

LA LIBRE TESTAMENTIFICACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

JOSÉ ARCE Y CERVANTES

SUMARIO: I. *Criterios jurídicos para determinación de sucesores.* II. *El derecho comparado con relación a esos criterios.* III. *Nuestro derecho: el primer código.* IV. *Los antecedentes de la legítima del Código de 1870.* V. *Nuestro derecho: el segundo código.*

I. Criterios jurídicos para determinación de sucesores

La apertura de la sucesión por la muerte de su autor hace surgir la necesidad de remplazar al fallecido en la titularidad de los derechos y en la asunción de las obligaciones que no se extinguieron por la muerte. Junto a esta necesidad —que es el fin de la institución sucesoria como tal— la muerte del autor de la herencia, para los sucesores, produce paralelamente la adquisición de bienes que implica un enriquecimiento del patrimonio de éstos.

La designación de sucesores —herederos— debe ser regida por el derecho con normas de justicia, de bien común, de protección de los intereses legítimos, de conservación del patrimonio hereditario. No es sencillo delimitar los criterios que deben servir de base al legislador para determinar, por medio de normas generales, a quiénes corresponde llamar a ser sucesores.

En la historia del derecho comparado se han tomado como bases ciertas pautas o intereses en juego, para establecer el nombramiento de herederos. La doctrina de Cimbali, que fue popularizada por Castán Tobeñas, indica que en la formación del patrimonio del autor de la sucesión intervienen distintas fuerzas o elementos que convergen alrededor de la persona. Son éstas:

1º La potestad de disposición que tiene la persona humana sobre los bienes que constituyen su patrimonio y que nace del derecho de propiedad, en los países que respetan la propiedad privada. El derecho de propiedad, en efecto, no es completo si no incluye la potestad de disponer *mortis causa*, porque, en caso contrario, la propiedad de que una persona gozaba en vida, sería algo semejante a un mero usufructo.

2º Los intereses de la familia sobre el patrimonio del fallecido, porque nuestra civilización está montada sobre la “realidad familiar”, como dice Puig, organismo no sólo social, sino el más importante y trascendente. Cuando se trata de patrimonios de padres, éstos no solamente están obligados a proveer a la educación normal, síquica y física, de los hijos y al sostenimiento económico de los mismos mientras viven, sino a prever, hasta donde sea posible, la continuidad de esa educación y al sostenimiento de los hijos aun después del fallecimiento del padre; porque, llamar a un ser humano a la vida, es quedar obligado a ser la providencia suya. Los

hijos, a su vez, no sólo están obligados a amar y respetar a los padres, sino a ayudarlos en caso de necesidad.

3º Los intereses de la sociedad ya que, gracias a ésta, al establecimiento y mantenimiento de un orden de derecho, el hombre es capaz de hacerse de un patrimonio y de tener la garantía de que éste sea respetado. Los derechos de la sociedad, podríamos decir del Estado, se traducen en forma de impuestos sucesorios o de llamado a la herencia legítima a falta de parientes hasta de cierto grado.¹

La conjugación de estos elementos y la fijación de la parte que a cada uno de ellos corresponde, en caso de herencia, es una cuestión que ha variado en el tiempo y en el espacio; pero de todas maneras toca al legislador de cada época determinarlo, con base en pautas de justicia y en una prudencia jurídica y política, con base en numerosas circunstancias que habrá que tomar en consideración. En los diversos sistemas jurídicos se distinguirán por la mayor o menor acentuación en estos elementos.

II. *El derecho comparado con relación a esos criterios*

Castán Tobeñas² da una clasificación de los diversos sistemas jurídicos en relación con esta materia, que en seguida resumimos:

A. Sistema de libertad absoluta de testar. Inglaterra, Canadá, Estados Unidos de América (excepto Louisiana), México, Costa Rica y Panamá, estos tres últimos con la obligación de dejar alientos.

B. Sistema de reserva total con distribución libre. Código de los Soviets, en el que el testamento no puede tener más eficacia que la de disponer la transmisión de bienes a una o más de entre determinadas personas que son los descendientes directos (hijos, nietos, bisnietos), cónyuge supérstite y personas inútiles para el trabajo o faltos de recursos a quienes viniera manteniendo el causante desde un año antes de su muerte.

