

201

2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE SOCIOLOGIA GENERAL Y JURIDICA

"LA FIANZA DE INTERES SOCIAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MONICA CHAVEZ FRANCO

ASESOR: LIC. JUAN MANUEL ARTEAGA MARTINEZ



MEXICO, D. F.

1991

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

INTRODUCCION.....
CAPITULO I.	
1.1. La Garantía en General.....	1
1.2. Fianza, Concepto.....	2
1.3. Elementos personales en el contrato de Fianza.....	3
1.4. Relaciones Jurídicas creadas por la Fianza.....	4
1.5. Clases de Fianza.....	5
a) Por la legislación que la regula.....	5
b) Por el origen de que dimana.....	6
1. Convencional.....	6
2. Legal.....	6
3. Judicial.....	6
c) Por su extensión.....	6
Indefinida o Ilimitada.....	6
Parcial o Limitada.....	7
1.6. Naturaleza y Características.....	7
1.- "Líquidas".....	7
2.- "De hacer".....	7
3.- "De no hacer".....	7
4.- Monto de Fianza.....	7
Características.....	8
1).- La fianza es un contrato.....	8

2).- La fianza es un contrato bilateral.....	8
Obligaciones Susceptibles de Fianza.....	9
1.7. Derechos Reales de Garantía.....	9
A. La Prenda.....	9
Concepto.....	10
Caracteres de la prenda.....	10
Formalidades.....	10
Cosas que pueden darse en prenda.....	10
Extinción de la prenda.....	11
B. La Hipoteca.....	11
Concepto.....	11
Caracteres de la hipoteca.....	11
Partes que intervienen en la hipoteca.....	11
Forma.....	12
Extinción de la Hipoteca.....	12

CAPITULO II. Antecedentes Históricos de la Fianza.

Introducción.....	13
2.1. Existencia de la Fianza antes de nuestra era.....	14
2.2. Derecho Romano.....	15
2.3. Derecho Español.....	18
2.4. Derecho Alemán.....	20
2.5. Derecho Argentino.....	21
2.6. Derecho Francés.....	22
2.7. Derecho Inglés.....	23

2.8. Derecho Italiano.....	23
2.9. Derecho Mexicano.....	24
2.10. Derecho Ruso.....	28

CAPITULO III. ESTRUCTURA LEGAL DE LA FIANZA EN MEXICO.

3.1.- Fianza Civil.

Clasificación:

a).- Accesoriedad.....	30
b).- Unilateral y bilateral.....	32
c).- Gratuita y onerosa.....	33
d).- Comutativa o aleatoria.....	33
e).- Consensual.....	33
f).- Es una garantía personal.....	34
g).- El consentimiento y el objeto en el contrato de- fianza.....	34
h).- La obligación principal, presupuesto necesario.....	34
i).- Extensión.....	35
j).- Beneficios de que goza el fiador.....	35
k).- Subrogación.....	36
l).- Extinción de la fianza.....	37
3.2.- Fianza Mercantil.	
A.- Fianza prestada entre personas físicas no comer-- ciantes.....	38
B.- Fianza prestada por comerciantes o para garantizar- obligaciones mercantiles.....	38
3.3.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	42
3.4.- Estudio Analítico del Artículo 20 Constitucional frac- ción I.....	43
A.- La Prisión Preventiva.....	43

B.- Libertad Caucional.....	46
1.- Alemania.	
2.- Austria.	
3.- Checoslovaquia.	
4.- España.	
5.- Estados Unidos de Norteamérica.	
6.- Francia.	
7.- Inglaterra.	
8.- Italia.	
9.- Suiza.	
C.- Determinación del término medio aritmético de la pena.....	52
D.- Circunstancias Personales del Acusado y Gravedad del Delito.....	52
E.- Consideración de las Modalidades del Delito.....	53
F.- Adecuación de la Cuantía de las Cauciones a la Situación Económica Actual.....	55
G.- Ampliación de las Facultades Jurisdiccionales Discrecionales.....	55
3.5. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	56
3.6. Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común para el Distrito Federal.....	62
3.7. REGLAMENTO DE LA LEY DE LA DEFENSORIA DE OFICIO DEL FUERO-COMUN EN EL DISTRITO FEDERAL.....	66
CAPITULO IV. LAS COMPANIAS DE FIANZAS.	
1.- Antecedentes Históricos.....	68
2.- Evolución de las Instituciones de Fianzas en México.....	70
3.- Naturaleza Jurídica de las Compañías de Fianzas.....	75

