



JUICIO DE RESPONSABILIDAD

SEGUIDO

CONTRA FRANCISCO EUSTAQUIO ALVAREZ.

IMPRESA DE LUIGI FRATELLI HERMANOS — 1856.

43

JUICIO DE RESPONSABILIDAD

SEGURO CONTRA

FRANCISCO EUSTAQUIO ALVAREZ.



Notoria i aun escandalosa se hizo en Bogotá la cuestion tenida con motivo del cobro judicial que se hacia al Sr. Antonio R. Narváez, de la cantidad de 222 pesos de a ocho décimos, por haberse constituido fiador del Sr. Juan B. Merizalde. Tocóme fallar en ese pleito, como Majistrado interino del Tribunal Superior de Bogotá, i declaré conforme a una conviccion formada despues de un dilijente i detenido estudio de la cuestion, que estaba probada la escepcion de nulidad, propuesta, entre otras, por el Sr. Narváez, nacida de que cuando este señor se obligó era militar en servicio de la nacion, i que como a tal le estaba prohibido obligarse como fiador.

Fuí acusado por esta sentencia, llamado a juicio i condenado en primera instancia por el Sr. Majistrado José Ignacio de Márquez. No profeso el menguado sistema de adular a los juezes cuando van a fallar o cuando han fallado en mi favor, e insultarlos groseramente cuando lo hacen en contra; pero sí creo tener justicia para decir que el Sr. Márquez no podia ser juez imparcial mio, pues todos saben que yo acababa de denunciarlo severamente en la Cámara de Representantes por sus escandalosas injusticias como Majistrado, i propuse acusarlo, de cuya proposicion, como de costumbre en todos los casos semejantes, jamas se ocupó la Cámara. Es fama que el Sr. Márquez es exajerado i firme en sus resentimientos i ciego e infalible en sus venganzas (i siento tener necesidad de decir esto ahora que lo veo con su cuerpo bamboleando entre la sepultura i la vida); pero aun sin esa consideracion, haciéndose cargo de la gravedad de los hechos por mí denunciados, creo que todos me considerarán con motivo para decir que hai prevencion en el fallo del Sr. Márquez; bien que para los profesores del derecho i para todos los intelijentes me justificará la lectura de tal sentencia. Yo no me defendí ante el Sr. Márquez

porque tenia conciencia de que era inútil hacerlo; lo hice en segunda instancia i la sentencia del Sr. Márquez ha sido revocada.

Hoy que todo ha terminado con respecto a mí, publico las piezas que signen. Cuando se quiere que la opinion ilustrada decida en una cuestion cualquiera, debe presentársele el debate completo que forma el pro i el contra; decir lo que hai de favorable solamente por un lado, es querer sorprender el juicio que se invoca, i probar que se tiene miedo a lo que hai en contrario; por esto yo hubiera incluido aquí todo cuanto en contra de mi sentencia se ha escrito, si no me relevaran de tal necesidad i de dar a esto una estension mas que fastidiosa, la publicacion de la sentencia del Sr. Márquez, en donde creo se halla dicho del mejor modo, cuanto hai importante por esa faz de la cuestion, i la circunstancia de haberse hecho publicaciones estensas en el mismo sentido, para los que deseen mayor abundancia.

No me mueve a hacer esta publicacion el que yo haya tenido que sufrir, como otros juezes, las consecuencias del nuevo sistema de litigar por medio de pasquines. Pienso que todo el que ha ejercido funciones importantes en la Magistratura, obra bien poniendo de manifesto su conducta i sometiéndose al juicio de la opinion, cuando este se invoca como una sancion tutelar de los derechos de los ciudadanos. Además, el conocimiento de la cuestion sobre que yo fallé tiene importancia para los particulares, en los negocios que puedan ocurrir de la misma naturaleza, por lo que no deja de tener utilidad lo que con relacion a ella se escriba; pero mi publicacion se dirige, principalmente, a que todos los que quieran formar una opinion imparcial e ilustrada, lean i despues juzguen.

Bogotá, 30 de diciembre de 1857.

F. E. ALVAREZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DEL DISTRITO.

TRIBUNAL DEL DISTRITO.

Bogotá, 9 de diciembre de 1836.

Vistos: ante el Juez 1.º en el despacho de los negocios civiles del circuito de Bogotá, se presentó Mariano A. Pinillos ejecutando a Antonio R. Narváez por la cantidad de 222 pesos de a ocho décimos, principal i réditos vencidos de una obligación otorgada por mayor cantidad a favor de Pinillos por Juan Bautista Merizalde, en la que Narváez se obligó como fiador i principal pagador, de *mancomun e insolidum*. Librada la ejecución, i surtidas las diligencias ejecutivas, propuso Narváez en tiempo oportuno las escepciones legales, de las cuales se contrajo en el juicio a probar dos: la de novación de contrato i la de nulidad de la obligación que, como fiador, contrajo. Siguióse el juicio correspondiente, al que, en 1.ª instancia, puso término la sentencia de 10 de julio de este año, que declaró no probada ninguna de las escepciones propuestas por el ejecutado, i mandó llevar adelante la ejecución para verificar el pago al acreedor: alzóse de esta sentencia el ejecutado, i habiendo este Superior Tribunal oído a las partes, es llegado el caso de fallar sobre la apelación interpuesta.

Por punto de partida en sus consideraciones, el Tribunal establece que no habiéndose presentado pruebas ni argumentos notables, sino en favor de las dos escepciones mencionadas de novación i nulidad, a las que ha contraído su atención el ejecutado, es en estas solas dos escepciones que fijará la consideración para decidir sobre la sentencia que las declara no probadas. Las pruebas presentadas para justificar la novación de contrato, consisten principalmente en una carta reconocida judicialmente por Francisco A. Beltran, en la que este testigo afirma que hubo un convenio entre el deudor principal, Merizalde, i Pinillos, en el que sirvió de intermediario Beltran: con arreglo a ese convenio, Pinillos no debía cobrar la cantidad que se le restaba, prorogando el plazo indefinidamente, i Merizalde se obligaba a pagar un interés de tres por ciento mensual en vez del dos, pactado en la obligación, mientras no cubriese el principal: afirma tambien el testigo que el primer abono de réditos que se hizo despues de este convenio, fué a razon del tres por ciento nuevamente pactado. Ademas de este testimonio, el ejecutado ha aducido, como indicios que concurren con el testimonio de Beltran a formar prueba completa, la demora inmotivada del cobro por parte del acreedor, si no fuera por la causa espuesta; el silencio de este cuando Beltran lo desmintió en juicio, afirmando la existencia del convenio que el otro negaba; el haber confesado Pinillos que Beltran fué comisionado para entenderse con el primero en el asunto de la deuda por parte de Merizalde. Tales son las prue-

bas en que apoya su escepcion el ejecutado; i es preciso concluir, despues de examinarlas, que ellas no prueban la escepcion de novacion de contrato. Prescindiendo de la validez del dicho de Beltran, por razon del modo ilegal con que ha sido recibido; esto es, por medio de una carta reconocida en la que se afirman aquellos hechos, contraviniendo así a lo que espresamente se dispone en la lei 26, titulo 16, partida 3.^a, que quiere que el Juez oiga la relacion que el testigo haga de los hechos concernientes al pleito sobre que va a dar testimonio, i lo examine detenidamente sobre lo que sabe i el modo como lo sabe; i por poca práctica que se tenga en la materia, se sabe cuán útiles, i aun necesarias, son las prevenciones de esa lei, i cuánta diferencia resulta las mas veces entre decir un testigo que reconoce una carta i se afirma en su contenido, i hacer verbalmente al Juez la relacion detenida de lo que sabe concerniente al pleito, i esponer el modo como lo sabe; i tanto mas necesarias son esas prevenciones de la lei, cuanto que la principal garantía del testimonio está en el modo como se interroga al testigo, i en la dificultad que hai de forjar tan bien una mentira que, dos individuos, que son los necesarios para formar prueba testimonial completa, se acuerden en un hecho i todas sus circunstancias, de manera que en la relacion circunstanciada que se exija al un testigo separado del otro, la mentira salga triunfante ante un Juez acucioso i que cumpla con las prevenciones de la citada lei. Prescindiendo de estas circunstancias, que vician profundamente el dicho de Beltran, este es testigo único, i los indicios de que se ha hecho mérito para coadyuvar su testimonio i formar la prueba completa, no pueden estimarse como tales, sino que son simples argumentos que servirán para apreciar con mas o ménos seguridad aquel testimonio único, mas no para coadyuvarlo como pruebas independientes de este testimonio hasta formar con él prueba completa. I habiendo el ejecutante negado redondamente, bajo de juramento, la existencia de tal convenio, sin que haya otro medio probatorio qué examinar en el presente caso, es preciso concluir que no existe prueba completa de la escepcion de novacion de contrato.

La segunda escepcion que debe examinarse es la de nulidad. Se hace consistir esta en que siendo la obligacion por que se ejecuta a Narváez la de fianza, i siendo él militar en servicio activo el dia que la contrajo, es nula tal obligacion por existir la lei 2.^a, titulo 12, partida 5.^a, que prohibe a los militares en servicio obligarse como fiadores. Contra esta escepcion ha presentado la parte ejecutante las observaciones siguientes: 1.^a Que la lei 2.^a citada, hablando solo de los caballeros de la meznada del rei, no puede hoy aplicarse a los militares en servicio de la República: 2.^a Que no existe prueba completa de que Narváez estuviera en servicio el dia que contrajo la obligacion: 3.^a Que la obligacion de Narváez no es simplemente una fianza, sino una obligacion mancomunada i so-

