XII Tafeln I 185. Creía ese autor alemán que, con el transcurso del tiempo, la opción se había reducido a tener como único objeto posible los esclavos, y BERNSTEIN 193 sg., sostuvo, inversamente, que en un principio sólo pudo referirse a los esclavos, pero que se extendió luego a las *aliae res*. FERRINI, en cambio, creyó que pudo versar siempre sobre toda clase de objetos (pg. 283). Quizá BERNSTEIN iba por el camino más acertado, y su hipótesis fué perfilada por GRADENWITZ, en una breve observación que tuvo gran influencia en la literatura ulterior (v. gr. PEROZZI, Istituzioni II 681 n. 2, y otros muchos). Según el gran fundador de la moderna crítica de interpolaciones, la *optio* se refirió siempre a esclavos y sólo con Justiniano se extendió a las *aliae res*. Vid. B(ulletino dell') I(stituto di) D(iritto) R(omano) II 2-1889 pg. 5.

Un estudio de CIAPESSONI (que, a pesar de mis búsquedas, no he podido consultar) se publicó en los Atti del Congresso de Studi Romani, en 1930. La opinión del autor sobre nuestro tema sólo me es conocida por referencias ajenas y de otros trabajos del mismo autor. CIAPESSONI fué, como es sabido, el editor de las Opere de FERRINI.

Aunque en un artículo posterior, ALBERTARIO vuelve sobre las interpolaciones de los textos en que la *optio* se refiere a las *aliae res* (en Studia et Documenta Historiae et Iuris 2-1936 pg. 333, ahora

en Studi di dir. rom. 5, 345; nos referimos a él más adelante), el último estudio monográfico de conjunto sobre el legado de opción es, si no me equivoco, el de otro romanista italiano, DEVILLA, L'optio servi e il diritto di scelta, en Studi Sassaesi 11 (1933) 238. Una exposición relativamente amplia se encuentra todavía en BIONDI, Successioni testamentarie (1943) pgs. 429-435. Es curioso observar que BIONDI, reaccionando contra la tendencia dominante, no cree que todos los casos de *optio* de *aliae res* sean interpolados (pg. 431).

DEVILLA 319 llega a las siguientes conclusiones:

1. Que el *legatum optionis* se refiere exclusivamente a los esclavos y contiene una delación alternativa o genérica de un derecho, siendo post-clásica la extensión a las *aliae res*.

2. Que es un legado que implica una *condicio* y resulta intransmisible a los herederos del legatario, cuando éste murió sin haber hecho la elección, ya que la elección es eminentemente personal. (Muy clara no resulta, de todos modos, la posición del autor sobre el carácter condicional.)

3. Que es un legado siempre y esencialmente *per vindicationem*, y que por eso da derecho al legatario para ejercitar una acción real. En caso de invalidez formal de la *optio*, puede sanarse en virtud del senadoconsulto Neroniano, pero se despoja de sus elementos característicos al convertirse en legado *per damnationem*.

4. Que la *optio* es un acto solemne, que no tolera términos ni condiciones y es irrevocable.

En la época de Justiniano, dice DEVILLA, no sólo se habría extendido la *optio* a las *aliae res*, sino que habría perdido su carácter condicional, se habría hecho transmisible el derecho a optar y se habría producido una *exaequatio*, no muy perfecta, por lo demás, entre el legado de opción y el legado de género (pg. 320).

Estas conclusiones de DEVILLA vienen a ser resumen de las investigaciones que hemos mencionado a la vez que comprenden alguna desviación particular del autor. Sin negar que tengan gran parte de fundamento, creemos que es necesario hacer una revisión total del tema con un método más riguroso. Creo que algunos defectos metodológicos son los que han impedido que DEVILLA supiera librarse de cierta prolijidad y confusión.

En nuestro estudio partiremos del principio indiscutible de que

la *optio* constituye una especie distinta de los otros tipos de legado que aparecen en el 33, 5 del Digesto. Tal distinción, afirmada como indiscutible por los investigadores que hemos mencionado, aparece reconocida en algunas obras generales; así, para elegir tres de tres épocas: Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts (1895) §§ 127-130; Serafini, Instituciones (trad. española) II 509; Di Marzo, Istituzioni⁴ 416. En la mayoría de los tratados y manuales, en cambio, la *optio* aparece confundida con otras especies similares; así: Windscheid, Pandette III 422 § 661; Dernburg, System § 497; Cuq, Institutions 785, etc.

La palabra *electio* ha servido para hacer pasar la *optio* como simple variante y hacer que ésta se confunda, como ocurre en el 33, 5, con el legado alternativo y de género. Gran parte de nuestro estudio consistirá precisamente en distinguir esos tipos similares pero distintos. Ahora, sin querer prejuzgar nuestra interpretación de los textos, sino para dar un punto de referencia con qué entendernos, haremos una aclaración previa, en la inteligencia de que nuestro trabajo se refiere tan sólo a la *optio*, y que por lo tanto no nos meteremos a fondo en los problemas especiales de aquellas otras figuras afines.

No debemos olvidar al hacer esa distinción previa —y la idea constituirá un criterio interpretativo firme para todo nuestro estudio— que la inmensa mayoría de los textos referentes a los legados han sufrido un retoque sistemático consistente en la eliminación de una diferencia fundamental en época clásica, desaparecida en la época post-clásica del Derecho Romano: la diferencia entre el legado *per vindicationem*, que da lugar a una acción real, y el legado *per damnationem*, que da lugar a una acción personal, la *actio ex testamento*. De esa diferencia procesal, borrada de las fuentes, con la consiguiente perturbación de su sentido, como iremos viendo, deriva una diferencia importante en orden a la determinación de aquellos legados en que la determinación depende de una elección. Cuando se da una *vindicatio* a favor del legatario, eso no puede ocurrir si no es porque es él quien puede elegir; por el contrario, en el legado *per damnationem*, aunque la elección se puede dejar al legatario, ésta corresponde normalmente al deudor, es decir, el heredero. Hecha esta aclaración, podemos distinguir los siguientes tipos de legados con indeterminación:

1. Legado de opción: «Que Ticio opte un esclavo

de mi casa». Siempre eligirá, mejor, «optará» el legatario; y, una vez hecha la opción, dispondrá de una *vindicatio*.

2. Legado vindicatorio: «A Ticio doy y lego un esclavo». El legado era ahí *per vindicationem*, pero no se sabía qué esclavo podía vindicar Ticio. Siempre hubiese cabido una conversión *ex Neronianus* en legado *per damnationem*, quizá incluso con elección del legatario, pero ya veremos cómo la jurisprudencia vió en ese tipo de legado una *optio tacita*.

3. Legado de cantidad de cosas fungibles: «Que mi heredero entregue a Ticio cien libras de vino, de plata, cien mil sestercios». Este legado es siempre *per damnationem*, y es el heredero quien debe individualizar el género para entregar la cantidad debida al legatario. Podría parecer que Gayo II 196 afirma que tal legado puede ser *per vindicationem*, al decir: *Eae autem solae res per vindicationem legantur [recte] quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt. Sed eas quidem res quae pondere numero mensura constant placuit sufficere si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris, velut vinum oleum frumentum pecuniam numeratam*. Cfr. SOLAZZI, Glosse a Gaio, en Scritti Pavia e Ferrini (1945) 144. Pero Gayo no habla ahí de legado de cantidad de cosas fungibles, sino de legado de cosas fungibles, del tipo «lego mi vino, mi plata, etc.». El legatario puede disponer entonces de una *vindicatio*, porque todo el vino o toda la plata que tenga el testador al morir le pertenece; no hay indeterminación, ni necesidad de elegir. Cuando, en cambio, se deja una cantidad, el legatario no puede saber qué es lo que le pertenece, pues el heredero le puede pagar incluso con vino o plata que no sean de la herencia, y así ha de hacerlo forzosamente cuando el testador no ha dejado nada de aquel género, en cuyo caso el legado no se hace inane, ya que el heredero es deudor de una cantidad, independientemente de que pueda o no pagar con bienes de la herencia (Ulp. Dig. 33, 6, 3 pr. *cum nullum vinum reliquisset, vinum heredem empturum et praestaturum*). Todo esto es incompatible con una forma *per vindicationem*. Ello no quiere decir, empero, que la elección no pueda dejarse expresamente al legatario, y así veremos algún legado del tipo «*Centum amphorae* (se entiende de vino) *quas Titius* (el legatario) *vellet*».

4. Legado de cosa genérica: «Que el heredero entregue a Ticio un esclavo». Las fuentes hablan en esos casos de

generaliter legari. Es un legado distinto del anterior, por más que presente con él alguna similitud. Para un tratamiento más amplio del legado de género me remito a: WINDSCHEID, Pandette 3, 409 sgs.; FERRINI, Legati 701 sgs.; ASCOLI, Alcune osservazioni sul diritto di scelta nei legati alternativi e di genere, en BIDR. I (1888) 83, cfr. FERRINI ibid. 234 o en Opere 4, 470; ALBERTARIO, La qualità della specie nelle obbligazioni generiche, en Riv. Dir. Commerciale 23 (1925) 177, ahora en Studi 3, 373; BIONDI, Successione cit. 436 sgs. Aquí no me voy a referir a este tipo de legado más que para su recta distinción del legado de opción.

Se trata de un legado de una cosa no fungible que el testador no determina específicamente, sino que señala en su género (*generaliter*). Sería ridículo pensar que el testador quiso dejar al legatario una casa o un esclavo o una bandeja cualquiera de todos los que hay en el mundo; por lo tanto, la elección debe circunscribirse a los objetos de la herencia, y, si no queda ninguno, el legado se hace inane. ASCOLI 88, en vez de distinguir entre legado de cantidad y legado de género, distingue entre legado de género amplio y de género restringido, que vendría a equivaler a un legado alternativo (entre los ejemplares de la herencia). Tal distinción, ya criticada por FERRINI (en la nota que acabamos de citar), me parece que no tiene apoyo en las fuentes y que resulta menos clara, desde un punto de vista lógico, que la que aquí hacemos. Un ejemplo nos aclarará la distinción: legado de mil sestercios y legado de uno de mis caballos de carreras. En este legado de género corresponde la elección, normalmente, al heredero, y sólo cuando expresamente se dejó la elección al legatario puede elegir éste. Contra lo que dice ASCOLI 89 sg., es siempre legado *per damnationem*. Justiniano introdujo el principio de que normalmente debe elegir el legatario (Inst. 2, 20, 22).

Que el legado es siempre damnatorio me parece descubrirse en las fuentes, además de apoyarse en la poderosa razón de que no cabe un *vindicatio* sobre cosa indeterminada. Veamos algunos textos, y a lo largo de nuestro estudio veremos otros.

Afric. 8 quaest.—Dig. 30, 110: *Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare iussus*.—Vid., por lo demás, Index (Interpolationum) y Biondi, Succ. 439. Se añade: *verum est heredem in hoc teneri ut non pessimum det*.

Pomp. 6 ad Sab.—Dig. 30, 45, 1: *Heres generaliter dare damnatus...*

Ulp. 21 ad Sab.—Dig. 30, 37 pr.: *Legato generaliter relicto veluti hominis, Gaius Cassius scribit id esse observandum ne [optimus vel] pessimus accipiatur...* Accipere, contra ALBERTARIO 379 y con BIONDI 438, me parece denotar claramente que el legatario ha de recibir; luego es un legado damnatorio y con elección del heredero. En la continuación del texto, en cambio, se trata, sin dejar de ser legado damnatorio, de elección del legatario, que no podrá elegir un ejemplar especialmente cualificado, como es un esclavo administrador: *actorem non posse eligi*. BIONDI l. c., siguiendo a LENEL, Paling. II 1088 n. 3, cree que se contraponía ahí un legado de género *per vindicationem* al anterior que es damnatorio, y elimina tan sólo [*optimus vel*]. ALBERTARIO l. c., por su parte, sostiene que los compiladores aprovecharon ese texto para enunciar su doctrina de la obligación de dar un ejemplar de calidad media, pero que en su tenor originario, referido a un legado vindicatorio, no se hablaba de [*optimus vel pessimus*], sino de *<actor>*, y que el final [*qui rescripserunt...*] sería también interpolado: la exclusión del *actor* supondría simplemente una separación del género. El mencionado rescripto de Severo y Caracala no sería otro que el que aparece referido por Marciano en Dig. 39, 4, 16 pr. La identificación me parece arbitraria, pues, aunque aquí también parezca realzarse el valor específico del *servus actor*, no se trata del mismo supuesto de un *homo generaliter legatus*. Como digo, me parece que no hay necesidad de pensar en un legado vindicatorio; se trata de un legado damnatorio con elección del legatario, y ése habría sido el supuesto que motivó el rescripto, por más que no se indique explícitamente en la referencia abreviada que de éste tenemos. Sobre el problema de elegir la calidad media no me detendré aquí pues no interesa para nuestro estudio; de todos modos, es muy posible que no sea un principio clásico. Contra, vid. FERRINI 314.

Lab. 2 post. ex Iav. epit.—Dig. 32, 29, 3: *Si heres tibi servo generaliter legato, Stichum [tradiderit] <mancipaverit> isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse quod ita dederat ut habere non possis...*

Iul. 54 dig.—Dig. 34, 4, 11: *Qui hominem legat et Stichum adimit, non peremit legatum sed extenuat*. Aquí se ha reducido el género porque el testador exceptuó un determinado esclavo. Los compiladores aprovecharon este texto que Juliano traía a compa-

ración para aclarar los efectos de una estipulación análoga (vid. Paling.). Esto indica ya que Juliano tenía en su mente el caso de un legado obligacional, es decir, *per damnationem*, y es muy probable que los compiladores hayan eliminado la mención expresa <*per damnationem*> tras *legat.* Los mismos compiladores agregaron a continuación un trozo de Ulpiano 50 ad Sab. que reza así: *ut Stichum legatarius eligere non possit.* El haber necesitado del trozo de otro autor para completar el de Juliano nos indica ya que este último no decía para ellos todo lo que ellos necesitaban. En efecto, no sabemos de qué trataba Ulpiano al decir esa frase, pero probablemente de un legado alternativo en el que, como ocurre en la obligación alternativa, la elección del legatario podía quedar reducida por concentración de la obligación. Para los compiladores servía, en cambio, para poner claramente la elección a favor del legatario, pues ese era su principio, según resulta de:

Insts. 2, 20, 22: *Si generaliter servus vel alia res legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.*

Caídas las diferencias formales entre legado vindicatorio y damnatorio, no había ya dificultad para hacer depender todo de la voluntad del testador, y, en caso de no aparecer ésta con toda claridad, dejar la elección al legatario, como ya ocurría en el legado de opción que los compiladores tratan de fusionar con el de género.

5. Legado ambiguamente determinado: «A Ticio mi esclavo» (y el testador tenía más de uno). Este tipo de legado se asimila a un legado de cosa genérica (*generaliter*), ya que así resulta ser objetivamente, por más que el testador hubiese pensado en una cosa determinada. Las fuentes presentan bastantes casos de este tipo.

Ulp. 51 ad Ed.—Dig. 30, 71 pr.: *Si domus alicui simpliciter sit legata neque adiectum quae domus, cogentur heredes quam vellet domum ex his quas testator habebat legatario dare: quod si nullas aedes reliquerit, magis derisorium est quam utile legatum.* Parece tratarse evidentemente de un legado damnatorio y con elección de los herederos, como ocurre en el legado de género, pero observemos que no se dice *generaliter*, sino *simpliciter*. Me inclino a pensar, pues, que se trata de un legado ordinario *per damnationem* (según Brinz, Pandekten § 24 n. 3, *per vindicationem*), pero ambiguo, por lo que se convierte en un legado de género.

Es decir: cuando en un legado *per damnationem* de cosa de-

terminada resulta ambigüedad, por insuficiencia de la *demonstratio*, la determinación del objeto debido compete al heredero. Así vemos que ocurre también en:

Ulp. 21 ad Sab.—Dig. 30, 37, 1, de cuyo pr. ya hablamos antes como legado de género. Se dice explícitamente: *si de certo fundo sensit testator nec appareat de quo cogitavit, electio heredis erit quem velit dare: [aut si appareat, ipse fundus vindicabitur]. Sed et si lancem legaverit nec appareat quam, aequae electio est heredis quam velit dare.* Como en la época de Justiniano todo legado puede producir la *vindicatio*, se inserta esa posibilidad mediante interpolación; pero de una manera poco razonable, pues el supuesto de que fundamental y exclusivamente se trata ahí es el de que no aparezca la determinación pensada por el testador. Ya FERRINI vió que el texto no era puro, cfr. Index.—Volvemos a encontrarnos con un legado ambiguo en:

Ulp. 20 ad Sab.—Dig. 30, 32, 1: *Si quis plures Stichos habens Stichum legaverit, si non apparet de quo Stichos sensit, quem elegerit debet praestare.*—El caso es que no se nos dice aquí quién debe elegir. LENEL da por supuesto que se trata de un legado vindicatorio, y, de ser eso cierto, la elección sería del legatario; tendríamos un legado de opción tácita, de los del tipo núm. 2. BESELER, Beiträge 3, 16 cree que desde *quem* el texto está interpolado. CIAPPELLONI, en Studi Bonfante 3, 714 n. 232 cree que Ulpiano se decidía por la nulidad de tal legado: *<inutile legatum erit>*. En la Synopsis griega se introduce ahí una referencia concreta al heredero, pero no sabría decir si para aclarar el texto o por reflejo de un auténtico *heres* escrito por Ulpiano. De todos modos, creo que la aclaración sería exacta: que es el heredero quien debe elegir. En efecto, si buscamos el sujeto lógico del *elegerit*, llegaremos a la evidencia de que debe ser el mismo que el de *praestare*, es decir, el heredero. Ahora bien: *praestare* indica que se trata de cumplimiento de una obligación, por tanto de un legado damnatorio. Así, pues, de no ser inútil el legado (que no lo creo), la elección debía ser del heredero, como ocurre normalmente en todo legado damnatorio. Si el texto no aparece todo lo claro que debiera, ello se debe probablemente a que se suprimió una referencia a su carácter de legado obligacional en la que aparecería el deseado sujeto de los dos verbos. En el párrafo anterior Ulpiano hablaba de un legado

damnatorio también: «... *heres meus dato*».—Todavía debemos considerar otro caso de Ulpiano:

Ulp. 21 ad Sab.—Dig. 30, 39, 6: *Scio ex facto tractatum cum quidam duos fundos eiusdem nominis habens legasset fundum Cornelianum et esset alter pretii maioris alter minoris et heres diceret minorem legatum, legatarius maiorem: volgo fatebitur utique minorem eum legasse, si maiorem non potuerit docere legatarius.*—Esto equivale a decir que en caso de ambigüedad el heredero es quien elige. No se habla aquí de acción, pero será lógicamente, ya que elige el heredero, la *actio ex testamento*.