4.- Elementos de la Fianza.....	76
5.- Obligaciones de la Institución fiadora.....	76
6.- Garantía de recuperación de la Empresa Afianzadora.....	78
7.- Obligaciones que pueden ser garantizadas.....	80
8.- Prima.....	83
9.- Exigibilidad de la fianza.....	86
10.- Cancelación de la fianza.....	88
11.- Extinción de la fianza.....	90
12.- Diferencias entre el Seguro y la Fianza de Empresa.....	92

CAPITULO V. FIANZA DE INTERES SOCIAL.

5.1.- CONCEPTO.....	94
5.2.- CARACTERISTICAS DE ESTA FIANZA.....	94
5.3.- OPERACION.....	95
5.4.- REQUISITOS DE CONTRATACION.....	96
5.5.- TEXTO.....	98
5.6.- MOVIMIENTOS DE LA FIANZA DE INTERES SOCIAL.....	99
I.- Cancelación.....	99
II.- Requerimiento para la presentación del Fiado- ante la Autoridad Judicial.....	99
III.- Requerimiento de Pago.....	100
IV.- Pago del Requerimiento.....	102
5.7.- ANEXOS.....	103
5.8.- LA CRIMINALIDAD EN MEXICO Y LA FIANZA DE INTERES- SOCIAL.....	105
5.9.- FIANZA DE INTERES SOCIAL Y POLITICA SOCIAL.....	109

5.10.- FIANZA DE INTERES SOCIAL Y POLITICA LEGISLATIVA.....	112
5.11.- FIANZA DE INTERES SOCIAL Y POLITICA JUDICIAL.....	115
CONCLUSIONES.....	118
BIBLIOGRAFIA.....	122

I N T R O D U C C I O N

En la lucha entre el hombre y las cosas, el derecho principia a inclinarse por el hombre, protagonista del complejo cosmos social.

Así es un hecho verdadero que la institución jurídica FIANZA, en todos -- los sitios y en todos los tiempos, ha tenido el efecto de asociar a los - hombres que la practican.

Bien dijo Aristóteles "La vida social es un mandato de la naturaleza. Los hombres, cualesquiera que ellos sean, nunca hacen nada sino en virtud de lo que parece ser bueno".

Como verdad sabida y sin lugar a dudas, vemos que nuestras instituciones-jurídicas se derivan y toman su forma del derecho romano, subrayando desde luego nuestra tradición de origen latino.

Nuestros esfuerzos se encaminarán a tratar de penetrar en la forma más pro funda posible en el estudio de la institución denominada fianza, estudian do sus orígenes, pasando por el estudio de la misma por la materia de su estudio, así estudiaremos su aspecto general, el civil, el mercantil, el constitucional, el penal, el procesal penal y el aspecto que se refiere a las compañías de fianzas para así concluir con una nueva denominación que es la Fianza de Interés Social.

Es en Roma donde aparece con las características primordiales la institución de la fianza civil, porque legislaciones anteriores como la griega,-

la fenicia, la persa y la egipcia, fueron grandes en otros aspectos de -- las ciencias, pero nunca del derecho.

Es pues, en Roma, donde surge la fianza en los comienzos de su vida jurí-- dica, y se realizaba por la *satisfatio*, que era una garantía personal, - realizada por el compromiso de varios *adpromissores*.