lidaria que este contrajo como deudor principal i consiguientemente por sí: 4.^a Que siendo el mandato de la citada lei 2.^a un privilegio concedido a los militares, él está derogado por los incisos 1.^o i 10 del artículo 5.^o de la constitucion de la República. Parece que estas observaciones son las que pueden ocurrir en el caso, i de su exámen debe ocuparse el Tribunal. 1.^a Las palabras de la lei 2.^a título 12, partida 5.^a relativas a este punto, son las siguientes: “Omes señalados son, que maguer pueden facer promissiones por sí, que non pueden ser fiadores por otri. Assí como los caballeros de la meznada del rei, que reciben soldada del rei, et bien fecho dél.” Trátase de saber si los caballeros de la meznada del rei, que reciben soldada del rei et bien fecho dél, son hoy los militares en servicio activo. Evidentemente que si tomáramos las palabras en su sentido literal mas estricto, hoy el mandato de la lei careceria de objeto, pues no hai a quién, entre nosotros, se llame caballero de la meznada del rei; pero cuando se trata de aplicar en la República la lejislacion castellana del siglo décimo tercero, no solamente se necesita traducir una parte del lenguaje, que se ha modificado considerablemente, sino que es preciso acomodar las disposiciones de esa lejislacion, dada bajo un sistema de gobierno distinto del nuestro, de manera que en vez de buscar los mismos nombres, busquemos la sustancia de las cosas para las cuales se dieron esas disposiciones, i aplicar esas leyes en su sentido, no en lo material de sus palabras, pues esto nos espondria a quedarnos sin lejislacion civil muchas veces. Así, en el caso presente, aunque entre nosotros no hai a quienes se llame caballeros de la meznada del rei, sí sabemos que en aquellos tiempos se llamaba así a los militares en servicio de la nacion. Compruébanlo, a no dejar duda, la tradicion unánime de los espositores del derecho; la version literal de las palabras de la lei hecha con los vocabularios del español de los tiempos antiguos, i el hecho constante que se observa en la lejislacion española, de que en ella se toma al rei por la nacion, así a un empleado al servicio de esta, se le llama empleado del rei; al tesoro nacional se le llama fisco del rei: de forma que en todas las leyes españolas se encuentra constantemente personificada la nacion en el rei, por lo que debe entenderse con respecto a aquella lo que las leyes españolas establecian con relacion a este. Fijada así la intelijencia de esa lejislacion, es preciso concluir, con todas las autoridades en derecho, que los caballeros de la meznada del rei, que reciben soldada del rei et bien fecho dél, son los militares en servicio de la nacion, que reciben de ella soldada, por cuya razon se les llama soldados. 2.^a Sobre si Narváz estuviera en servicio activo, como militar, cuando firmó la obligacion de fojas 1.^a existe en estos autos, pedido en tiempo con citacion i traslado, el certificado de fojas 20, espedido por el oficial mayor de la Secretaría de Guerra, en cuyo documento aparece que el teniente coronel graduado Antonio R. Nar-

vázquez, estuvo en servicio activo en todo el mes de enero de 1855, en cuyo mes fué que se obligó como fiador por Merizalde. La prueba de un hecho cuya constancia debe hallarse en una oficina pública, no puede ser otra que la certificación del empleado a cuyo cargo está esa oficina, i a quien la lei llama a dar tales certificaciones, como lo es en el caso el oficial mayor de la Secretaría de Guerra, por disponerlo así las leyes de 21 de mayo de 1849 i 1.º de mayo de 1845 en sus artículos 1.º i 6.º Hai, pues, la prueba necesaria de que el teniente coronel graduado Antonio R. Narváez estaba en servicio activo el día en que contrajo la obligación porque se le ejecuta. 3.ª La obligación de Narváez no fué de simple fiador, sino como principal pagador de *mancomun* e *insolidum*, i en los mismos términos que el deudor principal: esto es cierto, pues consta del documento ejecutivo. La cuestión es averiguar si las fianzas mancomunada i solidaria, que son aquellas en que el fiador se obliga por el todo i en los mismos términos que el deudor principal, dejan de ser fianzas. El carácter ordinario de la fianza es el de una obligación subsidiaria que no puede hacerse efectiva sino cuando no puede cumplirse la principal, i por eso el fiador goza de los beneficios de orden i escusion; pero cuando este se obliga de *mancomun* e *insolidum*, la fianza pierde su carácter ordinario, i el fiador puede ser ejecutado lo mismo que el deudor principal, sin que aquel goze de los beneficios expresados; pero deja por esto el que así se obliga de ser considerado como, i llamado por las leyes, fiador? Esta cuestión la resuelven las leyes 8.ª i 10, título 12, partida 5.ª; son estas leyes las que reconocen i señalan los efectos de las obligaciones de la especie de la contraída por Narváez, i estas leyes llaman fianza a esta obligación, i fiadores a los así obligados; de suerte que no por ser mayores o mas eficaces las obligaciones del fiador solidario i mancomunado, deja este de ser llamado fiador, pues siempre es cierto que su obligación es contraída para seguridad de otra; i en el caso presente, el mismo documento ejecutivo demuestra que la obligación de Narváez se contrajo para seguridad de una obligación ajena, que es el carácter esencial de la fianza; que sin esta obligación no hubiera existido la de Narváez, i que aquella nació, no de un hecho original de este, que es el caso en que, segun el sentido de la lei, uno se obliga por sí. La obligación de Narváez no deja, en consecuencia, de ser una fianza. 4.ª ¿La prohibición establecida para que los militares no pudieran obligarse por otro como fiadores, fué un privilegio concedido por título profesional, fuero o clase, i como tal ha sido derogado por la Constitucion i leyes granadinas? Las dificultades que se presentan para resolver esta cuestión, nacen, en primer lugar, de la confusión que se observa en las leyes españolas sobre el modo de considerar ese mandato prohibitivo. La sola lei 2.ª título 12, partida 5.ª establece bastante oscuridad en la materia; de su contenido

no puede deducirse si tal prohibición es o no un privilegio: a unos les prohíbe fiar por incapacidad legal, como a los siervos que no tenían peculio; a otros, como a las mujeres, por razón de la dignidad de su sexo; a los obispos por razón del servicio público. Vino después la ley 25, título 21, libro 4.º de la Recopilación Castellana, la que, entre otros privilegios para los labradores, estableció que no pudieran ser fiadores. ¿En vista de estas leyes, puede decirse, por regla general, que tal prohibición sea o no un privilegio? No puede decirse que fuera siempre un privilegio, porque ella estaba establecida para personas en favor de quienes no podía suponerse privilegio, como eran los esclavos; tampoco puede negarse absolutamente que fuera privilegio, porque como tal se estableció indudablemente para los labradores. No pudiéndose, pues, resolver la cuestión en abstracto, es preciso, para resolverla en cada caso, atender al especial mandato i razón de la ley. En el caso presente, la ley establece dos razones para esa prohibición a los militares, diciendo: "Ca estos a tales non deben recibir los omes por fiadores, porque non se embargue el servicio que han de hacer al rei. Otro sí, porque los omes non podrian aver derecho dellos tan bien nin tanto lijeramente, como de los otros." Las razones espuestas por la ley están indicando claramente que no tuvo ella en mira conceder un privilegio, pues este se concede en atención a la persona o clase, i no al servicio público; se trata de beneficiar directamente con el privilegio a aquel a quien se concede en particular i no a la sociedad en general; de manera que puede concluirse que, en el caso, no fué un privilegio lo que la ley quiso conceder. ¿Es esta prohibición una distinción proveniente de título profesional, fuero o clase? Este es el punto mas espinoso de la cuestión, por razón de los términos absolutos en que está escrito el inciso 10, artículo 5.º de la Constitución de la República; i es a fuerza de meditar en la disposición de ese inciso constitucional, i compararla con la legislación civil entera, que se puede establecer como base de una resolución, lo siguiente: la prohibición que tienen los militares de obligarse como fiadores, no es una distinción en favor o en contra de una clase o profesion, pues no abraza a todos los militares, sino únicamente a los que están en servicio público, i por razón de este mismo servicio; tampoco se ha establecido tal prohibición por razón del fuero, pues que la ley da otras razones distintas de esa. La prohibición que se impone a ciertos empleados de ejercer ciertos actos o negociaciones incompatibles con su destino, o perjudiciales al servicio público, en vez de ser una distinción repugnante en un gobierno de igualdad, es una precaución aceptada en una República, i aun necesaria para la moralidad de los funcionarios i buen desempeño de los cargos públicos; así, los empleados de Hacienda, los Jueces i otros empleados, no pueden celebrar ciertos contratos que la ley, de acuerdo hasta con las prescripciones

de la sana moral, les ha prohibido, i aun ha señalado penas a los que obren en contrario; i no es posible llevar la interpretacion del inciso constitucional hasta admitir el absurdo de que tales prohibiciones han venido a ser derogadas; de donde es preciso concluir que ellas están vijentes, i entre ellas la de los militares, porque no hai razon que la distinga de las otras al compararlas todas con el mandato de la Constitucion. Existe, en consecuencia, vijente la lei que prohíbe a los militares obligarse como fiadores cuando estén en servicio activo, apesar del mandato constitucional, que no la ha derogado. Por las mismas razones, tal disposicion está vijente con el mandato del artículo 56 de la lei 14, parte i tratado 2.º de la Recopilacion Granadina, porque siendo esta lei de procedimiento, arregló lo relativo a este solamente, i no a la parte sustantiva de los contratos, ademas de que ya se ha visto no se trata de un privilegio o fuero personal, pues este dice relacion a la jurisdiccion, a la potestad de juzgar, a los Juezes i Tribunales competentes i no a los contratos en su fondo. Existiendo, pues, vijente la disposicion de la lei 2.ª título 12, partida 5.ª, invalida los contratos de los particulares, hechos contra esa lei por disposicion de la 28, título 11, partida 5.ª. Por estas consideraciones, administrando justicia en nombre de la República i por autoridad de la lei, se revoca la sentencia apelada i se declara probada únicamente la escepcion de nulidad de la obligacion contraída por Antonio R. Narváez.

Devuélvase los autos en la forma ordinaria.

F. E. ALVAREZ—JOSÉ MANUEL JUNQUITO, Secretario.

AUTO DE SEGUIMIENTO DE CAUSA.

*SUPREMA CORTE DE LA NACION.

Bogotá, 23 de febrero de 1857.

SALA DE PRIMERA INSTANCIA.

Vistos—Se abre al Dr. Francisco Eustaquio Alvarez causa de responsabilidad por los trámites extraordinarios a mérito de la acusacion que contra él propone el Dr. Mariano Alejo Pinillos, por el hecho de haber declarado como Ministro del Tribunal de Bogotá, probada la escepcion de nulidad de una obligacion que, a favor del querellante, otorgó Antonio R. Narváez; incurriendo por tal sentencia en el caso del artículo 562 del código penal. El acusado informe dentro del término que al efecto concede la lei—*Márquez—Esquerria*, Secretario.”

INFORME.

“SEÑOR MAJISTRADO.