Como indicábamos antes, CIAPESSONI, en Studi Bonfante 3, 713 sg., cree que tales legados ambiguos eran inútiles. Se apoya en Papiniano, Dig. 23, 3, 69, 4, cuando dice: *fundo non demonstrato nullum esse legatum*. A primera vista el texto puede parecer contundente, pero no juzgo que baste para fundar la crítica de CIAPESSONI. Me resisto a creer que cuando un testador ha legado *per damnationem* un fundo de su patrimonio y este fundo resulta insuficientemente individualizado, no se pueda considerar que hay ahí un legado genérico, con la consecuente elección del heredero. Otra cosa sería si se tratase de un legado *per vindicationem*, pues en ese caso, de no sanarse *ex Neroniano* (lo que no aparece en los textos), resultaba imposible una *reivindicatio* sobre cosa indeterminada, y tampoco podía estimarse en todo caso un legado de opción, que, como veremos, se refiere siempre a esclavos. Así, pues, la regla de Papiniano creo yo que se debe de referir a un supuesto distinto: bien al de legado vindicatorio de otra cosa distinta que un esclavo, bien a un legado damnatorio de una cosa ajena sin determinar. Es claro que en este último caso también el legado debía resultar nulo, de la misma suerte que es nula la estipulación de dar un fundo sin más determinación. Ahora bien: una cosa ajena se lega cuando el testador no tenía ninguna de la misma clase. Así se dice en Ulp. Dig. 30, 71 (ya visto): *si nullas aedes reliquerit, magis derisorium quam utile legatum*. Es curioso, por lo demás, que CIAPESSONI op. cit. 714 n. 213 no critique este texto más que para substituir *simpliciter* por *per damnationem*, pues cree que se trata de un legado de género. Ahora yo confronto las dos formas:

—*domus alicui legata neque adiectum quae domus.*

—*lanx legata nec appareat quam.*

Y me permito preguntar: ¿Hay entre estas dos formas una diferencia tan esencial que obligue a decir que en la primera había un legado de cosa genérica y en la segunda un legado nulo?

Como digo, creo, por mi parte que en todos esos casos de legado *per damnationem* del que resulta ambigüedad, aunque en la intención del testador hubiese legado de cosa cierta —y por eso no se habla de *generaliter legari*—, se estimaba que había un legado *per damnationem* de cosa genérica.

6. Legado de todo un género: «Lego toda la plata» o «la plata que quiera». Ya vimos antes cómo Gayo II 196. trataba de un tipo de legado en que entraban cosas fungibles, pero que, al ser de la totalidad de lo que de ellas hubiera en la herencia, equivalía a un legado de tipo ordinario, sin indeterminación. Un ejemplo nos presenta.

Maec. 8 fideic.—Dig. 35, 2, 30, 5: *Incertae autem res relictæ distinctionem recipiunt: nam si ex suis rebus incertam rem testator reliquisset, veluti «argentum quod elegerit», et omne argentum testatoris deperisset, admissa lege Falcidia portio eius quantitatis sumeretur quæ fuit in bonis eo tempore quo testator decessit, nec ad imminuendam eam quicquam damna postea incidentis proficiunt.*—En la segunda parte del texto se trata evidentemente de un legado de cantidad, del tipo núm. 3, pero en la primera parte depende la interpretación de quién sea el sujeto de *elegerit*. El que sea una parte *incerta* podría hacer pensar que es el heredero quien ha de elegir, pero eso equivaldría a declarar inane el legado, pues dependería exclusivamente de la voluntad del heredero el cumplirlo o no. Por eso me inclino a creer que es el legatario el que puede elegir, pero eso quiere decir que no hay incertidumbre: si se lega lo que quiera el legatario, eso equivale a legar todo el género de la herencia por la misma razón que nos hace decir que, si eligiese el heredero, el legado sería irrisorio. Se trata, pues, de un legado de cosa cierta, y por eso se rige por sus reglas: como si *omnes res per speciem enumeratæ relictæ essent* (§ 6). El pasaje, de todos modos, no está exento de retoques.

7. Legado alternativo: «Lego a Ticio Estico o cien». El objeto del legado es A o B (o C o D...). A y B pueden consistir en cosa determinada o indeterminada a su vez. Cuando el legado es *per vindicationem*, la elección corresponderá al legatario (Dig. 30, 34, 14). Si es *per damnationem*, corresponderá normal-

mente al heredero (Dig. 30, 84, 9), y al legatario si así se dispuso expresamente o incluso si el heredero no elige a su debido tiempo (Dig. 31, 11, 1). Dig. 31, 19 nos presenta un raro caso en que los compiladores se olvidaron de suprimir la diferencia entre legado vindicatorio y damnatorio; contra FERRINI, no creo que se haya referido nunca ese texto a la *optio* (Cfr., por lo demás, las referencias en el Index). Las reglas aplicables son las que ya expusimos en nuestro citado trabajo sobre las obligaciones alternativas. Así, si se lega Estico o cien, a elección del heredero, el legatario no dispondrá más que de una *actio ex testamento*; si la elección es del legatario, tendrá o la *vindicatio* sobre Estico o una *actio ex testamento* para reclamar cien. Cuando se trata de legado damnatorio con elección del heredero, como será lo más corriente, los efectos son muy similares a los del legado de género, pero no debemos olvidar que los objetos de tal legado alternativo pueden ser ajenos, a diferencia de lo que ocurre en el legado de género. Cuando se trata de un legado alternativo *per vindicationem*, los efectos son muy similares a los del legado de opción, pero éste, por un lado, sólo versa sobre esclavos, por otro lado, es, como veremos, intransmisible.

Por todo lo expuesto, ya podemos comprender cuán fácil resultaba el confundir todos estos tipos y cuán tentador el comprender todos aquellos en que elegía el legatario —y ya dijimos que así ocurre normalmente, en época de Justiniano, con el legado de género— bajo el concepto unificador de la *electio*.

Nuestra investigación consistirá en discernir lo más exactamente posible la *optio* de estas otras figuras similares con que aparece confundida y tratar de reconstruir a la vez la dogmática clásica y el carácter más genuino de nuestra institución. Seguiremos para ello el mismo método que en nuestro estudio sobre la *In diem addictio* (en ANUARIO 16-1945 pg. 193): reuniremos los textos que nos han de servir de fundamento para nuestra investigación en un *conspectus locorum* (I), iremos reconstruyendo palingenésicamente el pensamiento de la jurisprudencia (II) y expondremos al final los resultados, no sólo dogmáticos (III), sino también históricos (IV).

I.—CONSPECTUS LOCORUM

Tomamos como base el título del Digesto *de optione vel electione legata* (33, 5) —en la columna de la izquierda— y colocamos en columna paralela los otros textos pertinentes que no proceden de la *sedes materiae*. Cada texto lleva un número en negrilla, que servirá para ulteriores referencias a lo largo de nuestro estudio. Los números simples corresponden exactamente a los del 33, 5 del Digesto, es decir, a los de la columna de la izquierda (**1, 2... 22**); para los otros se sigue una numeración complementaria, en relación con el texto de la *sedes materiae* a que se hallan aproximados (**1a, 2a... 19a, 19b**). El orden de aproximación es el siguiente:

Dig. 33, 5	1. Ulpiano, <i>2 ad Sab.</i> ↪ Ulp., <i>2 ad Sab.</i> —Dig. 50, 16, 160	1a
	2. Ulpiano, <i>20 ad Sab.</i> ↪ <i>Ulpiani Regulae</i> , 24, 14	2a
	Justiniano, <i>Instit.</i> 2, 20, 22	2b
	Ulp., <i>20 ad Sab.</i> —Dig. 30, 32, 1	2c
	Ulp., <i>20 ad Sab.</i> —Dig. 34, 2, 19, 2	2d
	Ulp., <i>23 ad Sab.</i> —Dig. 36, 2, 12, 7 y 8	2e
	3. Ulpiano, <i>23 ad Sab.</i> ↪ Ulp., <i>24 ad Ed.</i> —Dig. 10, 4, 3, 6 y 10	3a
	4. Paulo, <i>3 ad Sab.</i> ↪ Paul., <i>1 ad Sab.</i> —Dig. 30, 5 pr.	4a
	Paul., <i>2 ad Sab.</i> —Dig. 30, 10	4b
	5. Africano, <i>5 quaest.</i> ↪ Afric., <i>5 quaest.</i> —Dig. 30, 108, 2	5a
	6. Pomponio, <i>6 ad Sab.</i> ↪ Gayo, <i>2 ad Ed. urb.</i> —Dig. 40, 9, 3	6a
	Pomp., <i>5 ad Sab.</i> —Dig. 30, 20	6b
	7. Paulo, <i>10 quaest.</i> ↪ Paul., <i>21 ad Ed.</i> —Dig. 50, 16, 28 pr.	7a
	8. Pomponio, <i>6 ad Sab.</i> ↪ Pomp., <i>6 ad Sab.</i> —Dig. 10, 4, 4	8a
	Pomp., <i>6 ad Sab.</i> —Dig. 33, 6, 2, 1	8b
	Papiniano, <i>12 quaest.</i> —Dig. 47, 2, 81 (80), 2	8c
	9. Juliano, <i>32 digest.</i> Pap., <i>28 quaest.</i> —Dig. 50, 17, 77	8d
	10. Juliano, <i>34 digest.</i> ↪ Ulp., <i>19 ad Ed.</i> —Dig. 10, 2, 18 pr.	10a
	11. Juliano, <i>36 digest.</i> ↪ Jul., <i>70 dlg.</i> —Dig. 30, 99	11a
	12. Juliano, <i>1 ex Minic.</i> ↪ Pomp., <i>2 ad Sab.</i> —Dig. 30, 8, 2	12a
	13. Paulo, <i>8 ad Plaut.</i> ↪ Paul., <i>2 epit. Alf. dig.</i> —Dig. 35, 3	
	14. Javoleno, <i>2 ex Cassio</i> 28, 1	13a
	15. Javoleno, <i>2 epistul.</i>	
	16. Terencio, Clemente, <i>15 ad leg. Iul. et Pap.</i>	
	17. Terencio, Clemente, <i>17 ad leg. Iul. et Pap.</i>	

Dig. 33,5	18. Cervidio Escévola, <i>13 quaest.</i>	Ulp., <i>11 ad Ed.</i> —Dig. 4, 3, 9, 1	18a
		Ulp., <i>11 ad Ed.</i> —Dig. 4, 4, 7, 7	18b
	19. Paulo, <i>3 sent.</i>	Just., <i>Cod.</i> 6, 43, 3	19a
		Just., <i>Inst.</i> 2, 20, 23	19b
	20. Labeón, <i>2 post. a lav. epit.</i>		
	21. Cervidio Escévola, <i>22 digest.</i>		
	22. Cervidio Escévola, <i>17 digest.</i>		

1 Divus Pius Caecilio Proculo rescripsit eum cui servorum legata sit electio, tres posse eligere.

(Dig. 50, 16, 160)

1a

«Ceterorum» et «reliquorum» appellatione etiam omnes continentur, ut Marcellus dixit circa eum cui optio servi legata est, ceteri Sempronio: nam temptat, si non optet, omnes ad Sempronium pertinere.

2 Quotiens servi electio vel optio datur, legatarius optabit quem velit. 1. Sed et homine generaliter legato arbitrium eligendi quem acciperet ad legatarium pertinet. 2. Data igitur optione si quis optaverit alienum servum vel hominem liberum, videndum est an consumpserit optionem: et puto non consumi. 3. Eum cui centum amphorarum electio data sit, acetum eligentem non consumere optionem, si id acetum elegerit quod vini numero pater familias non habuit:

(Reg. Ulp. 24, 14)

2a

Optione autem legati per vindicationem data legatarii electio est, veluti: HOMINEM OPTATO, ELEGITO. Idemque est et si tacite HOMINEM HERES HOMINEM DARE, heredis electio est, quem velit dare.

(Just. I. 2, 20, 22)

2b

Si generaliter servus vel alia res legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

(Dig. 30, 32, 1)

2c

Si quis plures Stichos habens Stichum legaverit, si non apparet de que Sticho sensit, quem elegerit debet praestare.

(Dig. 34, 2, 19, 2) **2d**

Sed si argenti facti pondo centum sit legata. ex facto argento debebitur legatum. Unde est quaesitum apud Celsum an et vascula possit separare: et scripsit vascula non separaturum, licet ei optio fuerit relicta.

(Dig. 36, 2, 12, 7 y 8) **2e**

Si cui homo generaliter sit legatus et antequam vindicet decesserit, ad heredeum suum suum legatum transfert. Si Titio sit sic legatum «quem Seius elegerit» et Seius post electionem decesserit, locus est vindicationi semel acquisitae.

3. Scilicet si ante exhibitionem, hoc est ante degustationem, acetum elegerit.

(Dig. 10, 4, 3, 6 y 10) **3a**

Item si optare velim servum vel quam aliam rem cuius optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitis possim vindicare. Plus dicit Iulianus, etsi vindicationem non habeam interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi: ut puta, si mihi servus legatus sit quem Titius optasset: agam enim ad exhibendum quia mea interest exhiberi ut Titius optet et sic vindicem, quamvis exhibitum ego optare non possim.

Optio Servi

- 4** Scyphi electione data, si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset, integram ei optionem manere placet (nisi ex his dumtaxat eligere voluisset, cum sciret et alios esse):
- (Dig. 30, 5 pr.) **4a**
- Servi electione legata semel dumtaxat optare possumus.
- (Dig. 30, 10) **4b**
- Iulianus nec a filio familias sine iussu patris optari posse nec ante aditam hereditatem putat quod est verum.
- 5** nec solum si fraude heredis, sed etiam si alia qualibet causa id evenerit.
- (Dig. 30, 108, 2) **5a**
- Cum homo Titius legatus esset quaesitum est utrum arbitrium est heredis est quem velit dandi an potius legatarii. Respondi verius dici electionem eius esse cui potestas sit qua actione uti velit, id est legatarii.
- 6** Mancipiorum electio legata est. Ne venditio, quandoque eligente legatario, interpelletur, decernere debet praetor, nisi intra tempus ab ipso praefinitum elegisset, actionem legatorum ei non competere. quid ergo si die praeterito, sed antequam venderet heres, vindicare legatarius velit? quia non est damnum subiturus heres, propter quod decernere praetor id solet. Et quid si die praeterito, quam finierit praetor, heres aliquos ex servis vel omnes manumiserit? nonne praetor eorum tuebitur libertatem? ergo totiens actio deneganda non est, si omnia in integro
- (Dig. 40, 9, 3) **6a**
- Si optio hominis data sit vel indistincte homo legatus sit, non potest heres quosdam servos vel omnes manumittendo aut evertere aut minuere ius electionis: nam optione sive electione servi data quodammodo singuli sub condicione legati videntur.
- (Dig. 30, 20) **6b**
- Qui duos servos haberet unum ex his legasset, ut non intellexeretur quem legasset, legatari est electio.

sint. Idem est et si pignori aliquos ex his servis heres dederit post diem vel vendiderit.

7 Immo et si quosdam servos distraxit quosdam retinuit, non est audiendus legatarius, si velit optare ex retentis ab herede cum iam disposuerit familiam heres.

8 Si tibi electio servi et mihi reliqui legati sunt, decernendum est a praetore, nisi intra certum tempus optaveris, petitionem tibi non datu iri. 1. Ei ex quattuor viriolis duae quas elegissem mihi legatae sunt, sive duae solae relictas sint sive ab initio duae solae fuerint, valet legatum. 2. Unius hominis mihi et tibi optio data est: cum ego optassem, si non mutassem voluntatem, deinde tu eundem optaveris, utriusque nostrum servum futurum. Quod si ante decessissem vel furiosus factus essem, non futurum communem, quia non videor consentire, qui sentire non possim: humanius autem erit ut in hoc casu quasi semel electione facta fiat communis. 3. Si rerum depositarum electio mihi relicta sit, et ad exhibendum cum eo apud quem depositae sint

(Dig. 50, 16, 28 pr.)

7a

«Alienationis» verbum etiam usucapionem continet... qui occasione acquirendi non utitur non intellegitur alienare: veluti qui hereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur.

(Dig. 10, 4, 4)

8a

nam et cum eo apud quem deposita vel cui comodata vel locata res sit agi (*ad exhibendum*) potest.

(Dig. 33, 6, 2, 1)

8b

Si centum amphorae quas velles tibi legatae sint, ex testamento agendo consequi potes ut degustare tibi liceat: aut quanti interfuerit licere tibi degustare ad exhibendum agere potes.

(Dig. 47, 2, 81 (80) 2)

8c

Si ad exhibendum egissem optaturus servum mihi legatum et unus ex familia servus subreptus, heres furti habebit actionem: eius interest: nihil enim refert cur praesatri custodia debeat.