C. Sistema de reserva parcial. a) Con distribución forzosa de cuota variable; 1. Según el número de hijos: sistema de derecho justiniano, Baleares, Francia, Bélgica, Holanda, Louisiana, Uruguay, Venezuela, Italia; 2. De cuota única invariable: Argentina, Noruega y Suiza, Austria, Alemania, Portugal y Brasil. b) Con facultad de distribución libre: derecho aragonés y de Vizcaya. c) Con porción de distribución forzosa y otra de distribución libre: España, Perú, Chile, Colombia y Guatemala.

III. *NUESTRO DERECHO: el primer código*

Consumada nuestra Independencia de España, continuaron vigentes en el territorio nacional tanto el derecho indiano como el derecho vigente en la península. En esa época, en la materia que nos ocupa, el testador tenía reducida la libertad de disponer de sus bienes por las reservas obligatorias a favor de los hijos y, en ciertos

¹ Puig Peña, Federico, *Tratado de derecho civil español*, ed. Revista de Derecho Privado, 1963, vol. II t. V, pp. 316.

² Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, ed. Reus, 1973, vol. II, t. VI, p. 467.

casos, de padres y ascendientes.³ Después México independiente empezó a hacer sus propias leyes.

Aparte de otros intentos de codificación, el primero de más categoría es el proyecto de Código Civil realizado por don Justo Sierra, que se remitió al Ministerio de Justicia en 1859. Fue éste revisado por órdenes de Maximiliano, y en 1866 fueron promulgados sus dos primeros libros.⁴ El autor, don Justo Sierra, expresó que las fuentes a las que había ocurrido para elaborar su proyecto habían sido el Código francés y otros de diversos países

y sobre todo el proyecto de código civil español, sus concordancias con nuestros antiguos códigos y el derecho romano, publicado con motivos y comentarios por el señor García Goyena, uno de los más eminentes jurisconsultos de la escuela moderna.⁵

Este mismo proyecto, revisado y adoptado casi en su totalidad, se convirtió en el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja-California, que entró en vigor el 10. de marzo de 1870.

Este Código mantenía la legítima, a la que dedica 36 artículos. En el primero (3460) la define como la porción de bienes destinada por la ley a los herederos en línea recta, ascendientes o descendientes que, por esta razón, se llaman forzosos. Establece que el testador no puede privar a sus herederos de esta legítima, sino en los casos establecidos por la ley (3461) y que no admite gravamen, ni condición, ni sustitución (3462). La legítima de los hijos variaba entre cuatro quintas partes (descendencia legítima o legitimada), dos tercios (hijos naturales) y la mitad (hijos espurios) (3463). Disposiciones siguientes preveían las concurrencias de hijos de distinta clase y fijaban la legítima de los padres (dos tercios de la herencia). Declaraba inoficioso el testamento que disminuyera la legítima (3482) y nula la institución de heredero si se hubiere preferido uno o todos los herederos en línea recta (3484).

Nos parece que, realmente, la reglamentación era demasiado compleja y —cosa curiosa en un código— hasta contenía ejemplos gráficos de diversos casos de aplicación de esta institución, práctica que siguió el Código de 1884.

IV. LOS ANTECEDENTES DE LA LEGÍTIMA DEL CÓDIGO DE 1870

Los motivos de la existencia de esta institución en España, los expresa ampliamente Benito Gutiérrez Fernández,⁶ contemporáneo de nuestro primer Código. En resumen, manifiesta que nace del *Fuero Juzgo* (siglo XIII) que establecía que constituía legítima de los hijos y descendientes todos los bienes menos el quinto, que era de libre disposición. Esta misma norma, sancionada también por el *Fuero Real* y las *Leyes de Estilo*, es aclarada por las *Leyes de Toro* y se fija como legítima española, aunque difería de las reglas establecidas en las *Partidas*.

³ Esquivel Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, ed. Publicidad y Ediciones, 1943, t. III, p. 267.

⁴ Sánchez Medal, Ramón, *Dos códigos civiles y una escuela de derecho*. México, 1972, p. 19.

⁵ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, p. 14.

⁶ Gutiérrez Fernández, Benito, *Códigos o estudios fundamentales sobre derecho civil español*. Madrid, 1868, t. III, pp. 282 y ss.