Se me ha notificado vuestro auto de 23 del corriente, en el cual disponeis se me abra causa de responsabilidad por viola-

ción del artículo 562 del código penal, i mandais que yo informe en el término legal. Siendo la cuestión que se ventila de puro derecho, me refiero a la sentencia que motiva esta acusación i os pido que sentenciais para saber yo qué lei he violado en esa sentencia, pues hasta ahora no la he hallado, i no sé en consecuencia a qué se reduce el delito que habeis hallado probado en el expediente. Dejo así evacuado el informe pedido.

Señor Magistrado—*Francisco E. Alvarez.*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

*SUPREMA CORTE DE LA NACION.

Bogotá, 3 de marzo de 1857.

SALA DE PRIMERA INSTANCIA.

Vistos—En el juicio ejecutivo entablado por el Dr. Mariano Alejo Pinillos contra el Teniente coronel graduado Antonio R. Narváez, propuso este, entre otras escepciones, la de nulidad, apoyándola en que, estando en servicio activo cuando firmó el pagaré que motivaba la ejecución, no pudo obligarse como fiador. El Juez de circuito decidió que no estaba probada esta escepcion; empero, apelada la sentencia, el Dr. Francisco Eustaquio Alvarez, Ministro del Tribunal Superior de Bogotá, fundándose en la lei 2.^a, título 12, partida 5.^a, la revocó, declarando probada la susodicha escepcion. Es por esto que ha sido acusado por Pinillos, i que se le ha abierto causa de responsabilidad por los trámites estrordinarios. Aunque pueda, desde luego, sostenerse que el privilegio otorgado por la enunciada lei 2.^a está vijente, i que comprende a todos los militares de la República en servicio activo, es claro que tal privilegio no es sino para no poderse obligar como fiadores, mas no para no obligarse como principales pagadores. He aquí las precisas palabras de la lei: “Omnes señalados son que maguer puedan hacer promisiones por sí que non pueden ser *fiadores* por otro... así como los caballeros de la meznada del Rei, que reciben soldada del Rei, o bien fecho dél. Ca estos a tales non deben recibir los omnes por *fiadores*...” La obligación de Narváez no fué solamente como fiador, sino también como principal pagador de *mancomen e insolidum* con Juan B. Merizalde. Estas son las formales espresiones del pagaré: “Para seguridad del referido señor (Pinillos) dice Merizalde, presento además como mi fiador *i principal pagador* de *mancomen e insolidum* al señor Antonio R. Narváez, quien se obliga en los mismos términos.” En consecuencia, aun cuando la obligación fideisoria de Narváez no valiera a virtud de la enunciada disposición, valdria, en fuerza de la misma lei, la que contrajo como principal, puesto que obligación principal no es otra que la que uno contrae u otorga, obligándose por sí, aunque sea haciendo de deuda ajena suya propia. La obligación fideisoria, por su naturaleza subsidiaria i accesoria, no se puede con-

fandir con la principal : ellas son esencialmente diversas en sí i en las acciones i demas efectos que producen ; i, por lo mismo, hacer estensivo el privilegio que la supracitada lei 2.^a concede a los militares, respecto a la obligacion fideisoria, a la que contraen como principales, es hacer decir a la lei lo que no dice, o mas bien, lo contrario de lo que dice ; porque la misma lei bien claramente espresa que los caballeros de que habla pueden obligarse a prometer por sí, esto es, como principales deudores. Aun quando la lei no fuera en esta parte tan espresa i terminante, i ofreciera alguna oscuridad, siendo un privilegio el que ella concede, una escepcion la que establece de la justa regla jeneral, segun la cual el hombre queda obligado a quanto quiso obligarse ; una odiosa limitacion de la libertad de que todos deben gozar para obrar del modo que a bien fengan en sus transacciones i contratos, esa lei habria de interpretarse estrictamente, en vez de ampliar o estender su sentido i sus frases. De otro lado, la obligacion de Narváez fué mancomunada i solidaria con la de Merizalde, de modo que, de la misma manera i en los mismos términos que este, quedó obligado aquel, pudiendo Pinillos cobrar de cualquiera de ellos toda la cantidad que ámbos como principales deudores se obligaron a pagarle. Ni contraria estos principios, tan obvios como jurídicos, tomados de las disposiciones legales, lo que establecen las leyes 8.^a i 10, título 12, partida 3.^a, que cita el Dr. Alvarez en apoyo de su sentencia, porque esas leyes ni dicen, ni podian decir, que la obligacion principal fuese fianza, o lo que es lo mismo, que lo principal fuese accesorio, o lo accesorio principal, cuyas dos ideas implican manifiesta contradiccion. La referida lei 8.^a habla espresamente del caso en que varios hombres fian mancomunada i solidariamente como se conoce a la simple lectura de su epígrafe. Esa lei ordena que el acreedor puede demandar la cantidad de todos o de cada uno de los fiadores, quando se obligaron *insolidum*, i a prorata, si se obligaron simplemente, a no ser que alguno o algunos estén insolventes, mas de ninguna parte de la lei puede colegirse ni remotamente que ella confunda la obligacion principal con la accesoría. El caso de la lei 10 es quando dos se obligan por el todo como principales, i manda que entónces “si todos fuesen en el lugar quando el señor del debdo les quisiese hacer demanda maguer cada uno de ellos entrase fiador e debdor por el otro, con todo eso non debe demandar todo el debdo al uno.” Se ve claramente que este caso es mui diverso del de la lei 8.^a, que habla de los fiadores a quienes puede demandarse toda la deuda a cualquiera de ellos, quando se obligan por el todo, en tanto que en el caso de la lei 10, que habla de los reos principales de deber, ordena que se les cobre a prorata, i se ve tambien que esta misma lei hace distincion entre la obligacion que contraen como principales i la que contraen como fiadores, los que se obligan en el modo que ella propone. Aquella la con-

trae por sí, i esta recíprocamente el uno por el otro; de manera que ellos son a la vez principales i fiadores, esto es, contraen dos obligaciones entera i esencialmente diversas, principal la una i accesoria la otra. De la propia suerte, Narváez contrajo en el caso que nos ocupa, dos obligaciones a favor de Pinillos, principal la una i fidejutoria la otra; como principal, prometió por sí, como fiador se obligó por Merizalde, sin que la primera se invalidara porque fuese nula la segunda, puesto que lo útil no se vicia por lo inútil, ni lo accesorio vicia ni inutiliza lo principal. Fuera de esto; si algo de dudoso hubiera en la manera como Narváez se obligó, debería interpretarse el acto de modo que tuviera eficacia i vigor, conforme al terminante precepto de la lei 2.^a, título 33, partida 7.^a De todo lo espuesto surgen los siguientes corolarios: 1.^o Que el privilejio, o sea la prohibición establecida por la lei 2.^a, título 12, partida 5.^a, de que los caballeros de la meznada del rei, que reciben soldada dél, o sean los militares de la República, no pueden ser fiadores, no puede estenderse a las obligaciones que contraigan como principales pagadores: 2.^o Que no estando estas obligaciones principales comprendidas en la escepción, pues, ántes bien, la misma lei 2.^a espresamente las escluye, es consiguiente que ellas están comprendidas en la regla jeneral, base de los contratos, que es lo que establece la lei 2.^a, título 16, libro 5.^o Recopilación Castellana, a saber: “que el hombre queda obligado a tanto i en la manera que quiso obligarse”; 3.^o Que Narváez se obligó como principal deudor, i aunque tambien se obligara como fiador, el vicio o inutilidad de esta obligacion accesoria no podia viciar o inutilizar la principal: 4.^o Que aun cuando hubiese alguna duda, que no la hai, relativamente al valor de tal obligacion principal, segun el formal precepto de la lei 2.^a, título 33, partida 7.^a, debia tenérsela por eficaz i subsistente; i 5.^o Que, en consecuencia, declarándola nula el Dr. Alvarez, ha contravenido a las leyes espresas i terminantes que quedan citadas. Mas, si es manifesto el error con que procedió el enunciado Dr. Alvarez, al dictar la sentencia que ha ocasionado la acusacion, error siempre culpable, principalmente en un Magistrado superior, no se descubre que procediera maliciosamente, ni aparece ninguna circunstancia agravante, i sí hai la atenuante de ser la primera falta porque se le juzga; i por lo tanto, la Suprema Corte, en Sala de primera instancia, administrando justicia en nombre de la República i por autoridad de la lei, declara culpable en tercer grado al Dr. Francisco Eustaquio Alvarez por el hecho por qué se le abrió causa de responsabilidad, i se le condena, de acuerdo con los artículos 562, 74 i 76 del código penal, a ser apercibido en la manera que ordena el artículo 68 de dicho código, a pagar una multa de cuatro piezas de ocho décimos, a indemnizar los daños i perjuicios que se hubieren causado al Dr. Mariano Alejo Pinillos i a satisfacer las costas de esta instancia.

José I. de Márquez—Juan N. Esquerro, Secretario.

DEFENSA EN SEGUNDA INSTANCIA.

SEÑORES MAJISTRADOS:

He sido llamado a juicio de responsabilidad, por haber declarado como Magistrado del Superior Tribunal de Bogotá, que es nula por las leyes la obligación contraída por un militar en servicio de la República, obligándose como fiador i principal pagador *de mancomum e insolidum*. Pude haber apelado del auto en que se me llamó a juicio i presentar desde entónces a vuestro fallo la cuestion que ahora os ocupa; pero habiéndose dictado el auto de seguimiento de causa desnudo de todo fundamento, no quise turbar las opiniones del Sr. Magistrado, juez de la 1.^a instancia, i absteniéndome de toda defensa, le pedí sentenciase para que me mostrara las leyes espresas i terminantes que yo habia violado en mi sentencia, con el objeto de convencerme si habia cometido un error, i de que quedase perentoriamente resuelta una cuestion, en que muchos abogados opinaban como yo, i otros dudaban por no hallar leyes espresas i terminantes para resolverla.