(Dig. 50, 17, 77)

8d

Actus legitimi, qui non re-

agere potero et cum herede agere, ut si depositi agendo facultatem mihi eligendi praestet.

- 9 Cum ita legatur: «Titio Stichum do lego, si Pamphilum non elegerit: eidem Titio Pamphilum, si Stichum non elegerit», simile est atque si ita legatum fuisset: «Titio Stichum aut Pamphilum, utrum eorum volet do lego». 1. Quaesitum est, si Stichus sub conditione liber esse iussus sit et mihi optio servi data esset vel servus generaliter legatus esset, quid iuris esset. Dixi commodius constitui eum qui sub conditione libertatem Sticho det et optionem servorum, non cogitare de Sticho, sicuti constat non cogitare eum de eo cui praesentem libertatem dederit: secundum quod, si Stichum optavero vel elegero, nihil agam et ex ceteris nihilo minus optabo. 2. In eodem casu quaesitum est, si optione servorum data, antequam optarem, condicio statutae libertatis defecisset, an Stichum optare possim. Puto Mucianae sententiae ad sentiendum qua placet ipsa libertate legatum perire, non datione statutae libertatis: quare, sive vivo testatore sive post mortem eius

cupiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem.

et ante aditam hereditatem condicio statutae libertatis defecerit, legatum erit utile: nam, sicut pura libertas, ita statuta libertas aditae hereditatis tempore vires accipit. Ideoque Stichum optare possum.

- 10** Si Pamphilo servo Lucii Titii servus generaliter legatus sit deinde dominus Pamphili, postquam dies legati cesserit, eum manumississet: si quidem Titius servum vindicaverit, extinguitur Pamphili legatum, quia non esset in hereditate qui possit optari. Si vero Titius legatum a se repudiasset, Pamphilum optare posse legatum constat: licet enim manumissione Pamphili duae personae constituerentur Titii et Pamphili, unius tamen rei legatum inter eas vertitur et Titio vindicante optio extinguitur, repudiante Pamphilus optare potest.

- 11** Si Eros Seio legatus sit et Eroti fundus, deinde optio servi Maevio data fuerit isque Erotem optaverit, fundus ad solum Seium pertinebit, quoniam aditae hereditatis tempore is solus erit ad quem posset legatum pertinere. Nam et cum servo communi alter ex sociis legat, idcirco ad solum

(Dig. 10, 2, 18 pr.)

10a

His consequenter Iulianus ait: si ex pluribus heredibus uni servus sit generaliter per optionem legatus et heredes Stichum tabulas hereditarias interlevisse dicant vel corripuisse et propter hoc renuntiaverint ne optaretur servus, deinde optatus vindicetur, doli mali exceptione uti et de servo quaestionem habere.

(Dig. 30, 99)

11a

Si domino Stichus legatus esset et servo eius optio data, partem dimidiam Stichi dico ad dominum pertinere, quod possit servus manumissus eundem Stichum optare.

socium totum legatum pertinet, quoniam die legati cedente solus est qui per eum servum possit acquirere.

- 12** Servo generaliter legato verius est omnes heredes, si eis electio data est, eundem dare debere: si non consentiant heredes, ex testamento eos teneri.

(Dig. 30, 8, 2)

12a

Si ita legatum sit: «lecticarios octo aut pro his in homines singulos certam pecuniam, utrum legatarius volet», non potest legatarius partem servorum vindicare, pro parte nummos petere, quia unum in alterutra causa legatum sit, quemadmodum si olei pondo quinquaginta aut in singulas libras certum aes legatum sit: ne aliter observantibus etiam uno homine legato divisio concedatur. Nec interest divisa ea summa an iuncta ponatur: et certe octo servis aut pro omnibus certa pecunia legata non posse invitum heredem partem pecuniae partem mancipiorum debere.

- 13** Si optio servi data mihi fuerit et Stichum aliquid testator sine libertate legasset, tunc sequens legatum consistit cum tota familia ad unum, id est Stichum, reciderit, ut quasi pure legato utiliter sit legatum. Nec adversatur Catoniana, si voluntarius heres institutus sit, quia potest ante aditam hereditatem, etiamsi statim decesserit, familia minui:

(Dig. 35, 1, 28, 1)

13a

«Attia uxor mea optato Philargyrum puerum Agatheam ancillam qui mei erunt cum moriar»: is qui testamentum fecit Agatheam quam testamenti tempore habuit vendidit et postea ancillas emit, ex his uni Agatheae nomen imposuit: quaesitum est an haec legata videretur, respondit legatam videri.

quod si necessarius heres institutus sit, sequens legatum propter Catonianam inutile est.

1. Pomponius scribit emptore hereditatis postulante, ut is cui servi optio legata sit optet, videndum esse an praetor ut id faciat cogere debeat legatarium, quemadmodum si heres institutus id postularet, quia potest per heredem id emptor consequi: et quare non possit non video.

14 Si, cum optio servi ex universa familia legata esset, heres aliquem priusquam optaretur manumisit, ad libertatem eum interim non perducit, servum tamen quem ita manumisit amittit, quia is aut electus legato cedit aut relictus tunc liber ostenditur.

15 Servo sine libertate legavit, deinde optionem servorum Maevio dedit: is eundem servum optavit: quaero an id quoque quod legatum est ei deberetur. Respondit: non puto legatum huius servi nomine ad dominum pertinere.

16 Optione legata placet non posse ante aditam hereditatem optari, et nihil agi si optaretur.

17 Cum optio duorum servorum Titio data sit, reliqui Maevio legati sint, cessante primo in electione «reliquorum» appellatione omnes ad Maevium pertinent.

18 Homine legato Neratius ait nihil agi repudiato Pamphilo itaque eum ipsum eligi posse.

(Dig. 4, 3, 9, 1)

18a

Si autem mihi persuaseris ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico de dolo dandam, si callide hoc feceris.

(Dig. 4, 4, 7, 7)

18b

Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit et si sine dolo cuiusquam legatum repudiaverit, vel in optionis legato captus sit dum elegit deteriorem, vel si duas res promiserit illam aut illam et pretiosorem dederit, debere subveniri: et subveniendum est.

19 «Illud aut illud, utrum elegerit legatarius»; nullo a legatario electo decedente eo post diem legati cedentem ad heredem trasmitti placuit.

(Just. a. 531-Cod. 6, 43, 3)

19a

Si duobus vel tribus hominibus vel pluribus forte optio servi vel alterius rei relicta fuerit, vel si uni quidem legatario optio servi vel alterius rei relicta est, ipse autem moriens plures sibi reliquerit heredes, dubitabatur inter veteres, si inter legatarios vel heredes legatarii fuerit certatum et alter alterum servum vel aliam

20 Apud Aufidium libro primo rescriptum est cum ita legatum est: «vestimenta quae volet triclinaria sumito sibi que habeto», si is dixisset quae vellet, deinde, antequam ea sumeret, alia se velle dixisset, mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit, quoniam res continuo eius fit, simul ac si dixerit eam sumere.

21 Filium et uxorem heredes scripsit, filiam exheredavit et ei legatum dedit, cum in familia nuberet, centum et, cum in familia nupserit, his verbis: «insuper arbitrato Semproniae matris eius mancipia decem, quae confestim post aditam hereditatem meam a Sempronia uxore mea eligi volo: quae mancipia, cum in familiam nupserit, dari volo. Et si antequam nupserit aliquod ex mancipiis decesserit, tunc in locum eius arbitrato Semproniae matris eius dari volo, dum ad eam plenus numerus perveniat. Quod si Sempronia mater eius non elegerit, tunc ipsa sibi quae volet eligat». Quaesitum est, cum mater elegerit, an ea quae ex his mancipiis ante nuptias adgnata sunt ad puellam supra numerum de-

rem eligere velit, quid sit statuendum. 1. Sancimus itaque in omnibus huiusmodi casibus rei iudicem fortunam esse, sortem etenim inter altercantes adhibendam, ut quem sors praetulerit is quidem habeat potestatem eligendi, ceteris autem aestimationem praestet contingentium eis partium: id est in servis quidem et ancillis maioribus decem annis, si sine arte sint, viginti solidis aestimandis, minoribus videlicet decem annis non amplius quam decem solidis computandis: sin autem artifices sunt... 1a. Sed et si quis optionem servi vel alterius rei reliquerit non ipsi legatario sed quem Titius forte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere vel morte fuerit praeventus, et in hac specie dubitabatur apud veteres quid statuendum sit, utrumne legatum expirat an aliquid inducitur ei adiutorium, ut viri boni arbitrato procedat electio. 1b. Censemus itaque, si intra annale tempus ille qui eligere, iussus est, hoc facere supersederit vel minime potuerit vel quandocumque decesserit, ipsi legatario videri esse datam electionem, ita tamen ut non optimum ex servis vel aliis rebus quicquam eligat, sed mediae aestimationis, ne, dum legatarium satis esse fovendum.

cem mancipiorum pertineant. Respondit, cum mancipiorum legatum in tempus nuptiarum testator transtulit, id quod medio tempore ancillae enixae sunt ad filiam non pertinere. Idem quaesit, ante nuptias eorundem mancipiorum fructus et usus an ad Semproniam matrem pertineant. Respondit nihil proponi cur ad matrem pro solido pertineant.

- 22** Maritus uxori suae codicillis per fideicomisum dedit praedia item lances quas elegerit quattuor: quaesitum est an ex his lancibus quae mortis tempore sint eligere possit. Respondit posse.

existimamus, heredis commoda defraudentur...

Just. l. 2, 20, 23)

19b

Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium iusserat, habebat in se condicionem, et ideo nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non trans mittebat. Sed ex constitutione nostra et hoc in meliorem statum reformatum est et data est licentia et heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit. Et diligentiore tractatu habito et hoc in nostra constitutione additum est ut, sive plures legatarii existant quibus optio relicta est et dissentiant in corpore eligendo sive unius legatarii plures heredes et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant), fortunam esse huius optionis iudicem et scrite esse dirimendum, ut ad quem sors perveniat illius sententia in optione praecellat.

II.—EXEGESIS CRITICA

Estudiaremos los textos de la jurisprudencia romana pertinentes al legado de opción por el siguiente orden: 1. Javoleno, 2. Juliano (y Africano), 3. Terencio Clemente, 4. Pomponio (Gayo y Papiniano), 5. Escévola, 6. Paulo, 7. Ulpiano y 8. Justiniano (y Teófilo).

Los textos aparecerán citados por el número correspondiente del *Conspectus Locorum* (en negrilla), a continuación del cual se indicará también la referencia de la Palingenesia Iuris Civilis de Lenel. Todavía, me decido esta vez a indicar también, en los textos fuera del 33, 5, la referencia del Digesto, para mayor facilidad del lector, aunque ésta ya se puede encontrar en el *Conspectus*.

I. JAVOLENO

Empecemos con Javoleno, seguidor de Sabino y buen receptor de las doctrinas de la primera jurisprudencia clásica. De este juriconsulto se conservan en el 33, 5, tres fragmentos, dos de ellos en la masa edictal (**14** y **15**) y otro en el Apéndice (**20**).

15: Iav. (2 epist.) 83.—Nos da una regla clara: cuando un testador lega algo a un esclavo propio, sin manumitirle, y deja la *optio servi* a Mevio, si Mevio opta precisamente al esclavo legatario, el legado del esclavo es inválido, porque el derecho de Mevio sobre el esclavo depende de la opción y ésta no puede realizarse hasta después de ser adida la herencia, es decir, cuando el esclavo pertenece ya al heredero y, consecuentemente, el legado se ha hecho nulo por confusión. Esto nos demuestra ya, como observa FERRINI 322, que la *optio* no tenía efectos retroactivos, pues en ese caso el esclavo hubiese sido considerado como en propiedad de Mevio desde un principio y Mevio hubiese podido beneficiarse del legado hecho a su esclavo. Paulo **13** nos mostrará un caso semejante con alguna variante de interés.

14: Iav. (2 ex Cassio) 8.—Aunque cabía la posibilidad (vid. infra Paulo **13a**) de alguna limitación, el que se diera la *optio ex universa familia* era lo corriente. El heredero no puede mermar él tal amplitud. Por eso, si el heredero, antes de realizarse la *optio*, ma-

numite alguno de los esclavos hereditarios, la manumisión no tiene efectos inmediatos: tendremos un *statuliber*. Si aquel mismo esclavo es optado, la manumisión no ha producido ningún efecto; en caso contrario, dice el texto, la manumisión cobra valor. Parece haber en este caso, contra lo que decíamos en el texto anterior, un efecto retroactivo, ya que se dice que el esclavo «resultará ser libre» (*liber ostenditur*). Esta retroactividad hace que el pasaje sea reputado sospechoso. BESELER, en ZSS. 43, 551 (contra: PEROZZI Istituz. 2, 164 n. 1), sustituye *ostenditur* por *fit*, precisamente para eliminar el efecto retroactivo. Vid. ahora, acerca del origen justinianeo de la retroactividad de la *condicio iuris* y de la *condicio facti*, BETTI, en los Scritti Pavia a Ferrini 477. En Gayo 6^a se dice que el heredero no puede menguar la opción manumitiendo esclavos. El «no puede» no sería absolutamente incompatible con la opinión de Cassio recogida aquí por Javoleno. De todos modos, el principio de la validez condicionada de tales manumisiones no parece absolutamente clásico. Aunque no quiero entrar en un tema que nos desviaría excesivamente de nuestro propósito, me atrevería a ver una tendencia obediente al *favor libertatis* predominante en la última época. Nuestro texto estaría alterado en ese sentido; Javoleno habría afirmado la nulidad de tal manumisión. Vid. VASSALLI, en BIDR. 27 (1915) 200; GUARNERI CITATI, en Studi Bonfante 3, 454 n. 69 (en pg. 456); DONATUTI, Lo statulibero (1940) 100; DEVILLA 279 sgs.; P. VOCI, Teoria dell'acquisto del legato secondo il Diritto Romano (1936) 101 sgs.

20: lav. (2 Lab. post. epit.) 179.—La respuesta procede de Aufidio Namusa, a través de Labeón. Se trata de la siguiente cláusula testamentaria: «*vestimenta quae volet triclinaria sumito sibi que habeto*». Es, pues, un tipo de legado *per vindicationem* (cfr. Gayo II 193). Una vez notificada la elección por parte del legatario, éste adquiere la propiedad y ya no puede variar su elección. CUJÁS, BERNSTEIN, FERRINI han creído ver ahí un legado de opción; creo, con DEVILLA 256 sg., que no. No se habla para nada de *optare*. Pero tampoco es un legado de género, sino un legado de los que hemos visto antes bajo el núm. 6: legado de todo un género. El legatario, si quiere, puede elegir todos los *vestimenta triclinaria* que encuentre en la herencia. Por lo tanto, no se trata aquí de que se elimine un *ius variandi*, sino de que al elegir unos vestidos, se considera que repudia el legado sobre los que no elige; lo que no pue-

de revocar es la repudiación, la notificación negativa. Es, por tanto, un legado vindicatorio ordinario, por más que las palabras puedan hacer pensar en otra cosa. El final del texto, desde *quoniam* presenta una razón inelegante y ya fué criticado por BREMER, *Iurispr. Antehadr.* 2, 1 pg. 198 y por DEVILLA 257; quizá la glosa explicativa empiece en *quia omne*.

2. JULIANO

Pasemos ahora a los fragmentos que se nos conservan de Juliano, el más genial quizá de los juristas romanos. Sus digesta sirvieron de base al título 33, 5; de esa obra se tomaron los fragmentos **9**, **10** y **11**, al que sigue un pequeño fragmento, el **12** del ex Minicio; todos dentro de la masa sabiniana. Empecemos por el último.

12: Iul. (1 ex Minicio) 847.—En el libro I ex Minicio trataba Juliano de los legados. El fragmento que aquí se nos conserva presenta un caso de legado de género. Evidentemente —*actio ex testamento*— se trata de un legado *per damnationem*. Los herederos se tendrán que poner de acuerdo para «dar» todos el mismo objeto genérico, en este caso un esclavo (*servo generaliter legato*). El principio es claro y en nada repugna al Derecho romano clásico. No así la forma del texto. La misma evidencia del principio hace que no se explique la timidez con que se formula: *verius est...* En realidad no había otra solución; nadie pudo pensar jamás que cada heredero podía cumplir entregando una parte de esclavo distinto. Por otro lado, como se trata de un legado *per damnationem*, la elección corresponderá sin más a los herederos; aquí, en cambio, parece que se les atribuyó la elección de una manera expresa: *si eis electio data est*. No olvidemos que en la época tardía la elección se atribuye, en el legado genérico, al legatario, y sólo por voluntad expresa del testador al heredero. Por esto el texto ha sido objeto de crítica: FERRINI 286 n. 1; BESELER *Beiträge* 3, 18; LENEL en *ZSS.* 3, 19 n. 4 y 5; RICCOBONO en *BIDR.* 7 (1894) 255; DEVILLA 266. Por mi parte, conjeturo que una glosa marginal *verius est si eis electio data est* se introdujo en el texto partida en dos.

Pasemos ahora a los textos de los digesta de Juliano.

9: Iul. (32 dig.) 465.—En ese libro trataba Juliano del legado *per vindicationem*.

9 pr.—Se trata de un legado alternativo, vindicatorio y por ende con elección del legatario. El testador, en vez de decir «Estico o Pánfilo», dijo «Estico y, si no, Pánfilo». Era lo mismo. No es legado de opción.

9, 1.—Como Juliano hablaba en ese libro de legado vindicatorio, es claro que la adición del legado genérico es espúrea; obedece a la *exaequatio* que persiguen los compiladores. Hay que eliminar por de pronto: [*vel servus generaliter legatus esset*] y [*vel elegero*]. Pero el fragmento es, probablemente, una nueva redacción del texto de Juliano, por lo que no debemos intentar su depuración. Vid. los intentos de BESELER Beiträge 3, 161, pero sobre todo, en ZSS. 55, 475; DEVILLA 251 sg.—Se dice ahí que si el testador dió la opción y al mismo tiempo la libertad condicional a uno de los esclavos, se considera que el testador quiso excluirlo de la opción. La solución de fondo puede ser la de Juliano pese a las modificaciones formales.