El proyecto de Código Civil para España, de don Florencio García Goyena, mantuvo los herederos forzados, o sea, aquellos a quienes la ley reserva cierta porción de que no puede privárselas sin justa causa y probada de desheredación (artículo 640) y catalogaba como tales a los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos y, faltando los anteriores, a los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos (artículo 641). He aquí algunas de las razones que expone don Florencio García Goyena para mantener la tradicional institución que nos ocupa:

...La absoluta libertad de los padres duró poco en Roma, y fue templada en la práctica aun antes de ser formalmente revocada: además, nosotros no conocemos la autoridad paterna de los romanos: la citada ley 1, título 5, libro 4 del *Fuero Juzgo*, atestigua igualmente cuán poco duró entre nosotros aquella libertad, aunque introducida por otra ley patria. Las causas de tan corta duración fueron las mismas en Roma y en España: los abusos y extravíos de los padres, principalmente en los binubos... puede decirse en favor de la legítima, que "los padres y madres, que han dado la existencia natural, no deben tener la libertad de hacerles perder arbitrariamente la existencia civil bajo una relación tan esencial como la de los bienes, o fortuna; y aunque deben quedar libres en el ejercicio de su derecho de propiedad, deben también llenar los deberes que les impone la paternidad para con sus hijos y para con la sociedad. El padre ha contraído, no sólo con aquéllos, sino con ésta, la obligación de conservarles los medios de subsistencia proporcionados a su fortuna; y por más confianza que tenga el legislador en el amor paterno, ha debido prever que hay abusos inseparables de la debilidad y pasiones humanas, y no ha podido autorizarlos". He trasladado las palabras de un célebre orador de nuestros días, aunque en verdad podía haber prescindido de hacerlo, pues doce siglos antes se hallaban consignadas estas mismas razones con admirable precisión y energía en la tantas veces citada ley 1, título 5, libro 4, del *Fuero Juzgo*... Derógase en seguida la ley antigua, y se fija la legítima tal cual hoy la tenemos para que el pueblo non pierda lo que non deve, ni los padres sean sin piedad a los hijos... Se ve, pues, que en aquellos siglos, que miramos con una desdénosa presunción, la utilidad pública fue la que preponderó en el señalamiento de la legítima, aunque también se hizo mérito de la piedad, u obligación natural de los padres. Y en efecto, cuando un hijo educado en abundancia o medianía, según la clase y fortuna de sus padres, se ve repentinamente, y sin justa causa, lanzado en la mendicidad, ¿no es cierto que la sociedad se ve defraudada en los servicios que tenía derecho a esperar de él, y que se encuentra con un miembro inútil, cuando no peligroso? Así al asentar los modernos que la legítima es de derecho público, no han hecho más que expresar con otras palabras un pensamiento antiquísimo, una máxima del primero de nuestros códigos. Opino, por lo tanto, que en la inevitable alternativa de haber de optar entre la absoluta libertad de los padres, según los *Fueros*, y el señalamiento de legítima, según las leyes de Castilla, debemos decidirnos por las segundas...⁷

V. NUESTRO DERECHO: el segundo Código

En 1882, el poder ejecutivo nombró una comisión para la revisión del Código de 1870, y el proyecto de reformas de la misma fue enviada a la Cámara de Diputados y, posteriormente aprobado, entró en vigor el primero de junio de 1884, con el nombre de Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. En artículo segundo transitorio, derogaba el código civil anterior. Como es sabido —y así lo señaló el ejecutivo— la única y verdaderamente grave reforma consistía

⁷ García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*. Madrid, 1852, t. II, apéndice núm. 7.

en la adopción de la libertad de testar como "el ensanche de la libertad individual y el complemento del derecho de propiedad".⁸

Los motivos de esta reforma los expresó el ministro de Justicia, en una larga exposición de la que entresacamos los párrafos siguientes:

La libertad de testar no es más que el ensanche natural de la libertad individual y el complemento del derecho de propiedad. El individuo que con su trabajo y su industria adquiere una fortuna más o menos considerable, debe tener el derecho de disponer de ella de la manera que crea conveniente, y cualquiera restricción que se le impone, enerva su actividad productora con perjuicio de la riqueza pública, pues así como la esperanza de que después de su muerte sus bienes serán de las personas a quienes designe libre y voluntariamente, lo alienta y estimula para redoblar sus esfuerzos y afanes, así también el temor de que suceda lo contrario, lo decepciona y desanima, inclinándolo cuando menos a la negligencia y al abandono... Es verdad que el hombre, por su facultad generadora, adquiere obligaciones naturales para con los seres a quien da la vida, según sus circunstancias, hasta ponerlos en aptitud de llenar por sí mismos sus necesidades... La teoría de que los padres tienen obligación de hacer ricos y opulentos a sus hijos, y de que el derecho de éstos a los bienes de sus padres es ilimitado y absoluto, es una teoría insostenible, porque no tiene en su apoyo ningún fundamento natural. Las leyes romanas y españolas, el Código francés y todas las leyes que han impuesto el principio de la herencia forzosa, descansan en una presunción que, por justificada que sea, nunca puede tomar la forma de preceptiva y obligatoria. En efecto, interpretando los sentimientos más grandes del corazón humano, se ha supuesto que todos los padres quieren que sus hijos sean sus herederos; pero observando que puede haber algún caso en que no quieran, y que ni aun en éste se atreverían a infamar y deshonrar a sus hijos, desheredándolos por la causa que fija la ley, se debe dejar a los padres en completa libertad, sin contrariarlos de una manera tan arbitraria y tan violenta, porque en tales casos la ley civil tiene que callar, respetando el silencio de la naturaleza... Además, ¿por qué no conservar a la autoridad paterna su verdadero y tierno carácter? ¿Por qué se le quiere desnaturalizar con la dura intervención de la ley civil? Con este procedimiento se excluye hasta la gratitud del corazón de los hijos, que no ven en su padre al respetable y amoroso autor de sus días, sino al jornalero obligado a trabajar para legarles una fortuna. A pesar de la libertad de testar, los padres serán los herederos de sus hijos, y los hijos seguirán siendo los herederos de sus padres, no por la fuerza, sino por la voluntad... La herencia forzosa puede enervar la actividad del padre y autorizar y constituye generalmente la ociosidad del hijo, es decir, que disminuye el poder productivo de la sociedad... La lógica más simple basta para demostrar el inconveniente económico de la reserva. En efecto, si la propiedad individual es de todos los modos de apropiación el que más estimula al hombre al trabajo, es evidente que se pierde tanta más fuerza, cuanto más se reduce este poder del propietario sobre sus bienes. Es lo que sucede con la reserva, que ataca de la manera más directa y más grave el derecho de propiedad en el derecho de testar... En Inglaterra no hay reserva. En Francia ha sido establecida principalmente para impedir a los padres de familia mantener por testamento el derecho de primogenitura que el legislador ha abolido. A una preocupación del antiguo régimen, el legislador ha opuesto otra... La Inglaterra ha sido siempre el modelo de las naciones mejor organizadas, y por su justa y respetable celebridad es oportuno recordar que la legislación inglesa, desde el "Estatuto de testamentos" de Enrique VIII, combinado con la abolición de las propiedades feudales decretada bajo Carlos II, consignó entre sus principios el de la herencia libre; y después extendiéndose más en favor de la libertad absoluta, permitió por un estatuto de Isabel que hasta las corporaciones, que antes estaban exceptuadas, pudiesen adquirir por legado, con la condición de que fuese para obras de caridad... Las leyes que establecen la herencia forzosa y sus defensores, incurren en inconsecuencias que revelan la debilidad de sus opiniones. Así, por ejemplo, la legislación española, tomando del derecho romano la definición de la propiedad, conviene en que es el derecho de gozar y disponer libremente de nuestras cosas:

⁸ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, p. 29.

que la ley lo creó mirándolo como el más identificado con nuestra existencia, y lo hizo estable al mismo tiempo, asegurándolo contra los conatos de la violencia; que después lo hizo comunicable dando origen a los contratos, y por último, transmisible en el instante de la muerte, abriendo la puerta a los testamentos y sucesiones. Si la propiedad es el derecho de gozar y disponer libremente de nuestras cosas, ¿por qué la ley ha de coartar esa libertad en los momentos supremos en que más se necesita de ella?...⁹

Hubo un voto particular que disintió del de la mayoría y sostenía la bondad de las legítimas. Fue el de don Justino Fernández y, en su parte conducente dice:

Sucintamente apuntaré las razones y fundamentos que a mi juicio sostienen la legítima y el sistema de la herencia forzosa... Los redactores de nuestro Código Civil, jurisconsultos distinguidos por su saber y experiencia, y por la rectitud de sus miras y marcada tendencia al progreso social, adoptaron el sistema de la legítima, como una tradición jamás interrumpida en nuestro derecho escrito, y como una sanción de prácticas y costumbres observadas siempre con singular respeto y religiosidad... Razón tuvieron, pues, esos egregios jurisconsultos en decidirse por la subsistencia de la legítima, inspirándose para ello no sólo en esa tradición constante de derechos y costumbres, sino en los principios de filosofía, de justicia y conveniencia, que debe tener presente el legislador, para pesar los razonamientos con que se sostienen los extremos de una cuestión como la actual, y aceptar el mejor... En cuanto a las primeras objeciones contra la subsistencia de las legítimas, son débiles y poco psicológicas, puesto que la facultad de adquisibilidad (*sic*) y la pasión de la ambición por aglomerar riquezas, que se apodera de algunos hombres obedecen más bien al carácter particular que los distingue, que a consideraciones lejanas y muchas veces confusas de quiénes serán los que después de ellos vengan a disfrutar de sus riquezas. Y en cuanto al estímulo de la ociosidad que puede apoderarse de los hijos de los hombres ricos por saber que van a heredar, con suma facilidad puede corregirse y enervarse, con sólo infundirles desde niños sentimientos honrados y de amor al trabajo, lo que, como darles una buena educación y procurarles una situación arreglada y sus inclinaciones y nobles aspiraciones es de la competencia y de la obligación exclusiva de los mismos padres. Procuren éstos cumplir con sus importantes deberes, y no sólo se enervará ese fatal estímulo a la ociosidad, sino que formarán buenos hijos de familia y útiles y laboriosos ciudadanos...¹⁰

Por consiguiente, quedó abolida la legítima en el Código de 1884. En efecto, establece la libertad para disponer de los bienes por testamento a título de herencia o legado (3323) y que este derecho no está limitado sino por la obligación de dejar alimentos a los descendientes varones menores de 25 años; a los mismos varones que estén impedidos de trabajar y a las mujeres que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, aunque fueren mayores de esa edad; al cónyuge supérstite siempre que, si es varón, esté impedido de trabajar y si es mujer, permanezca viuda y viva honestamente; y a los ascendientes (3324). Esta obligación de dejar alimentos a descendientes y ascendientes no existe sino por falta de ascendiente más próximo, en el primer caso, o de descendiente más próximo, en el segundo (3325). Para tener derecho a recibirlos se necesita estar al tiempo de la muerte del testador en alguno de los casos previstos y cesa cuando terminen esas circunstancias o el acreedor observe mala conducta (3327). El incumplimiento de esta obligación hace inoficioso el testamento (3331) y esto sólo da derecho al acreedor a que se le dé la pensión

⁹ Mateos Alarcón, Manuel, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*. ed. La Europea, México, 1900, t. vi, apéndice, pp. v y ss.

¹⁰ Macedo, Pablo, *El Código Civil de 1870*, ed. Porrúa, México, 1971, p. 56.

(3332) que es carga de la masa hereditaria (3333). Sin embargo, el hijo póstumo tendrá derecho a recibir íntegra la porción que le hubiere correspondido como heredero legítimo, si no hubiere testamento (3334).

Así quedó implantada la libre testamentificación en nuestro derecho, porque del Código de 1884 se tomaron las disposiciones de esta materia que existen en nuestro vigente código, con pequeñas reformas.¹¹

Para los de mi generación —dice Pablo Macedo—¹² y aun para nuestros padres, es ésta una cuestión pacíficamente admitida, en la que la libertad se ha impuesto y que ni siquiera llega a suscitar la más leve duda.

Con todo el respeto que tengo para ese eminente jurista, para terminar estos apuntes, quisiera señalar que esta institución, tal y como se concibió y reglamentó en nuestra legislación civil, puede tener defectos.

En primer lugar, hay que notar que rompe con una tradición secular que nació de los abusos que se cometían al dejar en libertad de disposición al testador.

La tradición jurídica —expresa John Henry Merriman—¹³ es un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del Derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas a un sistema jurídico y acerca de cómo el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura, de la cual es una expresión parcial.

Si la institución de que se trata imperó durante tanto tiempo, y aún perdura en naciones de cultura tan semejante a la nuestra, es que hubo razones y fundamentos para crearla y mantenerla.

En segundo lugar, nos parece que hay que ponderar el argumento que señalaba el ministro de Justicia como fundamento de la reforma, respecto a los buenos resultados que había producido en Inglaterra. La Gran Bretaña, en los siglos XVI y XVII, sufrió la influencia del avance científico de Francia y Holanda, con desprecio de la filosofía aristotélico-tomista que informaba el pensamiento de las naciones latinistas y, principalmente, de España, que basada en esa filosofía tenía su propia concepción de la persona humana y de sus relaciones trascendentales. En esa época comienza también en Inglaterra el empirismo, auspiciado por el pensamiento de Hobbes, Locke, Hume, Berkeley, que lo lleva al liberalismo y al Estado liberal moderno y que tiende a disponer el ánimo para librarlo de los que fueron llamados prejuicios y pasiones.