La sentencia se ha pronunciado: ella ha sido condenatoria como tenia que serlo; pues habiéndose declarado comprobada plenamente una violacion de lei, por el auto de proceder, sin nuevas pruebas, porque no puede haberlas en esta cuestion, en ese mismo auto se asentaron los principios de la sentencia. Pero léjos de haberme esta producido el convencimiento que esperaba yo i que tambien esperaban otros, sus fundamentos los encuentro ilegales i destituidos del mérito necesario para fundar en justicia un fallo contra mí. He apelado de esa sentencia para hacer ver su injusticia, para defender mi reputacion, haciendo conocer a los que no han sido testigos de mi proceder, que aun en una cuestion despreciable por su interes, he sido diligente i escrupuloso en buscar el acierto, para que mis resoluciones estuvieran siempre de acuerdo con la lei; porque pienso que la estricta observancia de esta es la única positiva garantía de los derechos de los ciudadanos; aunque por otra parte pueda sostenerse que el mandato de la lei i los principios que de él emanan no están de acuerdo con las ideas mas avanzadas en lejislacion, pues esta no es cuestion que toca resolver a los tribunales. Por lo demas, si solo quisiera defender mis intenciones, muchos testimonios tendria altamente respetables i muchas opiniones recojidas por mí, de las personas mas competentes, con lo cual pondria de manifiesto la lealtad de mi proceder; pero mi defensa está en lugar mas alto, está en la razon i en la lei, i es con ellas que voi a defenderme.

La esposicion de los hechos es sencilla i muy conocida: el Sr. Juan Bautista Merizalde contrajo una deuda por dinero prestado a él; para seguridad de la obligación contraída por el Sr. Merizalde, este otorgó un documento i dió un fiador en estos términos. “ Para seguridad del referido señor (el acree-

dor) presento además, como mi fiador i principal pagador de *mancomun e insólidum*, al Sr. Antonio R. de Narváez, quien se obliga en los mismos términos." Por esta obligacion fué ejecutado el Sr. Narváez para el pago de doscientos veintidos pesos de a ocho décimos, resto del total de la deuda. El Sr. Narváez opuso entre otras escepciones la de nulidad de su obligacion, fundándose en el mandato de la lei 2.^a título 12, partida 5.^a; i al efecto probó que cuando contrajo aquella obligacion era militar en servicio de la República. Yo declaré por sentencia probada esa escepcion, i es por tal declaratoria que la sentencia de 1.^a instancia ha resuelto que he violado leyes espresas i terminantes; resolucion injusta, pues como se va a ver, ni tales leyes espresas i terminantes han podido mostrarse en la sentencia, pues ella no se funda sino en razonamientos inesactos; ni los principios de nuestra jurisprudencia, a falta de disposiciones espresas, resuelven la cuestion en el sentido de la sentencia apelada.

Dos cuestiones se presentan en primer término para su resolucion, i son las siguientes: 1.^a Las palabras de la lei 2.^a título 12, partida 5.^a comprenden hoi a los militares en servicio de la República? 2.^a Suponiendo resuelta afirmativamente la primera pregunta; puede la prohibicion que la lei establece, comprender una obligacion contraida como fiador i principal pagador, de *mancomun e insólidum*?

Las palabras de la lei de partida son estas: "Omnes señalados son, que magner pueden fazer promisiones por sí, que non pueden ser fiadores por otro. Assi como los Cavalleros de la meznada del Rey, que reciben soldada del Rey, e bien fecho dél. Ca estos atales non deven recibir los omnes por fiadores, por que non se embargue el servicio que han de fazer al Rey. Otrosi, porque los omnes non podrian aver derecho dellos tan bien, nin tanto lijeramente, como de los otros"—Objetóse que esta lei no habla de los militares en servicio de la Nacion, porque hoi no existe entre nosotros, ni existir puede, eso que se llamó meznada del rei, i ménos pueden aplicarse tales palabras de la lei a los militares en servicio de la nacion. Yo resolví que el mandato de la lei citada sí es aplicable hoi a nuestros militares. En mi sentencia espresé los fundamentos de tal resolucion, pero cuando se niegan las cosas mas conocidas, es preciso estenderse un poco mas en cosas que parecen triviales. Así tendré yo que hacerlo aquí mas de una vez, por lo que os pido me permitais de una vez una esplicacion. Hai en el pleito contra el Sr. Narváez la circunstancia desgraciada para mí de prestar esa cuestion muchos lados a los ignorantes i a los necios para formar juicios erróneos que no pueden rectificar por ignorar completamente la materia de que se trata; hai quienes piensen que el ejecutado no debió proponer la escepcion que propuso, aunque la lei se lo permitiera; i juzgan que por eso mismo el Juez no debió admitirla i declararla proba-

da, como si los tribunales escuvieran llamados a resolver cuestiones de bien parecer o de la incumbencia únicamente de la opinión libre de cada individuo; otros toman las palabras de la lei i como no entienden ni su sentido literal, ni su sentido histórico i jurídico, creen que el que entienda de algun modo lo que ellos no entienden, comete un disparate i así lo declaran. De esta manera se forman juicios inesactos que se propalan con facilidad; i como me propongo aquí dar a todos los que quieran juzgar imparcialmente los datos necesarios para conocer toda la verdad, habreis de permitirme detenerme en cosas que vosotros no necesitais se os digan, pero que yo sí necesito esponer para mi defensa ante la opinión pública: siempre procuraré abreviar.

Veamos si la lei de partida que he copiado tiene la inteligencia que yo le he dado. Cuando se escribieron las leyes de las partidas, un soldado de a pié o de a caballo era llamado caballero: una meznada era un cuerpo de ejército; pero se dice que al añadir la lei "caballeros de la meznada del rei, que reciben soldada del rei e bien fecho dél," habló de una especie determinada de caballeros que eran los de su servicio personal, diferenciándolos de los demas caballeros que componian el ejército de la Nacion. En esto hai un grave error que se desvanee conociendo la situacion social del país en que se escribieron las leyes de las partidas. La lei al especificar los caballeros de la meznada del rei que reciben soldada o bien fecho dél, no pudo hablar de compañías del servicio personal del rei o guardias reales que no fueren introducidas en España sino posteriormente cuando allí reinó la dinastía austriaca. La lei especificó los caballeros de la meznada del rei para distinguirlos, no de otros que los caballeros o soldados que tenian en la Nacion a su servicio, otras muchas personas que mantenian meznadas sin dependencia del rei. Tales eran los ricos hombres de España: "Señores de vasallos (dice el Sr. Gómez de la Serna en su introduccion histórica al mismo código de las partidas) con autorizacion i recursos para levantar tropas i conducir las con sus pendones i calderas a las empresas que creían convenientes, formando tratados i alianzas ya defensivas, ya ofensivas, para sostener los derechos que o tenian o usurpaban, eran mas que súbditos de la monarquía, unos hombres elevados casi al nivel del solio, cuyo poder llegaba a tal grado, que los reyes mismos para despedirlos por justas causas de la corte, tenian que sujetarse a condiciones peligrosas i humillantes." Véase, pues, por qué don Alfonso el sabio, que siempre tuvo en mira en sus diferentes códigos cercenar el poder de los señores feudales, i refundirlo en el poder del rei, que representaba la unidad nacional, al hablar de los soldados al servicio de la Nacion, si habló de caballeros de la meznada del rei i especificó que habian de recibir soldada i bien fecho del rei, fué no para distinguir un cuerpo de otro entre los que servian al rei i

a la Nacion, sino para distinguirlos de los otros soldados que servian i recibian soldada de los señores feudales. Léanse todas las leyes españolas que rijen entre nosotros, en ninguna de ellas se hace distincion entre el rei i la Nacion, al contrario, allí se vé cómo estaba en la conciencia de los reyes aquella expresion de uno de ellos: “Yo soi el Estado.”

Tan cierto es que la enunciada lei habla de todos los soldados al servicio de la Nacion i no de un cuerpo especial, que todos los opositores del derecho, puede decirse que con unanimidad, han entendido así el mandato de la lei. Voi a citar algunos que he tenido a la mano, pues no me parecen necesarias mas citas, para convencer de que la recta intelijencia de la lei es la que hé dado yo en mi sentencia — Empieza la lei diciendo: “Omnes señalados son que maguer pueden fazer promissiones por sí, que non pueden ser fiadores por otro. Assí como los cavalleros” — i Gregorio López estampa aquí su glosa primera diciendo a propósito de la cuestion: “Entiéndase de los militares que están en expedicion o en servicio del rei, como en la lei 6.^a título 5.^o partida 3.^a El licenciado Vizcaino Pérez en su Compendio del derecho público i comun de España, dice así en el título 12, libro 4.^o traduciendo la lei 2.^a al idioma actual: “Algunos hai que no pueden ser fiadores; el primero el soldado que esta en actual servicio de S. M. i percibe del soberano sus salarios, porque no se distraiga del real servicio i tambien porque no tan fácilmente puede el acreedor apremiarlo en justicia.” Escriche en su Diccionario de legislacion i jurisprudencia, en la palabra fianza, parágrafo 1.^o número 11 dice: “Tampoco pueden ser fiadores los militares en actual servicio;” i cita la lei 2.^a título 12, partida 5.^a En el mismo sentido i apoyados en la misma lei, establecen que no pueden ser fiadores los militares en servicio; don Juan Sala en su Ilustracion del derecho real de España, Tapia en su Febrero novísimo, Alvarez en sus Instituciones del derecho real de España, Martí i de Bixalá en su Tratado elemental del derecho civil, romano i español — Tal es la unánime intelijencia que los jurisconsultos españoles han dado a la lei citada, i no podia ser de otra suerte; esa lei no es mas que la traduccion de las leyes romanas que imponian la misma prohibicion que ella impone de no ser fiadores a los militares, a las mujeres i a los clérigos; i don Alfonso el sabio al adoptar esas mismas disposiciones, usó de las palabras de su época, palabras que nosotros tenemos que traducir a las que en la nuestra espresan la misma idea. Todos los profesores de derecho saben esto, i solo por ignorancia puede juzgarse inaplicable una lei de partida, porque las palabras que en ella se usan sean anticuadas, i la diferencia de tiempos i de instituciones, haya cambiado el nombre de las cosas, aunque no las cosas mismas en su esencia.