9, 2.—Sigue hablándose de un legado de opción, y exclusivamente de él. Con todo, los compiladores han querido hacer la extensión al legado genérico sin mucho esfuerzo, mediante un recordatorio inicial: [*In eodem casu (!)*] <*idem (?)*>. El supuesto es aquí el de que la condición bajo la que se dió la libertad a uno de los esclavos ha quedado frustrada antes de que se realizase la *optio*. Juliano se adhiere a la opinión muciana de que aquel esclavo también podía ser optado, ya que *ipsa libertate legatum peremi, non datione statutae libertatis*. Sobre esta opinión muciana vid. Donatuti, Lo statulibero 63 sgs. La crítica de BESELER l. c. me parece excesiva, aun admitiendo que el texto originario presentaba una redacción más reducida. Para *datio statutae libertatis* vid. Paling. 464 (Dig. 30, 81, 9).

10: Iul. (34 dig.) 492.—Juliano hablaba ahí de legados, pero no sabemos si concretamente de los vindicatorios (como en el libro 32) o de los damnatorios (como en el 33). En su forma actual este texto nos presenta lo siguiente: Se ha legado un esclavo *generaliter* a Pánfilo, esclavo a su vez de Ticio. Después del *dies cedens*, Ticio manumite a Pánfilo. Se dice que si Ticio reivindica el esclavo legado, el derecho de Pánfilo (ya libre) como legatario se extingue «ya que no hay en la herencia esclavo que pueda ser op-

tado». Si, por el contrario, Ticio repudia el legado hecho a Pánfilo, éste podrá *optare*. Aunque con la manumisión parecen haberse desdoblado los legatarios, se dice, el legado es siempre sobre un sólo objeto, de suerte que Ticio tiene preferencia, pero si no hace uso de ella, Pánfilo puede hacer efectivo el legado que su antiguo amo no quiso.—El texto requiere una consideración detenida.

A la vista salta inmediatamente la mezcla del supuesto de un legado *generaliter* con las alusiones a la *optio* (*optare posse... optare potest... optio exstinguitur...*). Por lo demás, resulta sorprendente que el derecho pase de ese modo del amo a su antiguo esclavo.

Ya decía CUYACIO (cit. BERNSTEIN 180 n. 17) que era esa una *lex singularis valde*. El mismo BERNSTEIN veía ahí un curioso caso de transmisión del derecho a optar. FERRINI 319 sg., por su parte, cree que se trata de un legado genérico, no de un legado de opción, porque en éste no hay propiamente *cessio diei*, ya que el derecho no se adquiere hasta que se realiza la *optio*; pero tenía que reconocer que, aun tratándose de legado genérico, había por parte de Juliano «una lieve improprietá di linguaggio». DEVILLA 265, salvando a Juliano de esa censura y tras las huellas de SCIALOJA (en Dig. Milanés), considera impropia la forma *possit* y como interpolada toda la frase *quia non esset in hereditate qui possit optari*, que no resulta inteligible; hace también otros reparos estilísticos, y concluye diciendo que «le difficoltà si risolvono se si ritiene il fr. alterato». Con esto no consigue adelantar mucho respecto a FERRINI, pues sigue pensando como éste que se trata de un legado genérico. Persuadido como estoy de la necesidad de utilizar siempre la crítica de interpolaciones, creo, sin embargo, que debemos también esforzarnos por explicar la razón de la interpolación. DEVILLA dice que la interpolación obedece a la tendencia justiniana a la *exaequatio* entre el legado de opción y el de cosa genérica; pero esto no lo explica todo; no explica en especial esa misteriosa frase *quia non esset in hereditate qui possit optari*. Por eso creo que debemos proponernos la crítica de este texto con mayor rigor lógico.

Si la *optio* es, como veremos, un acto personalísimo e intransmisible, es consecuente que en nuestro caso quien podía *optare* no era Ticio, sino Pánfilo, aunque éste hubiese necesitado para ello, antes de haber sido manumitido, el *iussum domini*. Aquí es evidente que la *optio* no había tenido lugar, pues, como era, según veremos también, un acto initerable, Pánfilo, de haber optado, no po-

día ya repetir el acto. No hubo, pues, *optio* y, no obstante esto, Ticio dispone de la *reivindicatio*, como se dice expresamente. Observemos ya que la mención de la *vindicatio* nos obliga a pensar que no se trata de un legado de cosa genérica; a imputar a los compiladores la alusión inicial al legado *generaliter*, y a especular con el criterio firme de que efectivamente se trata de un legado de opción. Pero la cuestión es ésta: ¿Cómo se explica que se pueda dar una *vindicatio* antes de haberse realizado la opción, contra lo que es regla segura, según dijimos e iremos comprobando? El disponer Ticio de una *vindicatio* equivale a decir que Ticio ya había adquirido el derecho, y, en efecto, se dice que había ocurrido ya el *dies cedens*, precisamente antes de haberse hecho libre Pánfilo. Es decir, Ticio, a través de su esclavo Pánfilo, había adquirido la propiedad sobre un esclavo que se le había legado a Pánfilo, pero esto sin haber realizado la opción.

La clave de la interpretación me parece que reside precisamente en la inexplicable frase *quia non esset in hereditate qui possit optari*. ¿Qué quiere decir que no había en la herencia esclavo que pudiera ser optado? Creo que esta explicación nos permite pensar que en la herencia no había más que un solo esclavo que pudiera ser optado. Como veremos después en un texto de Paulo (13), en el caso de que *tota familia ad unum reciderit* ocurre un fenómeno perfectamente explicable: el legado se convierte en un legado ordinario *per vindicationem*, lo mismo que si se hubiese legado directamente el único esclavo superviviente. Y al desaparecer la indeterminación ya no había dificultad en admitir un *dies cedens* ordinario, de suerte que el legatario adquiriese la propiedad desde ese momento, sin necesidad de optar. De ahí que, una vez adida la herencia (*dies veniens*), pueda, sin necesidad de optar, entablar directamente la reivindicatoria. En nuestro caso Ticio habría adquirido a través de Pánfilo la propiedad sobre el esclavo legado y la manumisión ulterior del mismo Pánfilo no podía perturbar en nada su derecho. Pero esto no obsta para que Ticio pueda repudiar el legado y perder con eso su reivindicatoria sobre aquel esclavo, como resulta de la opinión sabiniana que vemos en Gayo II 195: *posteaquam scierit et omiserit legatum proinde esse atque si legatum non esset*. Ahora bien: la *optio* no quedaba consumida en ese caso, pues no se había llegado a hacer, y, como acto personalísimo que era, Pánfilo, ya libre, estaba siempre en condiciones de realizar la

optio que le había dejado el testador. Así, en caso de que Ticio reivindicase, el legado se consideraba agotado, pues ya no había objeto posible para la *optio* de Pánfilo; si, en cambio, Ticio repudiaba el legado, Pánfilo podía ejercitar la *optio*. E insisto en que todo esto es explicable tan sólo si presuponemos que no quedaba más que un esclavo en la herencia, porque sólo en ese caso se puede hablar de *dies cedens* y de que Ticio pueda reivindicar cuando es evidente que no se ha realizado la *optio*. Por lo demás, a esa reducción a un solo esclavo me parece que se alude en la frase *unius rei legatum*.

Así, pues, el texto está alterado en su comienzo: [*servus generaliter legatus sit*] <*optio servi data sit*>, pues de *optio* se trata y no de legado genérico. En segundo lugar, debe de faltar una frase por la que se indique la reducción a uno de los esclavos, algo como <*et post mortem testatoris tota familia ad unum servum reciderit*> *deinde dominus Pamphili...* Quizá se podría pensar en una de esas líneas de 59 letras que SCHOENBAUER Festschrift Koschaker 2, 393 ha demostrado cayeron de algunos pasajes del Digesto.—Por lo demás, nuestro agradecimiento a la frase que nos ha servido para esclarecer el pasaje no debe llevarnos al extremo de creer que es auténtica; me parece una típica glosa explicativa marginal: [*quia non esset in hereditate qui possit optari*]. Por último: *optare posse* [*legatum*] <*servum (?)*> *constat*. Quizá nada más.

LENEL, en su *Palingenesia*, colocó a continuación este texto, y con mucha razón, una mención de Juliano que veremos en Paulo Dig. 30, 10 (4b vid. infra 209) en la que se trata de la necesidad del *iussum patris* para hacer la *optio* y de que ésta debe hacerse *post aditam hereditatem*. Pero también tiene una relación de fondo con el otro pasaje de Juliano recogido en la *sedes materiae*:

11 : Iul. (36 dig.) 524.—Juliano trataba ahí de los legados en favor de los esclavos y de los hijos. Se nos propone en primer lugar el siguiente caso: Un testador ha dejado a Mevio la *optio servi*, ha legado el esclavo Eros a Seyo y ha legado un fundo a Eros; Mevio opta a Eros. Se pregunta a quién pertenece el fundo. Se contesta que sólo pertenece a Seyo, por ser el único que era propietario de Eros en el momento de la *aditio hereditatis*.

El razonamiento es elegante. Seyo, como legatario ordinario de

un legado *per vindicationem*, adquiere el derecho desde el *dies cedens*; Mevio, en cambio, no adquiere derecho sobre Eros hasta que hace la opción, y ésta sólo se puede hacer después de la *aditio*. Por lo tanto, en el momento de adirse la herencia sólo Seyo puede adquirir a través de Eros, y la adquisición de Mevio al optar no tiene efectos retroactivos (FERRINI 322). Una vez hecha la *optio*, Seyo y Mevio serían copropietarios de Eros, pero el fundo ya había sido adquirido en exclusivo provecho de Seyo.—El pasaje ha sido criticado desde puntos de vista estilísticos; quizá tengamos en [*quoniam-pertinere*] una glosa marginal de carácter explicativo.

A continuación se trae a comparación el caso de un legado hecho a un esclavo común, que sólo puede adquirirlo el otro socio, por ser éste, en el momento de la *aditio*, el único que podía adquirir aquel legado.—Nosotros debemos traer a colación otro texto de Juliano no recogido en el 33, 5:

11a : Iul. (70 dig.) 791 (Dig. 30, 99).—La cuestión es de la elegancia digna de un Juliano, que, como vemos, se preocupó especialmente por la situación de pendencia de la *optio*. Se ha legado el esclavo Estico a una persona y se dió la *optio* a un esclavo de ese mismo legatario. Se trata evidentemente de un legado vindicatorio, por lo que SEGRÉ en Filangieri 13 (1888) 335 (que no he podido consultar directamente) supone la caída de la indicación pertinente: *<per vindicationem> legatus*. La solución es justa: el legatario sólo adquirirá por el momento la mitad de Estico, porque el legatario de la *optio*, siervo de aquél, podrá en su día optar al mismo Estico y adquirir así la otra mitad. Naturalmente, si ese siervo legatario sigue siendo siervo, no sólo necesitará el *iussum* de su amo, sino que adquirirá siempre para su amo; pero puede ocurrir que antes de llegar ese día de la opción el siervo haya sido manumitido, y si, en ese caso, elige Estico, se producirá una situación de condominio. La cuestión interesaba a los efectos de los *caduca* (cfr. Cod. 6, 51 un. 2a y 7). La parte reservada a la elección del legatario siervo podía caer en concepto de *in causa caduci*, lo mismo que cuando se frustra la *condicio* a que se supedita el derecho de un colegatario.

Al grupo de textos julianos podemos agregar uno de su fiel discípulo Africano.

5 : Afr. (5 quaest.) 50.—Es una coletilla insignificante agregada a un texto de Paulo que veremos un poco más adelante

(vid. infra 208). En qué relación estaba ese fragmento no es fácil decir. Africano venía hablando de los legados, pero no se ve un tratamiento especial de la *optio*. Tan sólo en un pasaje parece referirse a ella:

5a: Afr. (5 quaest.) 48 (Dig. 30, 108, 2).—Es verdad que se habla aquí de un *homo legatus* sin hablar concretamente de *optio*. Esto hace pensar a algunos autores que se trata de un legado de cosa genérica; así FERRINI 276, que deduce precisamente de la duda que presenta este texto la impresión de que el legado de un esclavo *generaliter* se introdujo bastante tarde, BIONDI Succ. 437, que reputa el texto interpolado, sin más aclaraciones, y otros (Cfr. Index). CIAPESSONI, en Studi Bonfante 3, 707, pensó, y en mi opinión con acierto, que Africano debía de distinguir entre legado vindicatorio y damnatorio, ya que, como sabemos, la elección dependía principalmente de la forma del legado; conjetura esta reconstrucción (o parecida): *respondi <legatarii esse arbitrium si homo per vindicationem legatus esset, heredis si per damnationem>*. Me parece que la duda sólo se podía presentar si cabía dudar entre el carácter damnatorio y vindicatorio, y que por eso la idea de CIAPESSONI es acertada. Los compiladores, para hacer desaparecer la distinción, la suplantaron por una explicación poco lógica del principio por ellos admitido de que la elección, tanto si hay *optio*, como si se trata de un legado genérico, corresponde al legatario. El elegir una acción u otra sólo se explica, por lo demás, si tenemos en cuenta que en la época tardía de todo legado puede nacer una acción personal y otra real.

Así, pues, si se legaba un *homo per damnationem*, ello constituía un caso de legado genérico y la elección debía corresponder al heredero; si *per vindicationem*, equivalía a un legado de opción: era lo que llamamos (siguiendo, como se verá, a Ulpiano) una *optio tacita*.

Una relación entre este fragmento y el **5** no se puede descubrir.

Referencia de Juliano volveremos a encontrar en: **4b** (Paulo), **3a** y **10a** (Ulpiano).

3. TERENCEO CLEMENTE

En la masa edictal de nuestro 33, 5 se recogen dos fragmentos cortos de ese jurista: el **16** y el **17**

16 : Ter. Clem. (15 ad leg. Iul. et Pap.) 32.—Se trataba ahí de los *caduca* y de los legados caducados por no haberse realizado la opción, como ocurría en caso de morir el optante antes de la *aditio hereditatis*, pues hasta ese momento, como se dice en el fragmento, no se podía realizar una *optio* eficaz.

17 : Ter. Clem. (17 ad leg. Iul. et Pap.) 35.—Se seguía hablando de lo mismo. No se podía considerar caduco el legado de opción, aunque no se hubiese optado, cuando se había hecho otro legado de los «restantes» esclavos, pues en ese caso, este segundo legado comprendía todos los que no hubiese optado el otro legatario y, si éste no optaba ninguno, todos los de la herencia. Ya veremos que Ulpiano **1a** trata de lo mismo, siguiendo a Marcelo, el cual tiene su antecedente, quizá indirecto, en este texto. Aunque la palabra *electio* podía comprender también la *optio*, es posible que el giro [*cessante Primo in electione*] no sea clásico (vid. DEVI-LLA 249 n. 25). Ulpiano dice: *si non optet*.

4. POMPONIO

Pomponio dedicaba en el libro 6 de su ad Sabinum un capítulo a los legados de opción y similares; de allí fueron tomados dos importantes fragmentos de nuestro 33, 5: el **6** y el **8**. Empecemos por el último.

8 : Pomp. (6 ad Sab.) 482.

8 pr.—Estamos en el mismo supuesto que acabamos de ver en Terencio Clemente: un legado de opción combinado con otro legado de los restantes esclavos. Creo que podemos corregir: [*electio*] <*optio*>; después ya se dice *optaveris*. La interpolación obedece simplemente a la tendencia a extender a los legados de *electio* las reglas de la *optio*. Pomponio nos dice que, como el segundo legatario tendrá interés en que se haga la *optio* pronto, el Pretor, a instancias de aquél, puede dar un plazo para optar, transcurrido el cual, pierda el legatario el derecho a reclamar.

8, 1.—Viene aquí un legado de elección de dos entre cuatro pulseras, y dice Pomponio que, si sólo quedaban dos o nunca hubo más de dos, no por eso pierde el legado su eficacia. FERRINI 292 y 327 creía que también ahí había un legado de opción, y observaba cómo se podía esgrimir este texto contra los que pretenden ver una *condicio*; en efecto, si sólo había dos pulseras, la condición «*ex quattuor viriolis...*» se hubiese debido considerar frustrada. Pero no se habla para nada de *optio*, y no creo que se deba pensar en ella; tampoco en un legado de género, pues tampoco se habla de *generaliter legari*. Me parece, en cambio, que tenemos propiamente un legado alternativo, o, más exactamente, una combinación de un legado alternativo puro y otro legado alternativo condicionado: el legatario deberá elegir entre las pulseras A, B, C y D, y luego nuevamente entre las tres que no hayan sido elegidas. Si no hay más que dos pulseras, el legado se convierte en simple y ordinario.

8, 2.—Nos volvemos a encontrar con una verdadera *optio*, concedida simultáneamente a dos legatarios. El acto de optar también habrá de ser simultáneo y versar sobre el mismo esclavo; de suerte que si uno de los legatarios opta en primer lugar, la *optio* no produce efectos en tanto no se complete con la del otro en el mismo sentido y siempre que el primer optante no mudase de opinión, pues como la opción parcial no produce efectos, es revocable (FERRINI 310); al unirse la segunda declaración a la primera, la *optio* se considera hecha y el esclavo optado se hace común de los optantes. Pero si el que optó primero murió o enfureció antes de que optase el segundo, su declaración no puede producir ya ningún efecto y el otro colegatario tampoco podrá optar eficazmente. Los compiladores reforman la solución en un sentido de *humanitas*; la interpolación [*humanius* —fin] ya fué reconocida por muchos autores (KRUEGER, FERRINI, LENEL, VASALLI, DEVILLA).—A propósito de esta indivisibilidad de la opción es oportuno recordar otro trozo de Pomponio:

12a: Pomp. (2 ad Sab.) 397 (Dig. 30, 8, 2).—Se nos presenta un legado alternativo (cfr. Cod. 6, 38, 4, 2) en que, como es principio común de todas las relaciones de alternatividad, la elección es indivisible: el legatario deberá elegir un objeto u otro, pero no parte de uno y parte de otro. Aquí los objetos elegibles son *octo lecticarii* o una *certa pecunia* por cada uno. No podrá, pues, vindicar parte de los esclavos porta-literas y reclamar parte del dinero.