En el derecho romano, bajo la denominación general de *adpromissores* se -- comprendían tres especies: Los *sponsores*, Los *fidepromissores* y Los ---- *fidelussores*.

Se deduce que la fianza es un contrato accesorio, de garantía personal, - que de principios rigurosos primeramente, pasó por medio de leyes diferen-- tes, como la ley llamada *Apuleya*, la ley de Adriano, la ley *Furia Sponsu-* y otras más, a principios menos riguroso, llegando a tener gran aplica--- ción la fianza, que llena una época de cerca de mil quinientos años, y pa-- sa sus principales características a todas las legislaciones que la toma-- ron como base, entre ellas la nuestra.

Sin lugar a duda, no es Roma quien elabora un derecho especial para los - comerciantes, pues no es hasta el florecimiento de las ciudades italianas, principalmente *Florenia* y *Venecia*, que tuvieron un gran auge en el comer-- cío, cuando los hombres se llegan a relacionar surgiendo vínculos estre-- chos, y de ese intercambio hubo necesidad de dictar normas adecuadas a dí-- cho grupo, lo que da origen al *Derecho Mercantili*, como un derecho favore-- cedor en sus normas de la clase llamada de *mercaderes*, quienes formaron -

los gremios tan famosos en la Edad Media. Por lo tanto, no es en Roma donde puede afirmarse que surgió la fianza mercantil.

Las características del derecho romano, en cuanto se refieren a la fianza civil, pasan al derecho español, en donde se encuentran vestigios en el - Fuero Real; aunque en el Fuero Viejo de Castilla se hablaba ya de fiado--res de saneamiento que debían intervenir en las ventas de heredades hechas por los hijosdalgos.

La noción de fianza civil en el derecho español debe haberse inspirado en el artículo segundo del capítulo cuarto del Código Bávaro, que estuvo vigente antes que se unificara el Imperio.

El derecho español, pilar máximo de nuestra tradición jurídico histórica, clasifica a la fianza dentro de los contratos de garantía personal, de carácter accesorio, especial y subsidiario, establecido como medio de asegurar el cumplimiento de las obligaciones.

En el derecho francés, cuna de la mayoría de los derechos latinos, la fianza civil ha sido definida como: "un contrato por el cual, existiendo un - acreedor y un deudor, un tercero que toma el nombre de fiador se compromete con el acreedor a cumplir la obligación si el deudor no la satisface - por él mismo".

En México el Código Civil que se expidió el 26 de mayo de 1928 surge para

satisfacer necesidades inaplazables y ostenta la adaptación de nuevas normas que habían ido surgiendo en el transcurso del tiempo. Como fuentes -- principales se tuvo en cuenta a los códigos civiles más modernos, entre los que se encontraban el francés, español, italiano, argentino, chileno, brasileño, alemán y suizo.

La fianza es definida por el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en su artículo 2794, como el "contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace".

El Derecho no puede ser una creación caprichosa del Estado, pues, por el contrario, debe ser siempre el resultado de las necesidades de la colectividad para la cual se legisla.

La Constitución objetivación normativa de la voluntad popular, ley fundamental, ley básica establece la libertad caucional (fianza), establecida originalmente, al amparo del artículo 20 fracción I, parte del supuesto de que el delincuente, habida cuenta de sus circunstancias personales, de la gravedad del delito cometido, de la penalidad establecida y del temor de perder la garantía, no se sustraerá a la acción de la justicia. La li-provisional se ha vinculado entre nosotros, como es natural, al supuesto de la pena corporal.

Establecida en una reforma favorable al inculcado se introdujo en 1947-48, respecto a esta reforma opina Rivera Silva que en la libertad caucional - "El dinero queda en lugar de la libertad", la situación indicada provoca, en todos los que no tienen poder económico, una fuerte protesta contra la libertad bajo caución, dicha protesta ha sido escuchada años más tarde y-

es creada como consecuencia a esta exigencia colectiva la Fianza de Interés Social, la cual consiste en ser una fianza de tipo judicial que se -- expide ante autoridades judiciales en materia civil pero preferentemente penal, que tiene como objetivo garantizar por los fiados que carecen de -- recursos económicos o que se encuentren en estado de indigencia, marginidad o pobreza extrema, el beneficio de la libertad provisional otorgada -- con base en la garantía de seguridad contenida en la fracción I del ar--- tículo 20 de la Constitución Federal.