Antes de concluir este punto, permitidme una observacion que creo de este lugar. El señor Magistrado Juez de la prime-

ra instancia, dice que la prohibición que la lei establece para que los militares no puedan ser fiadores es un privilegio. Yo declaré que no es un privilegio, porque una prohibición que se impone a un funcionario público para que no pueda celebrar un contrato, con el objeto de que no se perjudique el servicio público i de que los particulares no se vean embarazados al pedir justicia contra él, como espresamente lo dice la lei de partida en este caso, no puede ser tal prohibición un privilegio, el cual se define en derecho: "la gracia o prerogativa que se concede a uno libertándolo de una carga, o confiriéndole algun derecho de que no gozan los demas." No sé, señores Magistrados, cómo es que el señor Magistrado Juez de la primera instancia, llama unas veces privilegio a esa prohibición i cuatro líneas adelante ya no la llama privilegio sino "una odiosa limitación de la libertad de que todos deben gozar para obrar del modo que a bien tengan en sus transacciones i contratos." Convencido yo de que tal prohibición es esto último que dice el señor Magistrado i no un privilegio, he juzgado que es una prohibición como otras muchas que se imponen a los funcionarios públicos, para que no puedan celebrar ciertos contratos, con el objeto de que no se perjudique el buen servicio de la Nación, como puede verse en el capítulo 5.º título 11, libro 3.º de la lei 1.ª parte 4.ª tratado 2.º de la Recopilacion Granadina; i tales prohibiciones no pueden considerarse en pugna con nuestras instituciones, sin poner a estas en pugna hasta con la moral pública.

Sin embargo de que la sentencia apelada ningun cargo me deduce por la resolución que di a la primera cuestión, declarando que las palabras que he copiado de la lei 2.ª, título 12, partida 5.ª, comprenden a los militares en servicio de la Nación; i aun cuando en mi sentencia espuse los fundamentos de mi opinion, me he detenido nuevamente en este punto para establecer la mayor claridad posible i presentar mas por estenso las doctrinas que me han servido para formar mi convencimiento.

El exámen de la segunda cuestión es tambien el exámen de la sentencia que he apelado, pues que es en su resolución donde el señor Magistrado Juez de 1.ª instancia me halla culpable, por haber decidido que la prohibición de la lei tantas veces citada, de no poder obligarse los militares en servicio como fiadores, abraza tambien el caso en que se obliguen como fiadores i principales pagadores *de mancomun e insolidum*. Dice la sentencia de 1.ª instancia: "Aunque pueda desde luego sostenerse que el privilegio otorgado por la enunciada lei 2.ª esté vijente, i que comprenda a todos los militares de la República en servicio activo, es claro que tal privilegio no es sino para no poderse obligar como fiadores, mas no para no poderse obligar como principales pagadores;" i mas adelante dice: "De la propia suerte, Narváez contrajo en el caso que

nos ocupa dos obligaciones, principal la una i fideyusoria la otra, como principal prometió por sí, como fiador se obligó por Merizalde, sin que la principal se invalidara porque fuese nula la segunda." Como vereis, señores Magistrados, por la lectura de la sentencia, es sobre este tema que están calcados todos sus fundamentos; i es de esta paradojismo, i no de la lei, de donde se ha sacado una sentencia en contra mia. Yo he resuelto que el señor Narváez no contrajo otra obligacion que la de un fiador; porque fiador, segun se define en el derecho romano, i segun se define en las leyes 1.^a, título 12, partida 5.^a i 10, título 33, partida 7.^a, "es el que contrac una obligacion para seguridad de la de otro, sin causar novedad en esta." I segun esta definicion, no deja de ser fiador el que así asegura otra obligacion porque la que contraiga este sea idéntica a i tan eficaz como la de aquel cuya obligacion trata de asegurarse; i tan cierto es esto, que las citadas leyes en la jeneralidad con que hablan, no escluyen sino que comprenden una obligacion como la del señor Narváez; i ademas, vais a ver, que léjos de ser la obligacion que el señor Narváez contrajo, una obligacion distinta de la fianza, no es sino esta misma en su jenuina i primitiva acépcion; i así, en vez de que allí se haya desnaturalizado el contrato de fianza, no se ha hecho sino contraerlo en su forma natural.

Las palabras de la obligacion del Sr. Merizalde son estas: "para seguridad del referido señor, presento ademas como mi fiador i principal pagador de *mancomun* e *insolidum* al señor Antonio R. de Narváez, quien se obliga en los mismos términos." Considérese que es una, que son dos, que son veinte las obligaciones que por tales palabras contrajo el señor Narváez, siempre es cierto que todas esas obligaciones las contrajo para seguridad de la obligacion del que viene hablando, que es el señor Merizalde, el documento no puede ser mas claro sobre esto, i sin atropellar la verdad no se podría afirmar otra cosa. Si se ven las definiciones de fiador en las leyes que he citado, se verá que ellas cuadran perfectamente al señor Narváez en este caso. Pero como por las palabras, principal pagador de *mancomun* e *insolidum*, el señor Narváez contrajo una obligacion idéntica a i tan eficaz como la del señor Merizalde, la sentencia apelada dice que hai dos obligaciones, pues como asienta el principio de que la obligacion de fianza es por su naturaleza subsidiaria, al ver constituida una obligacion idéntica a la principal, ha tenido que asentar en fuerza de aquel principio que en el caso ha habido dos obligaciones; pero tal principio es inesacto, pues la naturaleza de la fianza no ha sido ni es la de una obligacion subsidiaria, sino al contrario, la de una obligacion idéntica a i solidaria con la del deudor principal; los beneficios de division i de esension son los que han venido a introducir alguna variedad en esto; pero apesar de ellos, puede contraer el fiador una obligacion idéntica a la de aquel a quien

fiá, sin que por esto el contrato se desnaturalize o sea otro distinto del de fianza. Estas demostraciones necesitan que yo me detenga un poco en la historia de la legislación en esta materia; por ella se verá que no es exacto que una obligación que se contrae para asegurar otra, sea distinta de la obligación de fianza, porque ella se constituya idéntica a i solidaria con la que se trata de asegurar.

Todos los fiadores estaban obligados *insolidum* (dice Heinecio en sus Antigüedades romanas, libro 3.º, título 21, número 8) pero por lo mismo era libre el acreedor en pedirlo a cualquiera de ellos, así como también en tratar con el deudor o con el fiador o sus herederos. . . . Mas, Adriano desterró aquel rigor del antiguo derecho, pues por su epístola se dividía la acción entre los mandantes, si al tiempo de la contestación se hallaban todos en disposición de pagar." Consta esta doctrina en varias leyes del Digesto i del Código; pero para abreviar, solo copiaré el parágrafo 4.º de las Instituciones de Justiniano del título 21 de *Fidejussoribus*:

"Habiendo muchos fiadores, cuantos fueren estarán cada uno *obligados por el todo*, i así estará al arbitrio del acreedor el exigir el pago al que quisiere. Mas según un rescripto del divino Adriano, el acreedor está obligado a dividir su acción entre todos aquellos que son solventes al tiempo de la *litis contestatio*, de modo que si entonces uno de ellos no lo es, *grava en otro tanto a los demas*. Pero si el acreedor ha cobrado de un fiador todo el crédito, la pérdida recaerá únicamente sobre dicho fiador; debiendo imputarse el no haber recurrido al rescripto del divino Adriano, i pedir que no se le obligase a satisfacer mas que su parte." Aquí teneis cuál es la naturaleza del contrato de fianza; por él se contrae una obligación idéntica a la del deudor principal, i no una obligación subsidiaria. El rescripto de Adriano no varió esta naturaleza del contrato i de la obligación que de él nace, pues no haciéndose la división *ipso jure* sino por via de escepcion, siempre las obligaciones de deudor i fiador era idénticas i solidarias; i aun la escepcion misma no tenia lugar cuando se renunciaba el beneficio del rescripto de Adriano, cuya simple renuncia hacia que las cosas quedaran en su primitivo estado.

Siglos adelante, despues de formado el cuerpo del derecho romano, estableció Justiniano en el capítulo 1.º de la novela 4.ª otro beneficio en favor de los fiadores i fué el de escusion — "Este beneficio (dice el jurisconsulto Vinnio en su Comentario a las instituciones imperiales libro 3.º título 21, número 3.º) por humanidad como el anterior, se ha concedido a los fiadores i a las demas accesiones, *contra la naturaleza de la obligación* i la regla del derecho antiguo, por el cual consta que tuvo el acreedor facultad de reconvenir al fiador prescindiendo del deudor principal." En estos antecedentes, teneis, señores Magistrados, espuesta la naturaleza de la fianza, que no puede llamarse una

obligacion subsidiaria; los beneficios introducidos en favor de los fiadores no destruyeron la naturaleza del contrato; i tan cierto es esto, que renunciados esos beneficios quedaba el contrato en su primitiva forma, es decir, produciendo en el fiador una obligacion idéntica a i solidaria con la del deudor principal. Así, cuando se constituye una obligacion con el objeto de asegurar otra, aunque aquella se constituya tan eficazmente como esta, no hai para qué ir a buscar otra obligacion distinta de la de fianza, sino que es esta misma destituida de los beneficios de division i escusion, en cuyo caso no deja de existir la fianza ni esta es una obligacion subsidiaria puesto que puede reconvenirse al fiador sin contar con el deudor principal: la única obligacion que entónces es subsidiaria es la de los subfiadores, como lo dice Heinecio en sus Recitaciones del derecho romano, parágrafos 881 i 882. He adelantado estas ideas, porque, como vais a ver, la historia de la legislacion española en este punto es igual a la de la legislacion romana.