Ahora bien: la primera alternativa pudiera ser entendida como *optio*, siempre que partamos del supuesto de que en la herencia había más de ocho esclavos de esa clase; si no había más que ocho, el legado es ordinario. La comparación que se hace a continuación con el legado de cincuenta libras de aceite hace pensar quizá que en la herencia había más de ocho *lecticarii*. Así, aunque no se hable de *optio*, tendríamos uno de esos legados *per vindicationem* de una cosa genérica que decimos eran interpretados como legados de opción. La interpolación [*nec aliter-concedatur*] ya fué advertida por FRESE, en Studi Bonfante 4, 446 n. 214, como una de las de la serie de los *aliter observari*. En el final me parece que se recuerda la misma regla de Juliano en **12** a propósito del legado <*per damnationem*>: ya no se habla aquí de *vindicare*, sino de *heredem debere*.

8, 3.—No es una opción, sino un legado de elección de cosas depositadas. La acción *ad exhibendum* contra un depositario quizá no sea muy clásica. Posiblemente se daba tan sólo contra el heredero para que éste se preocupara de proporcionar al legatario la *facultas eligendi*. Según SIBER, Passivlegitimation bei der reivindicatio 76, lo que se podía exigir del heredero era la *facultas depositi agendi*. Quizá, pues: [*et ad exhibendum cum eo apud quem depositae sint*] *agere potero* [*et*] *cum herede* [*agere*] *ut is...* Por lo demás, ya advierte DEVILLA 316 que quizá todo el final es espúreo. Ahora bien: este legado de cosas depositadas, aunque aparece como legado de *electio*, creo yo que es un legado de todo un género, si el legatario puede elegir todas las que encuentre, a no ser que pensemos que sólo puede elegir una o dos, pero en ese caso puede construirse como legado alternativo, como si se hubiese legado una entre las cosas A, B, C, D ..., que estaban depositadas.

LENEL antes de la frase *et cum herede...* incrusta, en su Palíngenesia, otro fragmento de este libro 6 ad Sab.:

8a: Pomp. (6 ad Sab.) (482) (Dig. 10, 4, 4).—La *actio ad exhibendum* parece extenderse también contra el comodatario y el arrendatario. Como no se entiende que se hable del comodato y del arrendamiento cuando estamos en el supuesto de cosas depositadas, es lícito pensar que los compiladores, siempre deseosos de extender la *actio ad exhibendum* contra los detentadores, aprovecharon una frase quizá glosada para, ampliada, colocarla en la sede

de la *actio ad exhibendum*. De esta acción vuelve a tratar Pomponio en el mismo libro:

8b: Pomp. (6 ad Sab.) 505 (Dig. 33, 6, 2, 1).—El legatario de cien ánforas de vino, a su elección, dispone para hacer la *degustatio* de la *actio ex testamento*, pero también puede ejercitar la *actio ad exhibendum*. La concurrencia no deja de llamar la atención, pues la primera acción es propia de un legado damnatorio, la segunda presupone una *vindicatio* posible. BESELER, en Tijdschrift 8 (1928) 305 sg., conjetura que Pomponio distinguía entre legado damnatorio y vindicatorio, y que la distinción habría sido eliminada, con la consiguiente acumulación de acciones, por obra de los compiladores. Pero en este caso no creo que cupiera tal distinción, pues cuesta imaginar una *vindicatio* sobre una cantidad de cosas fungibles, que incluso podrán ser ajenas, como vimos al principio, bajo el número 3. Me inclino a suponer interpolada la concesión de la *actio ad exhibendum*: [*aut-agere potes*]. Aquí se trataba simplemente de un legado *per damnationem*, pero con elección dejada expresamente al legatario. La *actio ad exhibendum* se aplicaba, en cambio, sin dificultad cuando se trataba de una verdadera *optio*, pues en ese caso servía de preparatoria para la *vindicatio*. Así vemos en un texto de Papiniano, de cuya obra no se nos conserva ningún fragmento en el 33, 5, por más que es él quien nos informa sobre la imposibilidad de afectar a la *optio*, como *actus legitimus* que era, de un *dies* o una *condicio* (en **8d**).

8c: Pap. (12 quaest.) 210 (Dig. 47, 2, 81 (80) 2).—Las posibles alteraciones no interesan al objeto que aquí nos ocupa, esto es, la legitimación activa del *optaturus* para la *actio ad exhibendum*. Más adelante veremos que el tema vuelve a ser tratado por Ulpiano. Veamos ahora el otro texto de Pomponio:

6: Pomp. (6 ad Sab.) 481.—En caso de *electio mancipiorum*, dice el texto, para que el heredero pueda disponer de los esclavos de la herencia sin esperar indefinidamente, debe el Pretor fijar un plazo, pasado el cual, el legatario pierda su acción. Como veremos en **13. 1**, de Paulo, Pomponio concedía eso mismo en favor del comprador de la herencia. Esto no tiene nada de particular, y obedece al mismo sentido que inspira la concesión de un *spatium deliberandi* en materia de adición de herencia. Pero, si suponemos que Pomponio estaba pensando ahí en una *optio*, es absolutamente innecesario que se diga *quandoque eligente legatario*, que pre-

senta, por lo demás, un aspecto formal sospechoso. Esa frase sólo sería explicable si, bajo el concepto *electio mancipiorum*, considerásemos incluida la posibilidad de la elección del heredero. Por otro lado: no se puede tolerar la expresión *actio legatorum*. En el mismo texto se habla del supuesto de que el legatario *vindicare velit*, lo que nos confirma que se trata de una *optio* y de su correspondiente *vindicatio*. La contestación a la pregunta en que se presenta ese supuesto era probablemente, como dice BONFANTE (en Dig. Milan.), algo como: *et puto posse vindicare*, pues, tal como está el texto, parece que tal contestación afirmativa se da por sabida. Luego se presenta una nueva duda: ¿Y si, transcurrido el plazo fijado por el Pretor, el heredero hubiese manumitido o alguno o a todos los esclavos hereditarios? También aquí se sobreentiende una respuesta *pro libertate*. Viene entonces una conclusión de principio: la acción no debe ser denegada en tanto estén íntegras las cosas. Por último, se hace una extensión al caso de *pignoris datio* y, nuevamente, de la venta. Que el texto, en esa forma atormentada en que se presenta, ha sido objeto de manipulación, no creo que se pueda negar. Pero me parece que las alteraciones son de dos épocas. Mi crítica podría concretarse así:

Glosemas pre-justinianos:

—[quid ergo] si die <tamen> praeterito-velit, quia-solet,
—[et quid-ergo totiens] actio deneganda non est [si omnia-fin].

Interpolaciones compilatorias:

—[electio] <optio> - [quandoque eligente legatario] - [actionem legatorum ei non competere] <vindicationem deneganda esse>.

Con este fragmento debemos considerar otro trozo de un contemporáneo:

6a: Gai. (4 ad Ed. urb.) 20 (Dig. 40, 9, 3).—Volvemos a encontrarnos aquí con una *optio hominis* a la que se equipara el caso de un *homo indistincte legatus*. Esta extensión es considerada generalmente como espúrea (GRADENWITZ, PACCHIONI, VASSALLI, VOCI, etc. y DEVILLA 252 y 278 sg.). En efecto, la palabra indis-

tincte es sospechosa, pero quizá tan sólo ella deba considerarse espúrea, precisamente como sustitución de un originario *per vindicationem*, pues en ese caso ya hemos visto que se producía una equiparación a la *optio* propiamente dicha. En todo caso, es evidente que los compiladores querían extender las reglas de la *optio* a todas las hipótesis de *electio*, y de ahí la forma *optione vel electione servi data* que vemos al final del texto, eco claro del mismo título del 33, 5 *de optione vel electione legata*. Por lo demás, cree DEVILLA 278, siguiendo a otros autores, que se debe eliminar la expresión *vel omnes*. Esta censura no me convence, pues no se trata de disminuir tan sólo las posibilidades de elección, sino incluso de *evertere* toda elección. También BIONDI Succ. 432 parece admitir la pureza de esa expresión. Y puede observarse que en el examinado fragmento 6, aunque podamos atribuir la referencia a una mano post-clásica, se hace una alusión a ese *vel omnes* de Gayo al decirse: *et quid si die praeterito... heres aliquos ex servis vel omnes manumiserit?* De la forma [*ius electionis*], en cambio, sí que me atrevería a dudar, y quizá a enmendar en *<optionem>* simplemente. Por último, me parece que todo el final [*nam videtur*] tampoco es absolutamente puro, pues es la única vez que se alude en la jurisprudencia clásica a un paralelismo entre la *optio* y el legado condicional, idea que Justiniano daba por admitida. De todos modos, Gayo no afirmaría ni mucho menos, de ser puro el texto, que hubiese una *condicio*, sino que se limitaría a hacer una comparación aproximativa (*quodammodo*).

Un caso dudoso nos presenta, por último, el libro 5 ad Sabinum de Pomponio:

6 b: Pomp. (5 ad Sab) 441 (Dig. 30, 20).—Un testador tenía dos esclavos y legó *unum ex his*. ASCOLI en BIDR. I (1888) 84 n. 4 y DEVILLA 273 creen que tenemos aquí un legado ambiguo y observan la discrepancia frente a Ulp. Dig. 30, 37, 1 y 39. 6, que ya examinamos al principio bajo el número 5, en los que en caso de ambigüedad se daba la elección al heredero. Pero allí se trataba de legados *per damnationem* y aquí, en cambio, me inclino a creer que hay un legado vindicatorio (*<per vindicationem> legasset*). Podría pensarse entonces que estamos nuevamente ante un caso de legado vindicatorio de un esclavo indeterminado, que se equipararía a una *optio*, pero la indicación *ex his* me hace pensar que probablemente esas palabras reflejan una cláusula testamentaria del tipo

«*unum ex duobus servis meis*». En ese caso, creo que el legado sería propiamente un legado alternativo. De todos modos, el texto debe de haber sufrido algún retoque, pues no es muy elegante la expresión *Qui... legasset... legatarii est electio*, que ya suscitó la corrección: *Qui <cum> duos...*

5. CERVIDIO ESCÉVOLA

De Escévola se conservan en el 33, 5 tres fragmentos: el **18**, de la masa papiniana; el **21** y el **22**, del Apéndice.

18 : Scaev. (13 quaest.) 171.—Citando al proculeyano Neracio, dice Escévola que en el legado de un esclavo (*homine legato*), de nada vale el adelantarse a repudiar uno de los esclavos hereditarios, de suerte que siempre podrá ser «elegido» aquel mismo que fué repudiado. Como no se habla de *generaliter legari*, no creo que se trate de un legado damnatorio de cosa genérica, sino de un legado vindicatorio: *homine <per vindicationem> legato*. La elección del legatario debe ser positiva y no por exclusión. La regla valdría para el legado de opción y, de hecho, nos encontramos ante un caso de opción tácita. Se dirá que también podría valer la regla para el caso de legado damnatorio con elección a favor del legatario, pero como para que se dé esa elección a favor del legatario es preciso, en ese caso, que así se determine expresamente y aquí, en cambio, se da por supuesto que la elección es del legatario, me inclino a pensar en un legado vindicatorio, en el que la elección es siempre del legatario. Por lo demás, qué relación pueda tener ese fragmento con las materias de que se trata en el libro 13 de las quaestiones (de los legados se trata en los libros 8 a 10) es cosa que no se me alcanza, y quizá no debemos excluir la posibilidad de que sea una nota marginal.

22 : Scaev. (17 dig.) 61.—Un marido deja a su viuda, en un fideicomiso codicilar, todos sus predios y cuatro bandejas elegidas por ella. Se pregunta si la viuda podrá elegir de entre las bandejas que existan en la herencia en el momento de la muerte. El *responsum* es afirmativo. Es claro que no tenemos ahí una *optio*, (con DEVILLA 318, subsanada la errata en el número del frag.), sino, por lo que a las bandejas respecta, un legado de cosa genérica (en número de cuatro ejemplares). Se ha dejado la elección expresamente.

al legatario, que dispondrá de una acción simplemente personal contra el heredero. Naturalmente, no hay que olvidar que no se trata propiamente de un legado, sino de un fideicomiso.

21 : Scaev. (22 dig.) 96.—Se trata aquí de un legado de dinero a favor de una hija desheredada, y de otro legado en favor de la misma pero bajo la condición *cum in familia nupserit*. Me parece acertada la corrección de Roberto Estéfano al eliminar el repetido *cum in familia nuberet*. Este segundo legado consiste en diez esclavos elegidos por la madre Sempronia, la cual deberá hacer la elección inmediatamente después de la *aditio hereditatis*. La forma *dari volo* declara patentemente que se trata de un legado damnatorio y con ello se compadece el que elija la madre, que era heredera conjuntamente con el hijo, así como también el que ésta deba reponer los esclavos elegidos que perezcan antes del cumplimiento de la condición. Si la madre se retrasase en la elección, el testador la traspasa a la legataria, sin que por ello deje de ser, naturalmente, un legado *per damnationem*. Se pregunta si, en caso de que hayan nacido crías entre la elección hecha por la madre y el cumplimiento de la condición, la legataria tendrá derecho sobre ellas. Se contesta que no, ya que es evidente que, en tanto no se cumple la condición, el legado no puede ser adquirido, y que esas crías tampoco pertenecerán por entero (*pro solido*) a la madre, sino pro indiviso con el hijo heredero también. De legado *per damnationem* trataba también en Dig. 32, 34, 1 (16 dig.) cfr. FERRINI 277 sg., contra BERNSTEIN 194 n. 27, que sugiere en ese caso la posibilidad de un *legatum optionis per damnationem*.

6. PAULO

La aportación de Paulo al 33, 5 no es muy abundante, pero sí aparece muy repartida entre todas las masas compilatorias, excepto el Apéndice. Empecemos por el ad Sabinum.

4 : Paul. (3 ad Sab.) 1664.—Nuestro fragmento no se refiere al legado de opción, pese a la frase *integram ei optionem manere*. Aquí, como en un fragmento anterior en el orden del Digesto (2, 3, de Ulp.), la mención de la *optio* es espúrea. CIAPESSONI, en Studi Bonfante 3, 708 n. 198, y DEVILLA 251 ya sospecharon de ese texto. Creo yo que se trata aquí no de un legado de opción.

sino de un legado damnatorio pero con elección del legatario, que tiene por objeto unos vasos de plata, y, en efecto, Paulo hablaba en ese libro 3 ad Sabinum *de auro et argento legato*. Los compiladores aprovecharon ese legado de cosa genérica para construir una *optio-electio scyphorum*. Si ahora tenemos en cuenta que el número 1.665 (Dig. 36, 2, 6, 1), que LENEL relaciona con el legado de opción, tampoco se refiere a eso, pues no se trata de una *electio legata*, sino de una *electio* legal, en virtud del edicto *de alterutro*, y debe, por tanto, llevarse al capítulo anterior, referente al legado de dote, llegaremos a la conclusión de que no tenemos ninguna prueba de que Paulo, por más que sea probable, dedicase ahí un tratamiento especial al legado de opción, de modo análogo al que vimos en Pomponio y hemos de ver en Ulpiano. Sí hay, en cambio, otros trozos que interesan para la *optio* fuera de ese libro y no recogidos en el 33, 5, sino en otras sedes.

4a : Paul. (1 ad Sab.) 1.606 (Dig. 30, 5 pr.).—Se dice que la *optio* no es iterable, lo que quiere decir, no que se deba hacer de una sola vez, como interpreta BERNSTEIN 175, sino que, una vez hecha eficazmente, no se puede repetir. Para dar mayor amplitud al supuesto se habla de *electio servi* en vez de *optio servi* que quizá dijera Paulo.

4b : Paul. (2 ad Sab.) 1.622 (Dig. 30, 10).—Se cita a Juliano para afirmar que la *optio* del *filisfamilias* debe hacerse *iussu patris* y *post aditam hereditatem*.

7 : Paul (10 quaest.) 1.362.—Fué insertado en masa sabiniana para servir de complemento a un texto de Pomponio ya examinado, el **6**. Se decía allí que si el legatario dejaba pasar el *dies praefinitus*, perdía la acción, a no ser que las cosas permaneciesen íntegras, y ahora precisa Paulo que se debe considerar que ya no lo están cuando el heredero ha dispuesto, aunque sea parcialmente, de los esclavos. El legatario no podrá reclamar ni tan siquiera entre los que no fueron enajenados. Se habla expresamente de *optare*. No veo razones convincentes para dudar de este texto; cfr. Index.

7a : Paul. (21 ad Ed.) 342 (Dig. 50, 16, 28 pr.).—Dentro del concepto de *alienatio* no se comprende el *omittere hereditatem* y el *optionem intra certum tempus* (es decir, el *dies praefinitus*) *non amplectere*.