Consideramos así que la Fianza de Interés Social es una respuesta plausible en la incesante búsqueda, para el siempre buscado valor de la liber-- tad. Así pues ésta es una innovadora senda para alcanzarla y consideramos-- que esta es una institución que contribuye a la seguridad y dignidad de la persona sujeta a proceso, parte importante en la desjudicialización de -- la justicia penal. Es una posibilidad más de rescatar al hombre reeducarlo y readaptarlo, conservando así el orden social y por ello una sociedad mexicana más justa e igualitaria.

C A P I T U L O I.

1.1. La Garantía en General.

La palabra Garantía, etimológicamente, procede de garante. Conceptualmente significa según el Diccionario de Escriche "el acto de afianzar lo estipulado en los tratados de paz o comercio, la cosa con que se asegura el cumplimiento de lo convenido, la obligación del garante, y en general, toda especie de fianza". (1) Garantía por lo tanto, es sinónimo de seguridad "contra una eventualidad cualquiera y cuando se asegura el cumplimiento de lo pactado, comprende no solo la obligación accesoria unida a lo principal de la cual es consecuencia, sino la propia cosa a que se confiere la función asegurativa, ya sean bienes muebles, inmuebles o todo cuanto puede servir de fianza, prenda, hipoteca o caución". (2)

Del concepto genérico de garantía, se deduce que hay dos clases: la personal y la real. Esta consiste en la afectación especial de cosas o valores, que dan una seguridad al acreedor del cumplimiento de lo convenido, o de la obligación, como la prenda y la hipoteca que son derechos reales de garantía.

-
- (1). C.F. Voz garantía. Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor.-- S.A. Barcelona-Madrid, 1950, pág. 2015.
 - (2). Alvarez Canelo, José G. Noción y Distinciones de la Fianza de Empresa. Tesis Profesional E.L.D., D.F. 1962, pág. 9.

Tienen por lo tanto, el carácter de accesorias, puesto que acompañan a un derecho de crédito y sirven para fortalecer la posición del acreedor en su relación jurídica con el deudor.

La garantía personal consiste en que una persona se compromete, frente al acreedor, a pagar o cumplir por el deudor principal, si este no lo hace. De esta manera se garantiza al acreedor contra el riesgo de la insolvencia de su deudor, puesto que la obligación se encuentra garantizada por dos patrimonios en lugar de uno solo.

1.2. Fianza. Concepto.

El Diccionario de la Real Academia Española nos da la definición de la palabra fianza en los siguientes términos:

FIANZA, (de fiar) f, la obligación accesoria que uno hace para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó, tomando sobre el fiador verificarlo él en el caso de que no lo haga el deudor principal o sea el que directamente para sí estipuló "...

El autor español José Castán Tobeñas nos dice al darnos el concepto de fianza: "En sentido amplio se llama fianza o caución a cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación". (3)

(3). Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. T.II. Volumen II. Cuarta Edición Madrid. Instituto Editorial Reus, 1939, págs. 417-418.

Pero en sentido estricto y técnico, fianza es la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de cumplir la obligación, - sino lo hace el deudor principal.

Los comentaristas Planiol y Ripert por su parte expresan:

"1509.- Definición. La fianza es un contrato por el cual, un tercero que se denomina fiador se obliga en favor del acreedor a cumplir la obligación del deudor, si éste no la cumple personalmente".(4) Así pues la fianza es un contrato, toda vez que es un acuerdo de voluntades por el cual el fiador se obliga a responder al acreedor por la deuda de otro y, - por lo tanto, el contrato de fianza se concluye por lo regular entre el fiador y el acreedor.