El fuero real de España, código espedido por don Alfonso el sabio, i que es considerado como la base de la unidad en la legislacion española, por ser el primer código dado para toda la monarquía despues de la irrupcion de los moros, estableció el primero la naturaleza del contrato de fianza, haciendo nacer de él una obligacion idéntica a i solidaria con la del deudor principal. Dice la lei 3.^a título 18, libro 3.^o del citado código: "Si aquel que tomó fiador por alguna cosa quisiere demandar al deudor, puédalo fazer, i el deudor no se pueda amparar, por decir que fiador tiene dél: ea maguer que dió fiador, no es quito de la deuda. Otrosi, si quiere demandar al fiador, puédalo fazer: ea pues que ambos le son tenudos, e obligados, en su poder es que demande a qual dellos quisiere, fneras si la fianza fué fecha por alguna postura en otra manera." La siguiente lei 4.^a dice así: "Quando alguno tomare dos fiadores, o mas por alguna cosa, quier diga cada uno por todo quier no, en su voluntad sea de demandar a todos de consuno, o a qualquier dellos: e si al uno demandare, e le pagare, sea tenudo de darle, e otorgarle la voz quel habie contra los otros: et de sí este que pagó pueda demandar a cada uno dellos que con él fiaron; quel paguen su parte de quanto él pagó: e si cada uno fiare en su parte conocida, no sea tenudo de pagar mas, ni de responder por mas." Despues de estas leyes se puso en vigor el código de las partidas, que en sus leyes 8.^a i 9.^a título 12, partida 5.^a estableció en favor de los fiadores los mismos beneficios establecidos en el rescripto de Adriano i en la novela de Justiniano. Estos beneficios pueden renunciarse, lo que está permitido i es tan comun que en el dia apénas se vé escritura de fianza que no contenga esta renuncia, como dice el Sr. Romero i Ginzo en su sala, novísimo libro 2.^o título 17, parágrafo 1.^o número 3.^o i se ve entre nosotros en la práctica; i notad de paso una cosa, señores Majistrados, i es que el modo comun de re-

nunciar estos beneficios es diciendo el fiador que se obliga como principal o de *mancomun e insolidum*, expresion que como dice Tapia en su Febrero novisimo, libro 2.º título 4.º capítulo 13, número 20, equivale a una renuncia de todos los derechos que concede la lei respecto a este punto; i que jamas para expresar tal renuncia se usa de otra fórmula que la empleada en la obligacion del Sr. Narváez. Renunciados los beneficios de órden i escusion, queda el fiador obligado como el principal, esto es, con una obligacion idéntica en todas sus circunstancias. ¿I puede decirse entónces que el fiador ha contraido dos obligaciones, principal la una i fideyusoria la otra? Un desatino seria aseverar semejante cosa, pues la obligacion principal es la misma fideyusoria; de donde resulta que, segun todos los antecedentes i el estado actual de la lejislacion, cuando un individuo fia a otro contrayendo una obligacion idéntica, no contrae dos obligaciones, sino una sola que es la de fianza. I tan evidente es esto, que la manera como las leyes definen la fianza es toda obligacion personal que se constituye para seguridad de otra, en cuya definicion se comprende la del Sr. Narváez, ora llámese principal, ora fideyusoria, segun los términos de que se usa en la sentencia apelada.

Si delante de las consideraciones históricas i legales es inexacta la aseveracion que se hace por el señor Magistrado Juez de la primera instancia, de que hai dos obligaciones distintas en la contraida por el Sr. Narváez, no lo es ménos considerada dicha aseveracion de una manera filosófica: i tengo que recalcar en este punto porque él solo es la base de todas las deducciones de la sentencia. Para convencerse de que el Sr. Narváez no contrajo dos obligaciones i dejar así perentoriamente establecida mi defensa basta responder a esta pregunta: ¿Puede haber dos obligaciones distintas cuando de cualquier modo que se las considere, ellas se reducen a que un mismo individuo pague a otro una misma cantidad al mismo plazo, en los mismos términos, con las mismas condiciones i por la misma causa? Creo que no puede responderse que sí, pues un todo no puede dividirse en dos partes iguales cada una del mismo todo. Vamos al caso — Se dice que el Sr. Narváez contrajo dos obligaciones, principal la una i fideyusoria la otra. ¿Cuál es la obligacion fideyusoria contraida por el Sr. Narváez? La de pagar 400 pesos de a ocho décimos, prestados al Sr. Merizalde, pago que debia hacer a cuatro meses de la fecha del documento, sin gozar del beneficio de escusion ni de ningun otro contra el acreedor, pues tales beneficios aparecen renunciados segun los términos de la fianza; de forma que su obligacion como fiador era solidaria, por lo que cumplido el plazo i reconvenido debia pagar. ¿I cuál es la obligacion principal, distinta de la fideyusoria que se dice contrajo el Sr. Narváez? La de pagar los mismos i únicos 400 pesos prestados al Sr. Merizalde, con los mismos réditos i al mismo plazo, sin gozar de beneficio ninguno

contra el acreedor, es decir, en ambos casos, la misma causa de deber, la misma i única cantidad, el mismo acreedor, el mismo deudor, el mismo plazo, la mismas condiciones, todo lo mismo. ¿En semejante caso puede haber dos obligaciones? Tan imposible es esto como lo es que yo pueda ser dos personas distintas, pues aunque me pusiera dos nombres diversos, nadie veria en mí sino a un solo individuo. De la misma manera hai imposibilidad metafísica de que en jurisprudencia se hagan dos obligaciones distintas de la ejecución de un solo hecho, por una misma persona, en favor de un mismo acreedor, por la misma causa i en los mismos términos. Tan cierto es esto, que en jurisprudencia cuando una obligación viene a ocupar el lugar de otra, no quedan ambas subsistentes sino que la una reemplaza a la otra, que es lo que se llama novación.

Después de establecer la sentencia el principio que juzgó inexacto, de que el Sr. Narváez contrajo dos obligaciones, pasa a establecer este otro: la obligación principal distinta de la fideyusoria que contrajo el Sr. Narváez, la contrajo por sí, obligación que en fuerza de la misma lei (2.^a título 12. partida 5.^a) es válida, puesto que ella misma establece que aunque los individuos que espresa no pueden obligarse por otro sí pueden obligarse por sí. Asevérase aquí que la obligación contraída por el Sr. Narváez para asegurar la del Sr. Merizalde, no la contrajo por este, por cuanto espresó que se obligaba como principal. Para desvanecer semejante acerto, solo necesito ocurrir a la razon natural de cualquier hombre; dice el documento: “Para seguridad del referido señor, presento, además, como mi fiador i principal pagador de *mancomun e insolidum* al Sr. Antonio R. de Narváez, quien se obliga en los mismos términos.” ¿Puede decirse oyendo leer esto, que el Sr. Narváez es obligado por sí i no por otro? Es seguro que nadie puede a la simple luz de la razon natural aseverar semejante cosa. El Sr. Narváez contrajo una obligación tan eficaz como la del Sr. Merizalde, se obligó como se quiera, pero siempre es cierto que se obligó por otro. Esta es de aquellas cosas que para demostrarse solo necesitan del sentido común, aplicado a la simple percepción de las cosas; sin embargo, voi a presentaros otras reflexiones.

Se entiende que un individuo se obliga por sí cuando se obliga por su causa; i se obliga por otro cuando se obliga por causa ajena. “Lo que los jurisconsultos llaman causa, en las diferentes obligaciones de sociedad civil, dice D’Aguesseau, es el interes o la utilidad, que es el motivo i como la razon de la obligación.” En el caso en cuestion, ¿la utilidad o el interes de la obligación contraída por el Sr. Narváez estaba en él? De ninguna manera, pues que el interesado o utilizado era el Sr. Merizalde i el Sr. Narváez no aparece reportara utilidad ninguna, pues era solo aquel señor quien recibia para sí el dinero. El Sr. Narváez se obligó por pura beneficencia, segun

aparece, i esta es, segun los jurisconsultos, una circunstancia que por regla jeneral concurre en el contrato de fianza, circunstancia que no puede concurrir en las obligaciones que uno contrae por sí, esto es por su interes. Permittedme detenerme aquí un poco mas, para ver si puedo hacer mas patente lo que he espuesto por medio de un ejemplo. Pedro compra a Juan una casa i el comprador queda debiendo el precio que es el de diez mil pesos; para seguridad de Juan viene Diego i se obliga a pagar esa suma como fiador i principal pagador de *mancomun e insolidum* —; Se deduce de aquí que Diego se haya obligado por sí? Segun la teoría de la sentencia es necesario responder afirmativamente; sin embargo de que a todo el mundo le salta la idea de que esa obligacion de Diego, llámese como se quiera, ha sido contraida por otro. Que el fiador espresese que se obliga como principal, que es cosa distinta de obligarse por sí, todos entienden que quiere decir que se obliga como aquel cuya obligacion quiere asegurar; pero entre obligarse tan eficazmente como otro i obligarse por sí, hai una diferencia mui grande; lo primero es relativo a la fuerza que se quiere dar a la obligacion que se contrae, lo segundo es relativo a la causa de donde proviene esa misma obligacion. Sostener que en el caso propuesto Diego se obligó por sí, seria sostener que él fué comprador de la casa i que por lo ménos era condueño de ella, lo que evidentemente no es esacto. Viniedo al caso del Sr. Narváez, para poder decir que él se obligó por sí, seria preciso aseverar que él recibió el dinero prestado, de manera que su obligacion no tenia por objeto asegurar la del Sr. Merizalde, i para esto seria preciso atropellar la verdad que reza el mismo documento ejecutivo.

Estando la cuestion de mi responsabilidad reducida a resolver si segun leyes espresas i terminantes, el señor Narváez fué fiador i nada mas, o si hai leyes espresas i terminantes de las cuales aparezca lo contrario; esa cuestion se resuelve con la definicion que la lei da de fiador; de forma que si en esa definicion está perfectamente comprendida la obligacion del señor Narváez, sin que nada falte ni sobre, lo que hai es únicamente una fianza, la que por la lei es nula. La definicion que la lei da de fiador la encontrareis nada ménos que en el título que trata del significamiento de las palabras e de las cosas dubdosas, de manera que esa definicion tiene no solo la autoridad de una definicion dada por la lei simplemente, sino tambien la de ser una fijacion precisa del significado de una palabra, hecha por la lei. Dice la lei 10, título 33, partida 7.ª, “E fiador es: aquel que se obliga de pagar debda o cosa por otro, fiándose en él aquel que lo rescibe.” Aquí teneis, señores Majistrados, lo que es un fiador; i notad que la lei al fijar el significado de tal palabra, atiende únicamente a la causa de la obligacion, mas no a la eficacia que los contratantes quieran darle; i creo que con razon, pues una obligacion puede ser

mas o ménos eficaz sin que cambie su naturaleza. Llámese como se quiera, la obligacion del señor Narváez, o sea se contrajo para pagar una deuda por otro; al que a esto se obliga lo llama la lei fiador; i si como tal se obligó el señor Narváez, fiándose en él el acreedor, su obligacion cuadra perfectamente con la definicion legal i no hai que ir a buscar en otra parte leyes para fijar la naturaleza de la obligacion contraída. Yo cité en mi sentencia las leyes 8.^a i 10 del título 12 de la partida 5.^a, para fijar el sentido de la palabra fiador, no porque creyera el desatino de que ellas confunden lo principal con lo accesorio, ni lo accesorio con lo principal; sino porque esas leyes, llamando ellas fiadores a los que se obligan *de mancomun e insolidum*, que son los que contraen la misma obligacion que el principal deudor, para seguridad del acreedor; tratándose de decidir si el que se obliga así es fiador, la cuestion está en esas leyes resuelta terminantemente; pues si ellas no consideraran como fianza la obligacion solidaria que se contrae para asegurar otra; ni llamaran fiadores a los así obligados, ni tratara el código de las partidas esa materia en el título de las fianzas.