19 : Paul. (3 sent.) 1.994 (suplido en las ediciones de la redacción visigótica: 3, 6, 7a).—Se trata aquí de un legado alterna-

tivo con elección del legatario. Si el legatario muere sin haber hecho la elección, pero después del *dies cedens*, su derecho pasa a los herederos. Contra la casi mayoría de los autores (cfr. Index), que creen que la solución de Paulo era negativa (<non> transmitti), el texto me parece perfectamente genuino. Me parece que es claro que si la *optio* es intransmisible, no así el legado alternativo ni el de cosa genérica. Esa falsa crítica del **19** proviene de haber confundido esos distintos tipos de legados. Ahí FERRINI vió bien (Legati 273 n. 1), al admitir la transmisibilidad. Según DEVILLA 271 sgs., ese fragmento se refería, en la mente de los compiladores, a la *optio*, por lo que habría sido retocado por ellos. La consecuencia no me parece lógicamente necesaria. Para la transmisibilidad de las obligaciones alternativas, vid., del mismo Paulo, Dig. 45, 1, 76 pr. y cfr. mi artículo en la Rev. de Der. Priv. 1944, pgs. 18 y 21 (ya citado).

13: Paul. (8 ad Plaut.) 1154.

13 pr.—Se trata de una hipótesis idéntica a la que ya vimos en Javoleno **15**. Un testador deja un legado a un esclavo propio, Estico, sin manumitirle, y la *optio servi* a un legatario, que viene a optar precisamente ese mismo Estico. Se pregunta si el legado hecho a Estico pertenecerá al optante. El punto crucial está en saber si Estico, antes de realizarse la *optio*, pertenece a otra persona, pues si pertenece al heredero, el legado se hace nulo, y la *optio*, al no tener efectos retroactivos, no conseguirá impedir esa nulidad dependiente de la *regula Catoniana*. Esta inmediata pertenencia al heredero se da en el supuesto de ser un heredero necesario, ya que éste adquiere todos los bienes hereditarios, y por tanto Estico, sin dilación alguna. Pero lo mismo ocurre si el heredero es voluntario, pues la *optio* no puede ser anterior a la *aditio* por la que el heredero se hará dueño de Estico. Si en vez de legado de opción se tratase de un legado vindicatorio de cosa cierta, tal nulidad no se produciría, porque antes de que el heredero voluntario adquiriese la herencia, ya había el legatario adquirido por el *dies cedens* la propiedad sobre Estico. Ahora bien: en el caso de legado de opción puede ocurrir que no quede más esclavo que uno en la herencia y entonces equivale a un legado *per vindicationem* de cosa determinada, el único esclavo, con lo que el optante, que no pudo elegir otro, adquirirá sin dificultad el legado que se hizo a ese único esclavo. Precisamente respecto a los efectos del legado hecho a un

esclavo legado no había discrepancia entre sabinianos y proculeyanos; vid. SILVIO ROMANO, Sull'acquisito del legato per vindicationem (1933) 87 sgs. Observemos de paso que, como ya advirtió FERRINI 326 (contra: DEVILLA 283), la expresión *pure* no supone que Paulo considerara el legado de opción como *sub condicione*, pues *pure* no siempre se opone a *sub condicione*, sino que denota el legado vindicatorio ordinario, frente al legado de opción; pero quizá tengamos una glosa explicativa en [*ut quasi pure legato utiliter sit legatum*].

El que haya existido algún jurisconsulto que, dando un paso más, haya retrasado el *dies cedens* del legado *servo relictum* al día en que el legatario adquiriría la propiedad sobre el esclavo, como cree BERNSTEIN 187 (sin dudar «ni un momento»), creo que no pasa de ser una conjetura sin apoyo en los textos.

13, 1.—Paulo se remite a Pomponio para decir que, en caso de venta de herencia, el *emptor*, lo mismo que un heredero, puede solicitar del Pretor que fije un plazo al optante para que se decida. Ya vimos que Pomponio se ocupaba del *dies praefinitus* en **6** y el mismo Paulo en **7**.

13 a: Paul. (2 Alf. epit.) 36 (Dig. 35, 1, 28, 1).—Paulo nos presenta aquí una *optio* a favor de una viuda y consistente en una *optio* alternativa de «el esclavo Philargiro o (*aut* suple Mommsen, pero la omisión no es insólita en el estilo arcaico; vid. FERRINI 273) la esclava Agathea (*Agatha* corr. Mommsen)» La *optio* no deja de ser una verdadera *optio* (vid. FERRINI l. c. contra BERNSTEIN 164, que creía se refería simplemente a la *agnitio*), pero limitada a un esclavo o esclava de esos nombres, de suerte que si el testador sustituyó uno por otro con el mismo nombre, también éste pueda ser optado.

7. ULPIANO

Ulpiano trataba expresamente de la *optio* en el libro 20 ad Sabinum, de donde procede el segundo fragmento recogido en el 33, 5; el primero y el tercero son de otros libros de la misma obra. La aportación a la *sedes materiae* se limita a eso, pero otros fragmentos de Ulpiano nos proporcionan base de discusión suficiente para poder decir que sus fragmentos son los de mayor interés para el estudio del *legatum optionis*.

1 : Ulp. (2 ad Sab.) 2442.—Este primer fragmento no tiene carácter liminar como veremos tiene el segundo. Se refiere un rescripto de Antonino Pío en el cual se aclaraba que la «*electio servorum*» permitía elegir tan sólo tres. CUYACIO, al que sigue DE GIOANNIS, en *Archivio Giuridico* 14 (1875) 353 sg., ilustra esa limitación con algunas alusiones literarias a la frugalidad de los antiguos, que solían contentarse con pocos esclavos. FERRINI 314 sgs., por lo contrario, cree que no se trata de frugalidad, sino de una regla de interpretación, en virtud de la cual, cuando no se indica un número, se entiende que se quiso decir tres; esto cuando se trata de interpretar una voluntad testamentaria, pues cuando se trata de un negocio *inter vivos* la *pluralis elocutio* se limita a dos, como nos dice el mismo Ulpiano 37 ad Edictum (Dig. 22, 5, 12). A mi modo de ver, no se trata aquí de una *optio*, pues la *optio* se refiere siempre a uno o dos esclavos, pero nunca a un número indeterminado. Creo, por tanto, que estamos ante un legado de cosa genérica, damnatorio pero con la elección dejada expresamente a favor del legatario. Quizá por no referirse concretamente a la *optio* los compiladores pusieron este fragmento tan insignificante al comienzo del título y delante del que es verdadero pórtico de la *sedes materiae* y se refiere ya a la *optio* propiamente dicha. DEVILLA 254 insinúa que se puede tratar de una controversia relativa a un testamento militar —en efecto, Ulp. 2441, del mismo libro, habla de *miles*—, con lo que sigue la sugerencia de LENEL, pero éste apunta también otra posible colocación (al final de Dig. 28, 1, 21, 1).

1a : Ulp. (2 ad Sab.) 2443 (Dig. 50, 16, 160).—Se trata de la misma regla que ya vimos en Terencio Clemente **17**. De Marcelo, al que cita Ulpiano, tenemos en ese mismo título del Digesto (frg. 95) la siguiente regla: *Potest «reliquorum» appellatio et universos significare*. Se reconoce claramente el tópicico interpretativo.

2 : Ulp. (20 ad Sab.) 2601.—Estamos aquí en lo que pudiéramos llamar la entrada natural del 33. 5.

2 pr.—Que se trataba exclusivamente de la *optio* parece indicarlo el que se diga tan sólo *optabit*; por tanto, podemos pensar (cfr. CIAPESSONI en *Studi Bonfante* 3, 708 n. 198 y DEVILLA 248, aunque éste parece que con cierta duda) que los compiladores quisieron dar un mayor alcance al texto mediante la interpolación [*electio vel*] *optio*. Esto no quiere decir que Ulpiano no pudiera

cobijar la *optio* bajo el concepto más general de *electio*, sino que esa identificación constituía una tendencia sistemática de los compiladores. Que ya la *electio*, en la mente de Ulpiano, estaba próxima a la *optio* se demuestra por un importante fragmento del Epitome Ulpiani. 24, 14:

2a : Ulp. (lib. sing. reg.).—Ulpiano empieza por presentarnos la *optio* como un legado vindicatorio, y en la fórmula que da aparecen identificados el *optare* y el *eligere*: «*optato elegito*». Pero lo más importante de este fragmento está precisamente en la continuación, que, por desgracia, no se nos conserva completa. De todos modos, creo que se puede vislumbrar con relativa seguridad que Ulpiano distinguía dos tipos de legados además del de opción: el de un esclavo sin más determinación, legado *per vindicationem* y el mismo *per damnationem*. La reconstrucción de LACHMANN, que suelen seguir los editores, me parece casi segura: *Idemque si tacite <data sit optio hoc modo Titio> hominem <do lego>*, a la que se opondría esta otra forma: *heres <meus damnas esto> hominem dare*, en cuyo caso, a diferencia de los anteriores, *heredis electio est <quem> velit dare*. FERRINI 274 (cfr. 278) no cree que esa reconstrucción sea absolutamente segura, porque le parece que obliga a pensar en una *optio per damnationem*, pero esa observación no tiene fuerza, porque precisamente se distingue ese legado damnatorio de la *optio* y de la *optio tacita*. Por lo demás, el deseo recto de distinguir la *optio* del legado genérico le impide (pg. 275 sg.) admitir la *optio tacita*, sin advertir que no hay dificultad para esa aproximación por tratarse de una hipótesis de legado vindicatorio.

Así, pues, creo que podemos, con base bastante segura, afirmar que Ulpiano distinguía tres tipos de legado de elección de esclavo:

- a) *Optio servi*.
- b) Legado *per vindicationem* de un esclavo: *optio tacita*.
- c) Legado *per damnationem* de un esclavo: con elección de heredero.

Encontramos así un punto de apoyo convincente para todos los casos que venimos viendo de *optio tacita* en ese *tacite* del texto de

Ulpiano, pero conseguimos al mismo tiempo una llave para la interpretación del frag. del 33, 5, como vamos a ver.

2. 1.—No se nos presenta aquí una *optio servi*, como en el *pr.*, sino un *homo generaliter legatus*. Y lo que sorprende es que se diga que la elección es también en ese caso del legatario. Como ya sabemos, era regla justiniana la de que en el legado de cosa genérica correspondiese la elección normalmente al legatario. En Ulpiano, como acabamos de ver, no ocurría así, sino que tan sólo elegía el legatario cuando el legado era vindicatorio. LENEL, en su *Palingenesia*, da por supuesto que en este párrafo se trataba de legado vindicatorio, con lo que se salvaba la regla. Pero entonces nos encontraríamos con la inexplicable figura de un legado de cosa genérica *per vindicationem*, y ya hemos dicho que toda *vindicatio* requiere un objeto determinado. BIONDI, *Succ.* 436 n. 3, cree que se trata de un legado de opción, pero entonces resultaría inexplicable que no se hablase de *optio*, sino de *servus generaliter legatus*. Por mi parte, creo que aquí nos encontramos con un resumen mal hecho del mismo texto que refleja el *Epitome Ulpiani*. Probablemente en el *Epitome Ulpiani* se tomó ese texto del libro 20 ad Sabinum, pues ya sabemos que en las llamadas *Regulae* hay trozos de obras diversas de Ulpiano (vid. mis *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* 103 sg.). En el *Digesto* nos encontraríamos un torturado resumen de ese mismo texto que nos refleja con más pureza el *Epitome Ulpiani*. Una primera alusión a la *optio*, aunque sin transcripción de la fórmula, se ve todavía en el *pr.*; en el párrafo **1** se habrían fundido brutalmente, pues las diferencias entre legado damnatorio y vindicatorio ya no tenían vigencia, los tipos que señalábamos en el *Epit. Ulp.* como b) y c), esto es, el legado de opción tácita y el damnatorio, de suerte que la elección, como era congruente con la reforma introducida por Justiniano en materia de legado de género, correspondiera siempre al legatario. Con esta explicación podemos admitir las críticas que se han dirigido contra este párrafo **1** (vid. *Index* y DEVILLA 250). Pero no se trata de algo absolutamente insiticio, sino de un resumen mal hecho del texto de Ulpiano más fielmente reflejado en *Epit. Ulp.* 24, 14.

Hemos dicho «reforma justiniana» y quizá hayamos dicho mal, pues Justiniano al atribuir la elección de la cosa legada genéricamente al legatario en **2b** no parece jactarse de una propia re-

forma, como vemos que hace otras veces, y cabe pensar, por lo tanto, que esa regla ya era anterior a él. Es posible incluso que haya surgido por simple eliminación inconsciente de las diferencias entre legado vindicatorio y damnatorio, y, en ese sentido, no sería imposible que el texto del ad Sab. ya hubiese sido reducido y simplificado antes de ser aprovechado por los compiladores. Si reconocemos a los compiladores un mínimo de sentido lógico, debemos observar que después de hablar en el *pr.* de *electio vel optio*, la determinación en el **1** de un caso de *electio* resultaba innecesaria: bastaba con lo que se decía en el *pr.* Así, pues, podríamos explicar la redundancia imaginando que la simplificación de las dos hipótesis en el **1** es de origen pre-justiniano, en tanto la interpolación [*electio vel*] obedece a la tendencia a la extensión sistemática, y diríamos mecánica, de los compiladores.

2, 2.—Volvemos a encontrarnos aquí con la *optio*. Dice Ulpiano que el error puede invalidar el acto de optar, por ejemplo, si se elegía por equivocación un esclavo que era libre o que no pertenecía a la herencia.

2, 3.—Aquí tenemos un legado, no de opción, sino de cantidad de cosas fungibles: de cien ánforas de vino. No se consume tampoco la elección (el texto dice *optionem*) si por error se elige vinagre en vez de vino, siempre que ese vinagre no lo tuviera el testador en concepto de vino. La referencia a la *optio*, naturalmente, no puede ser genuina, pues si la *optio* puede ser un caso de *electio*, no podemos, en cambio, decir que hay *optio* fuera del campo propio de ese legado.

El texto debe ser puesto en relación con otros tres:

Ulp. (20 ad Sab.) 2602 (Dig. 33, 6, 1): *Vino legato acetum quoque continetur quod pater familias vini numero habuit.*

3: Ulp. (23 ad Sab.) 2649.—Es el colocado por los compiladores a continuación del texto de las cien ánforas. Exige Ulpiano que para apreciarse el error se dé éste antes de la *degustatio*, pues después de ella todo error es imputable al legatario.

Ulp. (23 ad Sab.) 2650 (Dig. 33, 6, 91): *Si acetum quis legaverit non continebitur legato acetum quod vini numero testator habuit: embamma autem continebitur, quia acetum numero fuit.*

Los dos textos del libro 20 ad Sab. me parecen pertenecer a un mismo contexto; imaginemos por un momento que estuviesen unidos así: ... *si id acetum elegerit quod vini numero pater fa-*

milia non habuit, <nam et> vino legato acetum quoque continetur quod pater familias vini numero habuit. Pero con la misma facilidad podríamos encontrar un nexo para unir también estos fragmentos con los otros dos del libro 23, de suerte que se pudieran considerar los cuatro como pertenecientes a un mismo trozo de la obra de Ulpiano. Sin embargo, Ulpiano hablaba de la *optio* en el libro 20 y en el 23 del legado de vino. Pero lo que más sorprende es que no se hayan aprovechado los dos del libro 20 para el 33, 5 del Digesto (*de optione vel electione legata*) y los dos del 23 para el 33, 6 (*de tritico vino vel oleo legato*), sino que hayan sido intercambiados en forma cruzada: uno del 20 y otro del 23 para cada título. Es éste uno de tantos pequeños misterios que nos presenta todavía la confección del Digesto, y, si no fuese porque no hay más fundamento para la conjetura, me atrevería a sospechar que estos cuatro fragmentos pertenecían todos al libro 23 y no al 20.

La mención de la *optio* en un supuesto de legado de cantidad resulta, como decimos, inadmisibles. FERRINI 312 no creyó que hubiese que apartar esa *electio amphorarum* del campo de la *optio* y puso al texto, como único reparo, el de que había caído la mención del jurisconsulto cuya opinión era el *eligentem non consumere optionem*. DEVILLA 251, con razón, sospechó ya alteraciones más profundas y eliminó como espúrea esa mención de la *optio*, influencia del texto anterior (*consumpserit optionem*) al que se habría unido nuestro párrafo sin más miramientos.

Que se trata de un legado de cantidad y no de legado de opción se demuestra, no sólo porque en Pomponio 8b un legado idéntico aparece como legado damnatorio de cantidad, y debemos pensar que lo mismo ocurría en la obra de Sabino a quien Pomponio y Ulpiano comentaban, sino porque el mismo Ulpiano, y precisamente en el mismo 23 ad Sabinum, es quien dice, como ya vimos (vid. supra 172), que, en caso de que la herencia quedase sin vino con que pagar el legado, el heredero tenía que comprarlo fuera (Dig. 33, 6, 3 pr.). El hecho de que se dejase la elección al legatario no podía convertir un legado tan típicamente damnatorio en un legado de opción. Por lo demás, vamos viendo que no se presenta ni un solo caso seguro de legado de opción que no ver- se sobre esclavos.

Ahora bien: si se trata en este 2. 3 de un legado damnato-

rio, esto quiere decir que no podemos entender el 3 (ya examinado supra 215) en el sentido de que se pueda exigir la *exhibitio* por una *actio ad exhibendum*, pues ésta es preparatoria de una *vindicatio* y no de una *actio ex testamento*. Algunos autores (vid. Index) han sospechado de la frase *hoc est ante degustationem*, pero yo creo que, de haber algo interpolado ahí, es precisamente esa referencia a la *exhibitio*. En todo caso, no debemos pensar en una *actio ad exhibendum*. Vid. supra Pomponio s. fr. 8. 3.