1.3. Elementos Personales en el Contrato de Fianza:

A.- El fiador. Es la persona física o moral que, en forma subsidiaria se compromete a pagar una obligación si el fiado no lo hace.

B.- Fiado. Es la persona por la que se responde y cuya obligación queda - garantizada con la fianza otorgada por el fiador.

C.- Beneficiario. Es la persona a quien se le adeuda y por lo tanto, quien

(4). Planiol Marcel-Jorge Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Garantías Reales. La Habana, 1946, pág. 789.

recibirá el pago del fiador si el fiado no lo efectúa.

En tales condiciones vemos que el acreedor o beneficiario tienen determinados derechos contra el deudor o fiado, que a su vez, tendrá las obligaciones derivadas de los derechos de su acreedor en el contrato principal - y que el fiador garantiza que cumplirá las obligaciones y de no hacerlo - el fiado, las satisfará el propio fiador. De lo anterior se desprende que el monto de la fianza o las prestaciones garantizadas por ella no pueden ser nunca mayores a la obligación que le dió origen.

El fiador puede ser una o varias personas, ya sean físicas o morales y de acuerdo con la forma en que se contraiga la responsabilidad contingente - que implica toda fianza se designará como reafianzador o cofianzador.

1.4. Relaciones Jurídicas creadas por la Fianza:

a) Entre acreedor y fiador. En caso de que el deudor del contrato principal no cumpla las obligaciones a que éste se refiere, el fiador será obligado a hacerlo en favor del acreedor, en este caso, el fiador sustituye, - por decirlo así, al deudor de la obligación que afianzaba. Sin embargo, - las transacciones o arreglos entre el acreedor y el fiador no surten efectos para con el deudor, así como tampoco los surten, para con el fiador, - las que tuvieran el acreedor y el deudor, sin contar en ambos casos con el consentimiento de la tercera persona que interviene en la fianza.

b) Entre deudor y fiador. Una vez satisfecha por el fiador la obligación-

que el deudor, o sea su fiado, no cumplió en los términos del contrato -- principal, el fiador se subroga en los derechos del acreedor de la obligación que dió origen a la fianza, quedando ésta automáticamente cancelada. Los derechos del fiador serán equivalentes en principio, a las obligaciones por las que haya respondido en lugar de su fiado. Si el fiador hiciera cualquier prestación sin consultarla con el deudor, éste podrá oponerle todas las excepciones que le hubiere opuesto al acreedor en el momento en que le exigirá esa obligación.

c) Entre los cofiadores. Cuando uno de los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda haya hecho pago de la misma, podrá reclamar de los demás la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Cuando alguno de los cofiadores resulte insolvente, su parte recaerá sobre los demás en la misma proporción, siempre y cuando se haya efectuado en virtud de demanda judicial o de que el deudor principal se halle en estado de concurso. El beneficio de división, a diferencia del de excusión, puede ser invocado en cualquier período del juicio, limitándose la condena.

1.5. Clases de Fianza.

Por la legislación que la regula. Por la diversidad de preceptos que la rigen, ofrece la fianza varias especies de las que las dos principales son la Civil y la Mercantil. Sin embargo otras ramas del derecho contemplan también esta figura jurídica y le dedican normas peculiares. Así en el Derecho Penal, en el Derecho Procesal, en el Derecho Administrativo, -

en el Derecho Fiscal, en el Derecho Internacional Privado.., encontramos diversos supuestos de fianza.

b) Por el origen de que dimana, se distingue la fianza:

1.- Convencional. La que exclusivamente es producto del consentimiento de las partes y que tiene como subdivisiones el de ser a título gratuito u oneroso. Es gratuita la fianza cuando no se pacte ninguna retribución por el servicio que se va a prestar, es lo que los franceses llaman acto de beneficencia. Es onerosa, aquella, que contrae el fiador mediante un cierto precio.