Otra grave consideracion obró en mi ánimo para no ver en el señor Narváez otra cosa que un fiador. Suponiendo el caso de que el señor Narváez hubiera pagado la deuda, es evidente que él habria pagado una cantidad de la qual ningun provecho sacó. Si con arreglo a los principios de la sentencia que he apelado, el señor Narváez se obligó por sí i no por otro, i si en consecuencia pagó una deuda propia i no ajena; él no tendria derecho al beneficio de cesion de acciones contra el deudor señor Merizalde, beneficio que compete únicamente a los fiadores; i con ningun otro título podria repetir contra el señor Merizalde, pues el que paga una deuda propia, que es lo que supone la sentencia apelada, ningun derecho adquiere contra tercero. Así en el caso en cuestion, se estableceria el principio de que las fianzas establecidas en los términos de la del señor Narváez, que son los mismos en que por regla jeneral se constituyen todas las fianzas, no dan derecho al fiador que paga para pedir la deuda al principal acreedor, lo que seria una injusticia flagrante, una violacion de las mas triviales nociones de la equidad; pero es indisputable que esta es una consecuencia natural e irremediable de los principios sobre que está fundada la sentencia de 1.^a instancia: principios que entrañan semejantes consecuencias tienen que ser falsos e inacceptables absolutamente. Yo concluí, pues, por desechar semejante modo de razonar, i viendo por otra parte, que el principio contrario, en virtud del qual consideraba como fianza una obligacion idéntica a la del deudor principal no entrañaba consecuencia absurda ninguna, sino que establecia la fianza en su primitiva naturaleza, acepté ese principio que hallé de acuerdo con las mas puras fuentes de nuestra jurisprudencia.

La sentencia que he apelado me declara responsable por haber violado las leyes que en ella se citan, leyes que segun la sentencia deciden espresa i terminantemente la cuestion sobre validez de la obligacion del señor Narváez, en un sentido contrario al en que yo la decidí: es preciso, pues, que veamos esas leyes. La primera que se cita es la 2.^a, título 12, partida 5.^a Dice la sentencia: "Aun cuando la obligacion fideyusoria de Narváez no valiera a virtud de la enunciada disposicion, valdria, en fuerza de la misma lei, la que contrajo como principal, puesto que obligacion principal no es otra que la que uno contrae u otorga obligándose por sí, aunque sea haciendo de denda ajena suya propia." Para mí es trabajoso entender esto, pues creo que hai algun contrasentido en decir que se obliga por sí quien se obliga por obligacion ajena; i en todo caso, el que se obliga por otro no hace otra cosa que hacer suya una obligacion ajena, como lo dice la citada lei 10, título 33, partida 7.^a Pero como se ve, la sentencia reputa violada esa lei porque diciendo ella: "Omnes señalados son, que magüer pueden fazer promisiones por sí, que non pueden ser fiadores por otro." Habiéndose obligado el señor Narváez, segun la sentencia, por sí, su obligacion por la misma lei es válida. Pero para que tal modo de razonar fuera esacto, sería preciso que hubiera otra lei espresa i terminante que dijera que cuando un individuo se obligaba por otro como principal, el así obligado no se debia reputar obligado por otro sino por sí; pues lo que hai de espreso i terminante en el hecho i aparece del mismo documento, es que el señor Narváez no se obligó por sí, sino por el señor Merizalde. No creo que el señor Magistrado Juez de la 1.^a instancia haya juzgado que es lei espresa i terminante la opinion que él tiene, de que el señor Narváez, por haber dicho que se obligaba como principal, por el mismo hecho se obligó por sí, cosas que como he espuesto son muy distintas. Digo esto, porque yo no he negado en mi sentencia que el señor Narváez haya podido obligarse por sí; lo que he establecido es que en la obligacion que contrajo por el señor Merizalde, no se obligó por sí, i que por esto su obligacion no es válida; i esta es la cuestion que es preciso esté resuelta en contrario por una lei espresa i terminante para que se me repute a mí responsable. Lo contrario sería juzgarme responsable, como dice el auto de 16 de febrero último, por no haber seguido en ese punto la opinion del Juez que debia juzgarme, que es lo que al fin ha hecho la sentencia de 1.^a instancia. No es, pues, espresa i terminante la enunciada lei 2.^a, para condenarme, pues aunque ella permita a los militares en servicio obligarse por sí, ni esa lei ni otra alguna deciden espresa i terminantemente, que cuando un fiador se obliga como principal, deja por esto de ser verdad que se obliga por otro; i mientras no haya lei espresa i terminante que tal diga, como Magistrado i como particular tengo derecho para no separarme

de la razon natural i de la verdad, que me dicen que esa obligacion es contraria por otro. En seguida cita la sentencia las leyes 8.^a i 10, título 12, partida 5.^a; pero como evidentemente lo hace con el objeto de manifestar que esas leyes que yo cité no favorecen mi resolucion, seguramente que no son estas leyes las que se reputan espresas i terminantes, pues que su cita tiene otro objeto, i así solo me refiero en este punto a lo que ya os he espuesto. Viene despues la lei 2.^a, título 16, libro 5.^o de la Recopilacion Castellana, que establece: “que el hombre queda obligado a tanto i en la manera que quiso obligarse.” Pero en el caso en cuestion no se trataba de saber si el señor Narváez quiso o no obligarse, pues en eso no hai duda, sino si esa obligacion que contrajo es o no válida, pues por esta lei recopilada no se dió validez a los contratos que las leyes han declarado nulos; así tal lei no puede reputarse terminante en la cuestion. Por último dice la sentencia: “Si algo de duda hubiera en la manera como Narváez se obligó, debiera interpretarse el acto de manera que siempre tuviera eficacia i vigor, conforme al terminante precepto de la lei 2.^a, título 33, partida 7.^a” La sola cita de esta lei es la prueba mas concluyente de la injusticia de la sentencia que he apelado; porque si es preciso ocurrir a tal lei, es porque la cuestion es dudosa i es preciso interpretar, i solo hai que interpretar cuando no hai leyes espresas i terminantes. Pero en contra de semejante cita permitidme esponeros lealmente, qué principios me guiaron a propósito de esto.

Las leyes que prohiben a ciertas personas fiar, aunque se reputen por algunas como malas, es evidente que mientras ellas estén vijentes, los Juezes tienen el deber de aplicarlas como toda otra lei, en su letra i en su espíritu; i de ningun modo deben interpretarse de manera que sus mandatos vengan a ser burlados. Yo creo que no hai honradez en el Juez que se permite hacer nugatorio el mandato de una lei por medio de interpretaciones, porque ella no está de acuerdo con sus opiniones personales, como por desgracia he visto sucede a vezes entre nosotros, quedando así los derechos de los ciudadanos a merced de las opiniones de los Juezes con desprecio de la letra i del espíritu de las leyes. A varias personas se prohíbe fiar, por razones de utilidad pública; razones que aunque no parezcan buenas a alguien, el Juez no puede desatenderlas; si se declara que esos que no pueden fiar simplemente sí pueden obligarse como fiadores principales pagadores, no se hace otra cosa que interpretar la lei de manera que su mandato se hace enteramente ilusorio, pues los que quieren obrar en fraude de la lei, obligándose como fiadores, no tienen mas que agregar dos palabras a su obligacion, con lo que queda burlado el mandato legal, contra la regla conocida de que no puede admitirse interpretacion que haga nula la lei i sin efecto. Además, la razon que la lei espone para prohibir esas fianzas, milita del mis-

mo modo i tal vez con mayor fuerza en los fiadores principales pagadores que en los fiadores simples, por lo que en caso de duda, segun la regla del derecho, debe estenderse la disposicion de la lei hasta allí a donde va la razon de ella. ¿Admitireis, señores Majistrados, la fianza de una mujer o de un empleado de Hacienda, solo porque espresaban que se obligaban como fiadores principales pagadores? Si tal hicierais, dejariais perfectamente burlada la lei o convertido su mandato en un absurdo, pues que tendríamos que se prohibia a un empleado de Hacienda, por ejemplo, ser fiador, para que este no comprometiera sus bienes i evitar esos riesgos al Tesoro nacional; pero al paso que se le prohibia contraer esa obligacion, que tiene los beneficios de division, escusion i escion de acciones, beneficios todos que alejan el riesgo que la lei quiere prefeer i evitar al fisco, le permite contraer en el mismo caso i con solo agregar dos palabras, obligaciones mas eficazes, destituidas de todo beneficio i por consiguiente de mas seguro e irremediable peligro. Semejante modo de entender la lei equivaldria a proclamar el medio de eludir su mandato, con solo dos palabras; i semejante interpretacion no es aceptable, sin embargo de lo que dice la lei que se cita en la sentencia de primera instancia; pues si es verdad que cuando se trata de interpretar un contrato, debe hacerse en favor de la validez de él; cuando se trata de interpretar una lei, que es el caso, debe interpretarse de manera que su mandato ni se haga nngatorio ni se convierta en un absurdo.

Me propuse hacer una esposicion un poco mas estensa de las razones i principios jurídicos en que apoyé la sentencia porque he sido llamado a juicio, i creo es tiempo de dar punto a mi trabajo. Otras consideraciones mas pudiera agregar, pero versando ellas sobre el mismo tema sobre que he discurrido, tomo hacerme demasiado fastidioso repitiendo mas sobre la misma materia. Creo haber refutado el inesacto argumento que ha servido de único fundamento para fallar en contra mia. Bien conozco que hai personas de autoridad respetable que sostienen otras opiniones, las cuales oí i aprecié al pronunciar mi fallo, pues no es ahora, que se trata de mi defensa, que me he detenido con escrúpulo a estudiar esta materia, lo hice cuando me tocó decidir sobre derechos ajenos, pues era entónces que debia hacerlo. Las opiniones contrarias pueden juzgarse mejores por otras personas, pero yo ya os he manifestado lo que con ánimo celoso en buscar el acierto, juzgué respecto de ellas, despues de estudiarlas detenidamente. No presumo ser infalible, pero sí estoy seguro de no haber violado las leyes, i ménos leyes espresas i terminantes en la cuestion que yo decidí; ojalá i esas leyes espresas i terminantes existieran; pero puedo asegurar que no las hai, despues de que he visto el fallo de primera instancia, i cuando ni varios profesores de crédito ni yo, las hemos hallado.