A la *electio centum amphorarum* debemos comparar un caso de *electio argenti facti pondo centum*, también enmascarada como *optio*, que se nos presenta en:

2d: Ulp. (20 ad Sab.) 2606 (Dig. 34, 2, 19, 2).—En el párrafo 1 de ese trozo leemos: *Proinde si certum pondus auri sit legatum vel argenti, magis quantitas legata videtur, nec ex vasis tanget*. En ese legado de cantidad el legatario, por tanto, no puede pretender que se le pague el legado con metal labrado: *nec ex vasis tanget*. En nuestro párrafo 2 se opone una hipótesis distinta: la de cien libras de plata labrada (*argenti facti pondo centum*). Dice Ulpiano que el heredero deberá pagar (*debebitur*) con objetos hasta ese peso y no podrá —se cita a Celso— dejar aparte los *vascula*, es decir, los pequeños vasos de plata, ni tan siquiera, se agrega, *licet ei optio fuerit relicta*. Volvemos así a encontrarnos con una mención de la *optio* donde no se trata de un legado de opción.

Como quiera que una *optio* sólo se concibe a favor de un legatario, algunos autores (DE GIOANNIS en Arch. giur. 14, 401) han creído que era el legatario también el sujeto del *separare*. Pero esto no es admisible. El que tiene interés en *separare vascula* no es el legatario, sino precisamente el heredero, que deseará retenerlos para sí. Ya DEVILLA 253 llega a la conclusión de que el texto está interpolado y que no se concibe una *optio* sobre objetos de plata. Toda la frase [*licet ei fuerit optio relicta*] me parece una torpe interpolación que obedece a la necesidad de hacer la salvedad en una época en la que es el legatario y no el heredero quien, normalmente elige incluso en el legado damnatorio como es el presente. Aquí no se trataría propiamente de un legado de cantidad, sino de cosas genéricas de la herencia hasta una determinada medida. Si la plata fuese sin labrar creo que sería, en cambio, un típico legado de cantidad.

El que se hable ahí de *optio* a favor de un heredero demues-

tra hasta qué punto en la época de los interpoladores se había desdibujado el sentido de esa palabra.

Dentro del material aportado por los comentarios ad Sabinum, debemos considerar todavía un texto especialmente difícil:

2e: Ulp. (23 ad Sab.) 2652 (Dig. 36, 2, 12, 7 y 8).—En el 7 se presenta un legado *generaliter* de un esclavo. Ahora bien: ya dijimos que ese legado era un legado damnatorio y aquí, en cambio, se habla de *vindicatio* a favor del heredero. La transmisibilidad, por lo demás, es congruente con un legado de cosa genérica. Como estamos en el libro 23 ad Sabinum, LENEL dice: «*possunt haec referri ad vinum generaliter et ad vini electionem datam*» (Paling. II 1098 n. 1). Pero el caso es que aquí no se habla de vino, sino de un *homo*, y la *vindicatio* resultaría igualmente inexplicable. Tal *vindicatio* tan sólo se podría explicar en un legado de opción o en el de opción tácita. Observemos además que la adquisición del legado parece hacerse depender del ejercicio de la *vindicatio*, aunque sea para eliminar después esa idea. Ahora bien: la adquisición y transmisibilidad del derecho del legatario puede depender del cumplimiento de una condición o, en caso del legado de opción, del acto de la *optio*, pero jamás será necesario que se entable la *vindicatio*, ni la *actio ex testamento*. Por tanto, esa *vindicatio* está ahí sustituyendo otro concepto del que se podía hacer depender la adquisición del legado y por ende la transmisibilidad del mismo. Yo creo que podemos pensar en la *optio*. Se trataría ahí de una *optio* disfrazada de legado genérico, pero con posibilidad de acción real, como ocurría con todo legado, independientemente de su forma, en la época tardía. Ahora bien: como veremos dentro de un momento, Justiniano eliminó la intransmisibilidad del legado de opción y de ahí que la solución de Ulpiano en nuestro texto debiera ser invertida por los interpoladores.

Tampoco el párrafo 8, tal como está tiene explicación. En primer lugar, porque el decir que cuando se deja la elección a un tercero, lo que equivale a una condición, el legado se transmite cuando el tercero llegó a elegir, o sea, al cumplirse la condición, es una cosa demasiado obvia para que sea necesario el decirla. Una duda sobre eso supondría la aniquilación de los legados *sub conditione*. La duda puede presentarse, en cambio, si el tercero elector fallece antes de haber elegido. En ese caso se hubiese negado la transmisión. Por lo demás, la expresión *locus est vindicationi*

semel adquisitae no me parece demasiado ajustada al estilo de la buena jurisprudencia.

Tenemos, pues, dos textos enlazados entre sí en los que actualmente se admite la transmisibilidad de un legado, pero en los que podemos sospechar que se decía precisamente todo lo contrario. En ellos se equiparaba el legado de opción al legado condicional de elección de tercero: en ambos, la muerte del optante o del elector antes de la elección provocaba la caída del legado. El texto debería decir aproximadamente lo siguiente:

Si cui <servi optio relicta sit optione nondum facta> [—] decesserit, ad heredem suum legatum <non> transfert. <Idemque> si Titio sit [sic] legatu <s> [m] «quem Seius elegerit» et Seius <ante> [post] electionem decesserit [—].

La supresión de la intransmisibilidad de la *optio* y la *exaequatio* de aquélla con el legado de cosa genérica provocó la alteración del párrafo 7. Para mantener la misma solución en el 8 les fué preciso a los compiladores el decir una cosa tan obvia como que el legado condicional es transmisible cuando se ha cumplido la condición.

Considerados en su conjunto todos estos fragmentos que proceden del ad Sabinum de Ulpiano, sacamos la impresión de que representan en una proporción mínima un tratamiento probablemente más extenso que ese jurista hacía en esos comentarios. Pero quedan todavía otros fragmentos de otras obras.

18a: Ulp. (11 ad Ed.) 385 (Dig. 4, 3, 9, 1).—El error que motiva la *optio*, si causado dolosamente por un tercero, da lugar a la *actio doli*. El final del texto quizá no sea del todo puro, pero no afecta a lo que ahora nos interesa.

18b: Ulp. (11 ad Ed.) 399 (Dig. 4, 4, 7, 7).—Se invoca la autoridad de Pomponio para el parecer de que incluso si no hubo dolo, el legatario que optó por error el peor esclavo (acepto el suplemento de DEVILLA 248: *eligit deteriorem <servum>*) debe ser auxiliado, es decir, debe considerarse anulada la *optio*. En la parte final del texto se pasa al supuesto de un legado alternativo en el que el heredero da erróneamente el objeto mejor (*per damnationem*).

10a: Ulp. (19 ad Ed.) 633 (Dig. 10, 2, 18 pr.).—La *optio* aparece aquí confundida nuevamente con el legado genérico: [*generaliter*] *per optionem*. Esto demuestra cómo la interpolación es sis-

temática incluso fuera del 33, 5. Si se advierte que las tablas del testamento parecen haber sido falsificadas por el esclavo Estico y, a pesar de eso, el legatario opta por Estico y luego entabla la reivindicatoria, los herederos disponen de una excepción de *dolo malo*.

Se remite Ulpiano para ese punto del senadoconsulto Siliano a la autoridad de Juliano.

3a : Ulp. (24 ad Ed.) 719 (Dig. 10, 43, 6 y 10).—Dice Ulpiano que el optante puede disponer de la *actio ad exhibendum*. Y es curioso que nos encontremos aquí una interpolación que procede evidentemente de los compiladores, según veremos al hablar de las reformas de Justiniano, pero que no es frecuente en los textos del Digesto: la de extender la *optio* a otros objetos que no son esclavos, pero precisamente en la forma *vel aliae res*. Pero no fué eso sólo. Al eliminar la exclusividad de una referencia al esclavo, los compiladores sintieron la necesidad de suprimir la palabra *servis* complemento necesario para entender el *exhibitis*, que queda así en el aire. MOMMSEN suplió <iis>; SCIALOJA (Dig. Milan.) <ex omnibus>; BESELER Beiträge I 5, <omnibus servis hereditariis quem elegero>, seguido por DEVILLA 248. De todos modos, observo cierta irregularidad en el hecho de que la exhibición no sea para poder realizar la *optio*, sino directamente la *vindicatio*, y, por eso, quizá se pueda pensar también en la posibilidad de que *ut exhibitis possim vindicare* sea simplemente una inocente glosa marginal. En Papiniano **8c** ya vimos que la *actio ad exhibendum* se daba en vista de un *optio*. Es decir, no queremos negar que sea la *actio ad exhibendum* un preparativo de la *vindicatio*, pero puede serlo también, en este caso, de una manera indirecta. Mucho hincapié no hago sobre ese extremo, porque también se puede admitir una manera abreviada de decir que la exhibición sirve directamente para la *vindicatio*.

En el segundo párrafo de ese texto que estamos comentando se da la *actio ad exhibendum* para que se pueda realizar la *optio*, pero es que aquí se trata de la *optio* de un tercero. De todos modos, también así sirve mediatamente la *exhibitio* para la *vindicatio*. Evidentemente, hay una relación entre este párrafo 10 y el 6, que aparece rota por la inserción de los párrafos intermedios. BESELER Beiträge I 5 los enlaza con una reconstrucción hipotética que no vamos a examinar aquí. Lo que sí debemos advertir es que aunque al final se diga que en ese caso es posible la *actio ad exhibendum*

quamvis exhibitum ego optare non possim, al principio se dice que compete esa acción *etsi vindicationem non habeam*. Volvemos a encontrarnos así con la confusión antes señalada entre *optio* y *vindicatio*, que no me parece a mí tan admisible como a BERNSTEIN 183. En este caso, de lo que no se dispone es de la opción, que se atribuyó a tercero, pero, una vez realizada la opción por ese tercero, el legatario sí que dispone de la *vindicatio*. La idea de que todo el párrafo 10 es una simple glosa al 6 no debe ser totalmente desechada, pero, en todo caso, emerge una cita a Juliano que difícilmente podemos desvincular de una hipótesis de opción de tercero. Esa hipótesis tuvo una importancia singular en las reformas que en materia de legado de elección introdujo el emperador Justiniano.

8. JUSTINIANO

Justiniano significa el término de nuestra exégesis. Debemos considerar su constitución de 531 y un pasaje de las Instituciones.

19a: Just. (531) en Cod. 6, 43, 3.—En esta constitución trata Justiniano de varias cosas:

1. Cuando son varios los legatarios de opción o varios los herederos de un único legatario de opción, y no están de acuerdo en la elección, se debe proceder al sorteo entre ellos, para designar por ese procedimiento la voluntad que debe prevalecer. Se dice que este caso ofrecía dudas a los antiguos: *dubitabatur inter veteres*.

2. El colegatario o coheredero que de ese modo resulte elector y adquirente debe abonar a los otros, a prorrata, una indemnización pecuniaria, que se fija legalmente en veinte sueldos, si son esclavos sin oficio y mayores de diez años; en diez sueldos, si son esclavos menores de esa edad; hasta treinta sueldos, si son esclavos con oficio, excepto los escribanos, que se estiman en cincuenta, los médicos y parteros, que se estiman en sesenta, los eunucos menores de diez años, hasta treinta sueldos, y los mayores, hasta cincuenta, o setenta, si son eunucos con oficio.

3. Si la opción no se deja al mismo legatario, sino a un tercero, y éste no quiere o no puede elegir (por ejemplo por haberse muerto), el legatario podrá, pasado un año de mora de aquél, optar él personalmente, pero no podrá elegir el mejor esclavo de todos los de la herencia, sino uno de valor medio. También se

dice aquí que *dubitabatur apud veteres*, pues pensaban algunos que el legado debía quedar frustrado.

La constitución continúa todavía discurriendo sobre la limitación de las facultades de disponer de las cosas legadas y legadas *sub condicione*.

De algunos extremos de esta constitución hemos visto reflejos en las interpolaciones del Digesto: extensión a las *aliae res* y no intransmisibilidad del legado con opción de tercero (vid. 2e).

Pero comparemos el texto de esta constitución con:

19b: Just. (Inst. 2, 20, 23), y el correspondiente pasaje de la *Paraphrasis Graeca*¹.

Observamos en esta comparación que no hay perfecta correlación entre las Instituciones y aquella constitución del 531.

En las Instituciones empieza Justiniano por definir el legado de opción, no limitado ya a los esclavos, sino extendido a las *aliae res*. Nos explica a continuación cómo el derecho a optar no era transmisible entre los antiguos, porque *habebat in se condicionem*, pero que por una constitución suya se hizo transmisible ese dere-

¹ Damos aquí, para mayor facilidad, la traducción:

El legado de opción o de elección, que se da cuando el testador ordena que el legatario elija el que quiera de sus esclavos, de sus vestidos o de sus libros, implica una condición. Por lo cual, si el legatario no elige en vida, sino que muere antes de hacer la elección, el legado no se transmite a su heredero, en virtud de la regla que dice: el legado condicional, cuando muere el legatario antes de realizarse la condición, no pasa al heredero. Hay *optio* cuando el testador ha dicho: *optato Titius ex mea familia unum servum*. Pero así era antiguamente, pues una constitución de nuestro muy divino Emperador también introdujo en esto una mejora, pues otorgó al heredero la facultad de elegir el esclavo que el legatario no eligió en vida. Y tratando de esto con el mayor cuidado, añadió también en la misma constitución lo siguiente: puesto que antiguamente cuando se dejaba la *optio* a dos o más personas, si ocurría que no se ponían de acuerdo para la elección, mas uno elegía a Estico y otro a Pánfilo, se paralizaba, según algunos juristas, la reclamación del legado hasta que se ponían de acuerdo, se extinguía según otros, dispuso (el Emperador) en esa constitución que, bien fuesen varios los herederos de un solo legatario que no estuviesen de acuerdo acerca de la elección, bien varios legatarios no eligiesen el mismo esclavo y no estuviesen de acuerdo, el legado no se extinguiese, incluso contra el parecer de la mayoría de los juristas, que se oponen a lo que debe ser, sino que se eche a suertes aquella *optio* o *electio* y se dirima de modo que, echada la suerte, el heredero del legatario o uno de los legatarios o coherederos deban elegir el esclavo elegido por el que echó a suertes en su nombre.

cho, constitución en la que se disponía además (*additum est*) que en caso de ser varios los legatarios o los herederos del legatario, si éstos no se ponían de acuerdo en la elección, a fin de que el legado no cayera (como querían algunos), se resolviera por la suerte quién había de decidir. En la Paráfrasis viene a decirse lo mismo.

Ahora bien: es claro que esta última parte refleja sumariamente la disposición de la constitución que hemos señalado con el número 1. Pero ni en las Instituciones se reflejan las disposiciones 2 y 3 de la constitución, ni en ésta se ve lo que aparece en las Instituciones como principal disposición, es decir, lo referente a la transmisibilidad de la opción. Creo que esta discrepancia debe ser meditada.

ALBERTARIO, en *Studia et Documenta* 2 (1936) 333 (luego en *Studi* 5, 345), dedicó al estudio de esa constitución un artículo tan perspicaz como todos los suyos. En él pretende que Justiniano, en su constitución, no quiso aparecer como declarado reformador en materia de transmisibilidad, sino que la daba por supuesta al tratar de la hipótesis de la falta de acuerdo entre los herederos del legatario, y que sólo en las Instituciones descubriría su falta de escrúpulo «confesando su falsificación del Código». Esto me parece del todo inadmisibile. Justiniano no solía ser, en sus constituciones, tan reticente; al contrario, solía aprovechar toda ocasión posible para exhibir su actitud reformadora, máxime en esas constituciones del 531, impregnadas del más claro espíritu decisorio. Vid. sobre esto mi artículo *La actitud legislativa del Emperador Justiniano* en *Miscellanea Jerphanion* (Roma 1947) 119 sgs.

Más exacta me parece la hipótesis de BERNSTEIN 155, según la cual en el Código no tenemos más que una parte de la constitución referida en las Instituciones. Incluso cabe pensar (BIONDI *Succ.* 435 n. 2) que se trata de una constitución distinta.

Por otro lado, ALBERTARIO op. c. observó ciertos síntomas que hacían posible la conjetura de que la constitución del 531, al ser nuevamente publicada en el Código de 534, sufrió unos retoques, encaminados precisamente a extender la *optio* a otros supuestos que no fuesen de esclavos: *optio servi [vel alterius rei]* —*optio servi [vel alterius rei]* —*et alter alterum servum [vel aliam rem]* (aquí con notoria incorrección gramatical, pues, para ser correcto, el texto debería decir, como observa ALBERTARIO 339, *vel alter alteram rem*)—*optionem servi [vel alterius rei]*; pero *quem (!)*

Titius forte elegerit —legatario... datam electionem, ita tamen ut non optimum ex servis [vel aliis rebus quicquam], que resulta también incorrecto: «cualquiera de las otras cosas». Contra esta crítica se declara, sin embargo, BIONDI Succ. 435 n. 2.

Para explicar todas estas dificultades, se me ocurre pensar en la siguiente conjetura: En la primera redacción de nuestra constitución se hablaría exclusivamente de la nueva transmisibilidad del derecho de opción, y sin ocultaciones, sino con plena franqueza decisoria. Quizá esa primitiva redacción, anterior al 531, hubiese sido una de las *quinquaginta decisiones* y como tal se habría publicado a fines del 530 en la colección independiente que de ellas se hizo. Vid. ROTONDI, BIDR. 29 (1916) 143 y la literatura referida en mi citado artículo sobre La actitud legislativa... pg. 124. El tema habría sido objeto de una reelaboración posterior en el año 531; a esa reelaboración se referirían las expresiones: *et diligentiore tractatu habito... et hoc additum est...* En este segundo momento se habría añadido la disposición 2, la referente al sorteo. Ese estado sería el reflejado en las Instituciones y en la Paraphrasis. Hay entre estas dos, sin embargo, una pequeña diferencia. En las Instituciones se dice que la suerte hará prevalecer la voluntad de un elector; en la Paraphrasis que los otros colegatarios deberán imitarle y tomar el esclavo que escoja el que sorteó en nombre de todos, es decir, la suerte no interviene aquí para designar quién debe elegir, sino qué esclavo debe ser elegido. Por otro lado, el texto de la Paraphrasis no menciona para nada la indemnización pecuniaria que debe darse a los colegatarios no electores, pero tampoco se hace una mención de eso en las Instituciones. Esa diferencia entre Instituciones y Paraphrasis podría explicarse como error de esta última, pero quizá también pensando que se tuvieron en cuenta dos redacciones distintas de la misma constitución. Nuestros conocimientos sobre el origen de la Paraphrasis no permiten quizá aclarar ese hecho. No nos atrevemos a hacer conjeturas sobre ese punto.