2.- Legal. Es ordenada por la ley, para asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones.

3.- Judicial. Es aquella que directamente impone el juez o tribunal para garantizar la efectiva realización de sus determinaciones.

c) Por su extensión. La fianza puede ser, por lo que se refiere a su extensión: indefinida o ilimitada y parcial o limitada.

Indefinida o ilimitada. El fiador puede responder por todas las deudas -- que determinada persona contraiga en relación con determinado acreedor, pero también puede limitar su obligación en cuanto a la naturaleza de las deudas aseguradas, en cuanto al plazo de la garantía, o en cuanto a una máxima de ésta.

Parcial o Limitada. El fiador puede limitar su obligación a una parte -- la deuda principal, así ha podido afianzar solamente ciertas obligaciones del deudor. También puede limitar a una cifra máxima la cuantía de la suma porque se responde en el caso.

1.6. Naturaleza y Características.

A).- Naturaleza de la Fianza: Resulta difícil reducir a una enumeración -- simplista la diversidad posible de las fianzas, pero en términos generales, puede hablarse de las siguientes clases:

1.- "Líquidas", o sea aquellas en las que el fiador se compromete a pagar al beneficiario, una cantidad determinada de dinero, en caso de que el -- fiador no la pague.

2.- "De hacer", o sea aquellas fianzas por las que el fiador se compromete a pagar una determinada cantidad si el fiado no presta o ejecuta un hecho, bien sea contratando por su cuenta los servicios de terceros que puedan hacerlo, en favor siempre del beneficiario, si el fiado no lo hace, -- cumple o ejecuta.

3.- "De no hacer", o sea aquellas fianzas por las que el fiador se compromete a pagar hasta una cantidad determinada por concepto de daños y perjuicios que se causen al beneficiario, con la ejecución de un hecho o de un acto que el fiado se compromete a no realizar.

4.- Monto de Fianza. Lo normal consiste en que el fiado se obligue a pagar al beneficiario el monto preciso y exacto de lo que el fiado debe pa--

gar, la Ley, sin embargo permite que el fiador se comprometa a pagar menos, pero nunca más de la obligación del fiado.

Si resultase que el fiador ha contraído obligación mayor de la que pensaba sobre el fiado, la fianza se reducirá hasta igualarla y si hubiere duda acerca de si el fiador se ha obligado a una prestación igual o menor a la que tenía el fiado se presumirá que la obligación es por el monto -- preciso de la obligación del fiado.

B).- Características.

El Código Civil en vigor, considera la fianza como un contrato bilateral y accesorio.

1.- La fianza es un contrato: Contrato dice la Ley es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos u obligaciones.

Como se verá en la fianza, existe un acuerdo de dos voluntades por lo menos (quien solicita la fianza y quien la otorga) y este acuerdo crea "derechos y obligaciones".

2.- La fianza es un contrato bilateral: Se considera Bilateral un contrato, cuando crea derechos u obligaciones a cada una de las partes que intervienen en su celebración, caso en el que precisamente se encuentra la fianza: el solicitante contrae la obligación entre otras de pagar cierta cantidad y quien otorga la fianza (fiador), ha de cumplir las obligaciones motivo de la fianza, si el "fiado" no cumpliere las obligaciones que ha contraído con el beneficiario.

Obligaciones Susceptibles de Fianza.

Podemos decir que toda obligación es susceptible de ser afianzada a condición de que sea válida. Ordinariamente la Fianza se aplica a las deudas de dinero, pero nada impide que puede ser materia de este contrato las obligaciones de hacer o no hacer, garantizando en ese caso la indemnización que se otorgue por el incumplimiento. Así mismo, pueden ser materia de afianzamiento deudas futuras, pero no se podrá reclamar al fiador hasta que la deuda sea líquida.

1.7. Derechos Reales de Garantía.

Los derechos reales de garantía son la prenda y la hipoteca. Tanto la prenda como la hipoteca son derechos que recaen sobre bienes muebles o inmuebles. Tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

LA PRENDA.- La palabra prenda tiene en Derecho tres significados: contrato (contrato de prenda), derecho (derecho real), y cosa (el objeto materia del derecho real).