Por otra parte, como consecuencia de multitud de circunstancias, los sistemas jurídicos inglés y latino-español como el nuestro, son muy diferentes. Aquél se basa en los estatutos, en las decisiones judiciales, en la costumbre; es un derecho que admite menos rigidez en su aplicación práctica, porque el juez es un personaje autorizado que aplica normas de derecho y equidad y puede ser más flexible ante

¹¹ García Téllez, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancias de nuevo Código Civil mexicano*. Sin pie de imprenta, 1932, concordancias de los arts. 1368 a 1377.

¹² Macedo, Pablo, *op. cit.*, p. 50.

¹³ Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*. ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 15.

el caso concreto. En el derecho escrito como el nuestro, la tradición y la ley escrita dejan al juez menos campo de aplicación de la equidad; el derecho es más inmune a los cambios de tiempo y de lugar y, más bien que al juez, es a la ley a quien corresponde hacer más flexibles las normas jurídicas.

En tercer lugar, el argumento de suprimir las restricciones al testador para darle mayor libertad, no es tampoco suficiente, por sí solo, para apoyar esta institución. Tomo este razonamiento de Johannes Messner:

Es el individualismo el que posee un concepto de libertad vacío de contenido. Es sabido que el individualismo defiende una libertad sin límites. Su libertad es la libertad "de", es decir, libertad de todas las barreras, excepto la del interés propio bien entendido. Por el contrario, en la naturaleza del hombre se funda sólo una libertad "para", es decir, la libertad para realizar los fines fundados en la misma naturaleza humana, en función de los cuales... están también cimentados los derechos naturales.¹⁴

Se trata aquí de los bienes de la institución familiar, de sus fines existenciales como dice el mismo autor, que deben pensar para resolver este problema de la mayor o menor libertad testamentaria.

Por último —y esto lo expresamos como sugerencia de *lege ferenda*— creemos que nuestro sistema no es totalmente coherente. En primer término, en la mayoría de los casos, el testador no está en posibilidad de cumplir con la disposición imperativa que establece el artículo 1368 del Código cuando dice: "El testador debe dejar alimentos...", porque, en ese momento, no sabe ni puede saber cuáles personas deberán recibir alimentos ni la cuantía de esta prestación, porque estas circunstancias no pueden ser precisadas sino al fallecimiento del autor de la sucesión (1371). Y en tales circunstancias, si al fallecimiento hubiere acreedores alimenticios, se tendría que recurrir, previamente, a declarar inoficioso su testamento —o sea una sanción legal— para hacer cumplir esta norma. Nos parece que esto, por lo menos, es una falla de técnica jurídica.

En segundo término, la obligación grava solamente a los testadores y no a los que mueren sin haber hecho testamento. Si la ley considera que determinadas personas tienen derecho a recibir esas prestaciones alimenticias y que esa obligación es carga de la herencia (1376), debería también existir en casos de intestado. Se podrá pensar que en estos casos los acreedores alimenticios están protegidos por el llamado a heredar como herederos legítimos, pero esto no ocurre en todos los supuestos. Veamos este ejemplo: una persona que desea nombrar herederos en su testamento a aquellos que están designados también por la ley como herederos legítimos, verbigracia: sus hijos, y que, en su caso concreto, si otorgara testamento, estaría obligado a dejar alimentos a otras personas que no tienen el carácter de herederos legítimos, verbigracia: padres o hermanos, ya que los hijos del testador los excluirían de la herencia legítima por ser parientes de grado más remoto (1605 y 1615). En este ejemplo, si el testador otorgara testamento sin dejar alimentos a sus padres o hermanos, el testamento sería inoficioso y los preteridos (padres, hermanos) tendrían derecho a pedir pensión alimenticia (1375). Si la persona de nuestro ejemplo no hiciere testamento, de todas maneras serían herederos suyos sus mismos hijos a quienes corresponde la herencia legítima, pero los padres o hermanos del autor de la herencia no tendrían derecho a obtener pensión de alimentos.

¹⁴ Messner, Johannes, *Sociología moderna y derecho natural*. ed. Herder, 1964, p. 45.