La disposición que señalábamos con el número 3, la referente a la opción de tercero, es posible que perteneciera a otra constitución distinta, que no se tiene en cuenta en las Instituciones, ni en la Paraphrasis; quizá una constitución sobre los legados condicionales.

Al hacerse la edición del Código del 534 esas constituciones dis-

tintas habrían sido en cierto modo cosidas y fundidas, pero la parte originaria habría caído, quizá porque ya se comprendía implícitamente en la disposición sobre la elección de los herederos discrepantes, quizá por otra razón que no acertamos a comprender. En ese mismo momento se habrían introducido las interpolaciones de la serie *vel aliae res*.

Tendríamos así como tres estados de la misma constitución: un primer estado correspondiente a la primera reacción de los compiladores ante los materiales del *ius* referentes a la *optio*; una segunda versión producto de una meditación más completa sobre el tema (del año 531) y, finalmente, un último estado en el que se refleja ya la terminación del Digesto y del título 33, 5 *de optione vel electione legata*. Reconozco la debilidad de esta conjetura y sólo como tal me atrevo a presentarla. Queda siempre en pie, de todos modos, el problema de la discrepancia entre la constitución reflejada en las Instituciones y la que se nos conserva en el Código.

Justiniano, al decidir la transmisibilidad de la *optio* y extender esa forma de legado a las *aliae res* que no eran esclavos, alteró la figura de la institución, procurando la *exaequatio* con los otros tipos de legados de elección. La *exaequatio*, con todo, no fué absolutamente perfecta (BERNSTEIN 191 sg.; DEVILLA 320).

III.—RESULTADOS DOGMATICOS

La exégesis crítica que hemos realizado creo que nos permite hacer ahora una exposición de resultados dogmáticos con bastante seguridad de no traicionar las normas del Derecho clásico romano.

El legado de opción se nos presenta, en la época clásica, como una forma especial de legado *per vindicationem*, en el que la propiedad no es adquirida por el legatario desde el *dies cedens*, es decir, desde el momento de la muerte del testador, normalmente, sino desde el momento de realizarse el acto de opción. Como quiera que el acto de opción no podía realizarse antes de la *aditio hereditatis*, ello equivale a decir que en ese legado no había *dies cedens*, lo cual no perjudicaba al heredero del legatario, ya que la *optio*, como acto personalísimo, sólo podía ser realizado por el legatario, no por sus herederos, de suerte que la muerte del legata-

rio sin haber realizado la *optio* producía la caída del legado. Los justinianeos vieron en ese efecto un síntoma de que la *optio* valía como *condicio* y que el legado de opción era un legado condicional. Justiniano suprimió ese efecto y declaró transmisible la facultad de optar.

El legado de opción se refería siempre a esclavos (contra: FERRINI 283 y BIONDI Succ. 431), en el número de uno o en un número plural determinado. Los justinianeos extendieron ese legado a las *aliae res*.

En caso de convalidación *ex Neroniano* el legado de opción perdía su carácter y se convertía en un legado *per damnationem*. La concesión de una *vindicatio utilis* en ese caso parece justinianeas. Sigo en eso a DEVILLA 299 sgs. contra FERRINI 279 sgs. Erróneamente pensaba BERNSTEIN 194 en la posibilidad de un legado de opción *per damnationem*, aunque con carácter de figura anómala. Caídas en la última época las distinciones entre las distintas formas del legado, la *optio* puede producir, como todo legado, una acción personal siempre y, eventualmente, una acción real. Se equipara así a otras formas de legado de elección, como son el legado de cosa genérica y de cantidad, que eran legados *per damnationem* en la época clásica, y el legado alternativo. Influye incluso sobre el legado de cosa genérica, en el sentido de que la elección se coloca ahora, también para este caso, a favor del legatario, salvo cuando se dispuso lo contrario.

El objeto del legado no son los esclavos, sino la *optio* en sí misma; por eso podemos decir que hay en él una delación, no múltiple, sino única (BERNSTEIN 157 sgs.).

El acto de la *optio* es un acto solemne (BERNSTEIN 172; FERRINI 297; DEVILLA 262; BIONDI Succ. 430). Se realizaba probablemente en la forma de una *denuntiatio* ante testigos, con una fórmula solemne, y quizá incluso (CUYACIO, contra: FERRINI l. c.), en presencia del heredero. Según BERNSTEIN 172 sg. en estas palabras: «*Quod me P. Maevius testamento servum optare iussit, Stichum servum opto*». Según VOIGT op. cit. 221 n. 11, en estas otras: «*Quandoque L. Titius testamento mihi servi optionem dedit, Stichum opto*». FERRINI, que se refiere extensamente a este carácter solemne de la *optio* (l. cit.), no se atreve a reconstruir su fórmula. Cfr. también BIONDI Succ. 433. Tal *denuntiatio* se documentaría en forma de *testatio*.

La *optio*, como acto solemne, es muy semejante a la *cretio* con la que frecuentemente aparece comparada. Como ella es un *actus legitimus*, en el que no cabe *dies* ni *condicio*. Eso mismo es lo que, a mi entender, obliga a esperar al momento de la *aditio hereditatis*, pues hasta ese momento no se puede tener certidumbre de la validez del legado. El que esto ocurriera porque hasta ese momento no se podía ejercitar la acción, como decía BERNSTEIN 175, no me parece lógico, como se demuestra por la comparación con el legado *per vindicationem* ordinario.

Como la *cretio*, es también la *optio* un modo de adquirir la propiedad y está supeditada a los mismos requisitos de capacidad.

La *optio* es un acto irrevocable, initerable e indivisible.

Es también un acto intransmisible, como ya hemos dicho, precisamente por ser personalísimo. Por serlo tampoco podía hacerse por representante, en lo que vemos otra analogía con la *aditio* (Dig. 29, 2, 90 pr.). Vid. sobre esto FERRINI 307 sgs.

Para la realización de la *optio* podía el Pretor, a petición del heredero o del comprador de la herencia, fijar un *dies praefinitus* (prorrogable, según puede deducirse por analogía de Dig. 28, 8, 3), transcurrido el cual, podía el peticionario disponer de los esclavos sometidos a la eventual elección no realizada. Una vez que se había dispuesto de todos ellos o de parte, el legatario ya no podía reclamar. En tanto no llegaba ese plazo, el heredero no podía disponer más que con efectos *sub condicione*, y sin efectos, por lo tanto, cuando era un acto dispositivo que no admitía la condición.

Para poder realizar la *optio* y ulteriormente, si es preciso, entablar la reivindicatoria sobre el esclavo optado tiene el legatario una *actio ad exhibendum*.

La *optio* produce efectos adquisitivos *ex nunc*, es decir, sin retroactividad (BERNSTEIN 184; FERRINI 321 sg.).

Cuando viciado por el error sobre la calidad del esclavo, la jurisprudencia parece admitir la nulidad del acto y, si provocado el error por dolo de tercero, se concede contra el tercero la *actio doli*.

La *optio* parece poder atribuirse a una tercera persona, en cuyo caso sí se convierte en un legado condicionado, en el que la *condicio* es precisamente la elección del tercero. Como tal legado condicional, caía si moría el tercero antes de la elección, pero también este efecto fué suprimido por Justiniano.

IV.—CONCLUSIONES HISTORICAS

La configuración dogmática del legado de opción, tal como resulta de los textos de la jurisprudencia clásica debidamente depurados, no nos muestra todavía el carácter más genuino de esa institución, carácter que sólo podemos vislumbrar a través de aquellos testimonios, y debemos reconstruir teniendo en consideración el esfuerzo realizado por aquella jurisprudencia para aproximar la *optio* al legado *per vindicationem* y por la jurisprudencia post-clásica para aproximarla a la *electio legata*.

Si nos fijamos en la palabra misma *optio*, comprenderemos ya desde un primer momento que su sinonimia con *electio* no es, ni mucho menos, originaria, sino producto de un progresivo desgaste de la palabra. *Optio* hace referencia, en su más genuino sentido a coger una cosa deseable (cfr. *optabilis*); *eligere*, en cambio, supone un escoger entre varias cosas. De ahí que la *electio* sea siempre entre una pluralidad de ejemplares y la *optio* pueda darse con uno sólo. Así nos lo dice claramente Quintiliano, *declamatio* 276: *electio... nisi ex pluribus, nunc optio potest esse etiam singulorum*. Hay, pues, entre ambas palabras un importante matiz diferencial, que tiende a desaparecer en virtud de una popular sinonimia. Ya en Ulpiano vimos una fórmula del legado en que *optato* y *elegito* aparecían conjuntamente para designar un mismo acto. En el mismo Ulpiano o en un glosador de su *ad Edictum* encontramos la palabra como un simple sinónimo de *electio*, cuando se dice, a propósito de la obligación alternativa (Dig. 13, 4, 2, 3 in fine): *tollis ei actionem dum vis reservare reo optionem*. En Nov. Maiorani 4, 6, 1, 7 se habla ya de *optio* para designar lo que llamamos elección de estado: *optio continuae viduitatis*. En las fuentes bizantinas *optio* y *electio* se traducen indistintamente por *epilogé*. Todo esto explica la tendencia tardía que ha llevado a construir la *optio* como una *electio*, según vemos en la rúbrica del 33, 5: *de optione vel electione legata*. Pero repetimos que, originariamente, la *optio* no era una *electio*, sino algo específico.

Si queremos buscar una institución comparable a la *optio*, debemos acudir necesariamente a instituciones familiares como la *optio tutoris* y como la *adoptio*, o incluso a instituciones de Derecho Público como la *cooptatio*. En todas esas formas hay también una

actividad electiva, pero el momento esencial del acto no radica en una elección, sino en una adquisición o incorporación de lo optado. El tutor optado por la mujer, en virtud de la facultad concedida en el testamento, es adquirido por aquella mujer como tal tutor. El hijo adoptado se incorpora a la familia del adoptante. El cooptado ingresa en la comunidad cooptante. Así también, el esclavo optado entra por el acto mismo de la *optio*, en virtud de la facultad concedida por su difunto amo en el testamento, bajo la *dominica potestas* del optante. Hay, pues, en la *optio* del esclavo algo más que un simple legado de elección: hay una vieja institución de carácter familiar.

Es de todos sabido hasta qué punto no es exacta la configuración del régimen de la esclavitud romana como sometido a una progresiva dulcificación a influjos de las doctrinas estoicas y del Cristianismo. Eso no representa más que un aspecto o sector de la historia. Pero hay que remontarse a los tiempos más remotos, en que no solía haber en la familia más de un esclavo —lo que permitía que se le llamase simplemente «mozo de Fulano» (*Marcipor: puer Marci*)— para comprender que el esclavo ocupaba dentro de la familia una posición que, si no puede equipararse a la de los hijos, tampoco es igual a la de los objetos animados e inanimados en propiedad. De ahí que el poder del *pater* sobre ellos sea una *dominica potestas* y que en tantos aspectos su situación sea muy semejante a la de los hijos. Tan sólo con el progreso del capitalismo y el aumento del número de esclavos la antigua potestad patriarcal tendió a configurarse como estricto dominio y la situación de los esclavos se acercó más a la de las *res*.

A esa patrimonialización del régimen de los *servi* corrió parejas la patrimonialización del régimen de la *optio servi*. Esa patrimonialización consistió en convertir la antigua institución familiar —quizá el único medio por el que se podía disponer *mortis causa* de un esclavo a favor de persona distinta del heredero, continuador familiar— en un simple legado, en un legado vindicatorio, es decir, por el que se concedía la propiedad.

Ya puede llamar la atención que en el catálogo que Gayo hace de las formas de los legados (II 192), que parece ser bastante completo y derivar de una fuente más antigua, no figure la forma típica de la *optio* como especie de legado *per vindicationem*. Ello obedece a que originariamente había una gran diferencia entre un

legado *per vindicationem*, de carácter puramente patrimonial, y la *optio servi*. Por esta misma consideración me inclino a creer que la forma originaria de la *optio* no rezaba *optionem do lego*, como decía FERRINI, sino *optato*. La idea de que la *optio* es el objeto del legado no es más que un puente de transición para llegar a la configuración de la *optio* como un legado de esclavos a elección. Como el mismo FERRINI reconoce (pg. 273 n. 1), esa hipotética forma *optionem do lego* —que él deriva por analogía con la forma de la *optio tutoris*— no aparece acreditada en ningún texto. Admitamos que se haya dado esa forma, pero, si a la analogía nos atenemos, tendremos que contentarnos con una forma *optionem do*, pues nunca se ha visto la forma *optionem tutoris do lego*, sino simplemente *do*. *Optato*, en cambio, es forma suficientemente documentada, y me parece corresponder mejor al carácter genuino de la institución. El testador ordenaba que alguien adoptara a su esclavo. Probablemente, el así designado quedaría obligado por el miramiento social a cumplir ese encargo, que no sería tan sólo un derecho. En derecho renunciabile tendería a convertirse cuando el amo tuviera varios esclavos y el optante hubiera de elegir uno de ellos. En su punto de origen una tal disposición no era muy diversa de aquella otra por la que el testador ordenaba que un esclavo suyo se hiciera libre: *servus meus liber esto*, o *liberum esse iubeo*, a lo que se llamó posteriormente manumisión testamentaria. Y recordemos que también la manumisión testamentaria fué aproximada al régimen del legado: [*inter libertatem et legatum nihil distat*] (Dig. 40, 4, 39).

La jurisprudencia, arrancando así a la institución su carácter eminentemente familiar, se esforzó por equiparar la *optio* a un legado *per vindicationem*. De ahí que, siguiendo esa tendencia, hayamos dicho, como suelen hacer los autores (BERNSTEIN 194, FERRINI 282; distingue, en cambio, BIONDI Succ. 429 sg.), que la *optio*, como *optio legata*, es un tipo especial de legado *per vindicationem*.

Esta aproximación nos explica ahora con qué facilidad pudo la jurisprudencia ver un caso de *optio tacita* en aquellos legados *per vindicationem* (por ende con elección del legatario) en los que se dejaba un esclavo la herencia indistintamente. Tácita tan sólo porque no se hablaba explícitamente de *optare*.

Superada así la diferencia formal, la aproximación de la *optio*

a la *electio* quedaba irremediabilmente determinada. Ninguna dificultad había ya para que la *optio* se pudiera conceder a un tercero. Esto resultaba algo inconcebible si admitimos ese carácter originario de la *optio* como institución familiar; al igual que resultaría inconcebible una adopción que dependiera de la elección de tercero. Pero, una vez introducido el legado de opción como tipo de legado vindicatorio, nada impedía que la elección se dejase a tercero. En ese caso el legado resultaba ser un legado *sub condicione*. Ahora bien: como la intransmisibilidad derivada de ese carácter condicional ocurría igualmente en la *optio* normal, se hacía tentadora la construcción de ese mismo legado de opción como legado condicional. En este camino, de todos modos, creo que la jurisprudencia clásica no pasó de comparaciones aproximativas. En todo caso, no se sacaron consecuencias de la comparación, por ejemplo, respecto a la doctrina proculeyana (Gayo II 195) de que la cosa legada *sub condicione* es *nullius* en tanto la condición no se cumple. (Vid. FERRINI 287 sgs.; contra: BERNSTEIN 165 y DEVILLA 285.) Fué, en cambio, Justiniano quien, para instaurar la transmisibilidad de ese legado, incluso con elección de tercero, se explicaba la antigua intransmisibilidad como efecto del carácter condicional: *habebat in se condicionem*.

Justiniano fué consecuente al procurar la más completa equiparación entre el legado de opción y los otros legados de elección. Para ello toda dificultad había caído, pues no existían diferencias formales de las que derivasen diferencias procesales. Pero para llegar a esa equiparación era menester que la *optio* saliera del viejo ámbito familiar en el que, a pesar de todo, seguía reducido: era lógico que no se aplicara tan sólo para los esclavos, sino también para las *aliae res*. Así desapareció el último residuo del viejo carácter familiar de la *optio*.

Cuando hacemos resaltar las atrevidas reformas de Justiniano, no debemos olvidar que muchas de ellas estaban ya más o menos insinuadas por la elaboración de la jurisprudencia clásica. En eso no debemos despreciar las enseñanzas que, con ardor siempre nuevo, nos da el maestro RICCOBONO, al mostrarnos una línea de ininterrumpido «sviluppo» en todas las instituciones del Derecho Romano. Cuando contemplamos el 33, 5 del Digesto podemos llorar, si se quiere, la total ruina de la vieja *optio*, pero no debemos olvidar nunca que la mayor responsabilidad de ella cae quizá sobre

la misma jurisprudencia clásica, que, desvinculando la *optio* de sus primitivas raíces familiares, la convirtió en institución puramente patrimonial, en un legado, hasta el punto de admitir una *optio tacita* en el legado vindicatorio de un esclavo sin determinar. Justiniano, con sus reformas, no hizo más que ser consecuente con la tendencia abierta y seguida por aquella jurisprudencia clásica. Es más, incluso cuando enfáticamente habla de sus propias reformas, hay que pensar en qué gran proporción resultaba deudor de la jurisprudencia tardía que, bien o mal, no había hecho más que rúmiar la gran obra de los jurisconsultos, el *ius vetus*.

ALVARO D'ORS