Este derecho toma su origen en el contrato del mismo nombre. Cuando un deudor se ve obligado a garantizar el cumplimiento de su obligación y su preferencia en el pago, puede dar a su acreedor una prenda, es decir, un objeto cuyo valor sea capaz de responder, en un momento dado, por el monto de la obligación, quedando el acreedor obligado a devolver la cosa si el-

deudor cumple con su obligación.

La prenda recae sobre bienes muebles y por su naturaleza es accesoría e indivisible, accesoría, porque siempre garantiza el cumplimiento de un -- contrato anterior a ella, indivisible, porque la cosa materia de este derecho no es susceptible de partición.

CONCEPTO. La prenda es un contrato por el cual el deudor entrega a su -- acreedor un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago (art. 2856 C.C.) En ocasiones este derecho se constituye no como consecuencia de un contrato, sino por mandato de la ley, para asegurar el cumplimiento de una obligación.

Las partes que intervienen en este contrato se denominan acreedor y deudor prendario o pignoraticio.

CARACTERES DE LA PRENDA. Es un contrato que da nacimiento a un derecho -- real, recae sobre bienes muebles enajenables, es accesorio e indivisible, y tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

FORMALIDADES. Dos son las formalidades que exige la ley para la existencia de este contrato: la entrega de la prenda y la escritura.

COSAS QUE PUEDEN DARSE EN PRENDA. Pueden darse en prenda tanto los bienes muebles que pueden ser enajenados, como los frutos pendientes que pueden ser recogidos en tiempo determinado.

EXTINCION DE LA PRENDA. Se extingue cuando termina la obligación principal. La extinción puede ocurrir por el pago o por cualquiera otra causa legal. La prenda, sin embargo, puede extinguirse subsistiendo la obligación principal.

LA HIPOTECA.

La hipoteca es, en orden a su estudio, el último de los derechos reales.- Este derecho nace del contrato de hipoteca o de la hipoteca por mandato de la ley. Grava o afecta a un bien sin privar a su dueño de la posesión del mismo. La hipoteca es un derecho que lo mismo recae sobre bienes muebles que inmuebles. Es como la prenda, un derecho accesorio de la obligación que garantiza.

CONCEPTO. La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a ésta, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley (art. 2893 C.C.).

CARACTERES DE LA HIPOTECA. La hipoteca es un derecho real, que indistintamente recae sobre bienes muebles o inmuebles cuya tenencia siempre conserva el deudor, accesorio y de naturaleza indivisible.

Las partes que intervienen en este contrato se denominan acreedor y deudor hipotecarios. El primero es la persona a favor de quien se constituye la

hipoteca, y el segundo quien la constituye.

FORMA. La forma del contrato de hipoteca difiere según la cuantía del mismo. Cuando el crédito hipotecario excede de \$500,000. la hipoteca debe -- otorgarse en escritura pública. Cuando no excede de esa cantidad, puede - otorgarse en escritura privada, ante dos testigos, y de la escritura se - hacen tantos ejemplares como sean las partes contratantes.

La hipoteca puede otorgarse sin necesidad de solemnidad mediante documen- tos pagaderos a la orden de su dueño o al portador. Estos documentos se - transmiten por endoso, en el primer caso, y por la simple entrega en el - segundo.

La hipoteca se extingue una vez que se haya dado cumplimiento a la obli- gación principal que se está garantizando, ya sea por pago o porque deje- de ser necesaria la garantía otorgada.

C A P I T U L O I I .

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FIANZA .

INTRODUCCION.