Yo no pido, para juzgarme a mí, sino la misma conciencia para i el mismo deseo de acertar con la justicia, que me animaron a mí al juzgar a otros. Pido, pues, que en justicia revoqueis la sentencia apelada.

Señores Majistrados.

F. E. ALVAREZ.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

“ SUPREMA CORTE DE LA NACION.

Bogotá, 15 de diciembre de 1857.

SALA DE SEGUNDA INSTANCIA.

Vistos — En 22 de enero de 1855 otorgaron un pagaré a favor del Dr. Mariano Alejo Pinillos, los señores Juan Bautista Merizalde i Antonio R. de Narváez, el primero como principal deudor i el segundo como fiador principal pagador, obligándose ambos de *mancomun e insolidum*. Con este documento ocurrió Pinillos al juzgado del circuito, promoviendo ejecución contra Narváez: el juicio se surtió por sus respectivos trámites, hasta el estado de decidir si estaban o no probadas las excepciones propuestas por el ejecutado; i en 17 de junio de 1856, el Ministro del Tribunal de Bogotá, Dr. Francisco Eustaquio Alvarez, declaró por sentencia, fundándose en la lei 2.^a título 12, partida 5.^a probada la excepcion de nulidad del documento en virtud del cual se apoyó la ejecución. Pinillos se presentó a esta Suprema Corte acusando, por la espresada decision, al Ministro Alvarez: la acusacion fué admitida en 23 de febrero de 1857, que se dictó auto de proceder llamando al acusado “ por haber incurrido por tal sentencia en el caso del artículo 562 del Código penal,” i mandando seguir la causa por los trámites extraordinarios: en 3 de marzo del presente año, la Suprema Corte en sala de primera instancia, condenó al Ministro Alvarez, aplicándole los artículos 562, 74 i 76, lei 1.^a parte 4.^a tratado 2.^o Recopilacion Granadina, por haber dictado sentencia contra lei espresa; i los autos han venido a esta sala, por apelacion de Alvarez. La acusacion se ha apoyado en varios argumentos que tienden a demostrar que la lei 2.^a título 12, partida 5.^a que prohíbe ser fiadores a los caballeros de la meznada del Rei, no es aplicable a los militares en servicio activo en la Nueva Granada, i que, por lo tanto, el Ministro Alvarez ha incurrido en responsabilidad. Las partes interesadas en el juicio han debatido con fuertes argumentos el pro i el contra de la proposicion; pero no por esto han podido destruir la duda completa que existe respecto de la intelijencia que debe darse a la citada lei; pues no hai regla ni fuente segura de donde emane la solucion clara que se desea: los mismos espositores del derecho civil, al fijar el sentido de la lei 2.^a ya citada, se encuentran en una manifiesta contrariedad; así es que, siendo dudosa la cuestion, el Dr. Alvarez, al dictar la

sentencia que ha motivado este juicio, no tuvo pautas que reglase su decision, i solo pudo adherirse a la opinion que creyera mejor fundada: por lo cual siendo el cargo porque se le juzga, el de haber dictado sentencia contra lei espresa, siendo dudoso el punto de derecho, no hai en este caso violacion de la lei espresa i terminante. Debe saberse, si la citada lei establece en su mandato un privilejio o una prohibicion, i si, en cualquiera de los dos casos, está derogada por la Constitucion de la República; para lo cual basta conocer la acepcion clara de la voz "privilejio:" los mejores diccionarios jurídicos traen esta definicion: "privilejio es la gracia o prerogativa que se concede a uno, libertándole de una carga o confiriéndole un derecho de que no gozan los demas." Esto resuelve con claridad la cuestion, principalmente si se atiende a que la prohibicion de la lei tiene por objeto que no se afecte el buen servicio público, en vez de favorecer a una clase determinada: la restriccion impuesta por la lei a los meznaderos para que puedan ser fiadores, en nada les favorece, i, por el contrario, si les priva de la libertad de que gozan otros hombres en sus transacciones: así es que, siendo los privilejios una gracia, o prerogativa en favor de aquellos a quienes se conceden, de ninguna manera puede llamarse privilejio el mandato de la lei que arrebatara a los meznaderos el derecho de contraer ciertas obligaciones, segun su voluntad: no está, pues, derogada la lei como privilejio: tampoco lo está como prohibicion; porque, si bien es cierto que la Constitucion garante la libertad individual, tambien lo es que esa libertad está sujeta a las restricciones que la lei impone: de lo contrario, podrian obligarse en los contratos la mujer casada, el niño, el loco, el imbécil &c. &c.; los funcionarios públicos podrian comprar las cosas que ellos mismos venden en almoneda, i ser licitadores en los contratos que celebran; pues habria que estimar derogadas las leyes que lo prohiben, si se diera tal latitud al principio constitucional. La sentencia de 1.^a instancia que ha sido apelada, prescinde absolutamente de estas fazes de la acusacion, i solo se ocupa en demostrar que, habiéndose obligado Narváez como fiador, principal pagador i de *mancomun et insolidum* con Merizalde, debe considerársele como obligado por sí, de tal manera, que pasa a ser un correo de deber, i establece el precedente de que en los pagarés que se otorgan, como el de Narváez i Merizalde, el fiador contrae dos obligaciones diferentes, la una como principal deudor, i como fiador la otra; principio inadmisibile que, ademas de no estar apoyado en ninguna disposicion legal, es rechazado por la sana razon que indica que un mismo individuo no puede ser obligado a pagar una misma cantidad de dos maneras esencialmente distintas, como deudor i al mismo tiempo como fiador; circunstancias que se eschuyen reciprocamente, i, como dice la sentencia de 1.^a instancia: "de ninguna parte la lei puede colejirse,

ni remotamente, que ella confunda la obligacion principal con la accesoria," lo que daria lugar a multitud de errores i abusos que afectarian toda la legislacion, viciando de un modo general los principios de justicia. El fiador que se obliga de *mancomun et insolidum* i como principal pagador, siempre es fiador, i tales circunstancias no hacen otra cosa que dar mas fuerza a la obligacion i mejores derechos al acreedor, equivaliendo a la renuncia de los beneficios de órden, division i escusion establecidos por las leyes; el fiador pueda, en tal caso, ser perseguido con tanta eficacia como el verdadero deudor, de tal manera, que la acreencia puede ser cobrada a cualquiera de los dos; pero no por esto el carácter del contrato deja de ser el de fianza: las palabras "principal pagador de *mancomun et insolidum*," diferencian en sus efectos este contrato del de fianza simple; pero nunca llegan a desvirtuar su naturaleza de accesorio, porque, uno es siempre el deudor principal, i otro el fiador, aun cuando este se obligue con un vínculo tan fuerte, o aun mas estrecho que aquel. La lei 10, título 33, partida 7.^a, decide terminantemente la cuestion, al decir: "E fiador es aquel que se obliga de pagar deuda o cosa por otro, fiándose en él aquel que lo recibe:" en el presente caso, el sentido literal del pagaré indica con la mayor claridad que Merizalde se hizo deudor de Pinillos, i, para seguridad de la deuda, presentó como fiador a Narváez, quien se comprometió a pagar la deuda por Merizalde. Pinillos se fió en Narváez aceptando su compromiso, i con esto quedó perfecto el contrato de fianza. La lei citada no determina la manera cómo se contrae esta obligacion, i solo reconoce como fiador al que se compromete a pagar deuda ajena, dejando a las partes contratantes la libertad de fijar los términos de sus transacciones; así es que la obligacion de Narváez solo difiere de las fianzas comunes, segun se ha dicho, en la manera de celebrarse i en sus efectos, pero de ninguna manera en su especie. Las leyes 8.^a i 10.^a, título 12, partida 5.^a, llaman fiadores a los que se obligan de *mancomun et insolidum*, i la misma sentencia apelada, al hablar de Narváez, le denomina fiador reconociendo los deberes que como tal contrajo; así es que los principios asentados, no solo se deducen de lo dispuesto en la lei sino tambien por una induccion precisa. Queda por examinar otro punto no ménos importante. Las leyes que tratan de las fianzas i de las obligaciones de los fiadores, en todo caso en que estos pagan por los deudores principales, tienen derecho perfecto para repetir del deudor principal i demandarle la indemnizacion de la cantidad que ha satisfecho por él, i al declarar la sentencia de primera instancia que las obligaciones de Merizalde i Narváez son idénticas, ha contrariado este principio de estricta justicia, porque, segun la misma sentencia, si Narváez hubiera pagado la deuda de Merizalde no le habria quedado el derecho de reclamar de este la devolucion de su di-

nero. El Ministro Alvarez fué llamado a juicio por haber pronunciado sentencia contra lei espresa, i solo por este cargo de injusticia notoria se le podria condenar; pero tal lei no existe, i, aun en el caso de ser inesactos, que no lo son, los fundamentos que anteceden, no podria encontrarse lei espresa que prescriba un procedimiento distinto del adoptado en su sentencia por el Ministro enjuiciado. De lo dicho hasta aquí nacen las siguientes consecuencias: 1.ª la lei 2.ª, título 12, partida 5.ª es dudosa en la parte en que trata de los meznadores del Rei; pues, no es claro que sea aplicable a los militares en servicio activo en la Nueva Granada: 2.ª la espresada lei no es contraria a la Constitucion de la República, ni está derogada por otra lei terminante: 3.ª los fiadores obligados como principales pagadores i de *mancomun et insolídum* con los deudores principales, son únicamente fiadores, i no pueden ser considerados como obligados por sí, sino por otros; i 4.ª en la sentencia pronunciada por el Ministro del Tribunal de Bogotá, que ha motivado este juicio, no hai infraccion de lei espresa; i por tanto, administrando justicia en nombre de la República i por autoridad de la lei, la Suprema Corte de la Nacion, en sala de segunda instancia, revoca la sentencia de primera instancia i absuelve al acusado—JOSÉ MARÍA DE LA TORRE URIBE—JUAN E. ZAMARRA—OCTAVIO SALAZAR.

Juon N. Esquerro, Secretario.