G.W. CRIST tratadista norteamericano, afirma que los orígenes de la relación contractual de fianza, pueden remontarse al nacimiento mismo de la civilización. Cuando los instintos gregarios de la humanidad encontraron su original expresión en el imperfecto orden social de los primeros días, nuestros remotos antepasados, tuvieron que enfrentarse tanto a la resolución de problemas colectivos como individuales. El cuadro de aquella sociedad suponía obligaciones del individuo para la comunidad así como de un individuo hacia otro, dicha interdependencia es consecuencia natural, de la incapacidad del hombre de bastarse por si mismo. La forma más ordinaria de fianza primitiva debió ser el rehén, por el cual se sustituía un prisionero por otro o por varios, para responder de la libertad transitoria de éste o aún de la definitiva, situación que se perfeccionó posteriormente, por influencia del Cristianismo.

El comercio fué gran impulsor de estas garantías, por ser la garantía personal indudablemente la forma más antigua del crédito, siendo conocida, - por tanto, desde tiempos remotos la figura objeto de nuestro estudio, que aún con diferentes nombres, caución, rehén, fianza etc., todos son aspectos de la misma.

La fianza siempre significó, la búsqueda de todo acreedor de asegurar la satisfacción de su crédito contra cualquier eventualidad que pudiera producir su ineficacia.

2.1. EXISTENCIA DE LA FIANZA ANTES DE NUESTRA ERA.

Los antecedentes históricos de la fianza, no pueden precisarse sin embargo podemos afirmar que ésta ya existía antes de nuestra era, ya que en la Sagrada Biblia, se encuentran referencias en los proverbios acreditados - al Rey Salomón, que advertía a la ciudadanía de Israel;

"Hijo mio, si incautamente saliste por fiador de tu amigo, y has ligado - tu mano con un extraño, tu te has enlazado mediante las palabras de tu boca, y ellas han sido el lazo en que has quedado preso". (5)

"Padecerá desastres el que sale incautamente por fiador de un extraño, pero el que no se enreda en fianzas vivirá tranquilo". (6)

"No te asocies con aquellos que imprudentemente contraen obligaciones alargando su mano, ofreciéndose por fiadores de deudas".(7)

(5). Biblia, La Sagrada. Editorial Herder. Barcelona, España, 1968. Proverbio 6:1.

(6). Ob. Cit. Proverbio 6:2.

(7). Ob. Cit. Proverbio 11.15.

Por las advertencias anteriores, es factible observar que la fianza siempre ha representado una situación de riesgo, para quien la otorga.

En la Grecia primitiva, se encuentra un aviso filosófico, en el templo de Delfos y atribuido al gran pensador TALES DE MILETO, de que la "fianza es la precursora de la ruina".

"En el Eclesiástico, libro Sagrado escrito hacia el año 190 antes de J.C. en Alejandría por Jesús hijo de Sirae, señala:

Fianzas indiscretas han perdido a muchos que la pasaban bien, y los han -
sumergido en un mar de trabajos, ellas son las que trastornando a los hom-
bres acaudalados, los han hecho transmigrar y andar errantes entre gentes
extrañas". (8)

2.2. DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano se encuentran reglamentadas tres tipos de garantías-
personales:

A) LA SPONCIO.

Debe haber existido al iniciarse la Era Romana, cuando las normas eran de
masiado estrictas, y la estipulación necesitaba del verbo spondere, sólo-
fue accesible a los ciudadanos romanos.

(8). El Eclesiástico 29.23.

Forma: Requeríase para su validez, que el acuerdo de voluntades adoptara la forma estipulatoria, a través de una pregunta del acreedor y una respuesta congruente del deudor, en estos términos ¿Spondesne mihi centum -- dare? Spondeo. El requisito exigido en la sponsio y en todos los contratos verbis, se debió a que la estipulación servía de una doble finalidad: Primero, creaba deudas nuevas y transformaba las existentes, y Segundo, - formalizaba los contratos carentes de forma, de tal manera que si omitía la pronunciación de las palabras requeridas al celebrarse los mismos, las obligaciones derivadas de ellos no eran exigibles.

"En el Derecho Romano los Sponsors y Fideipromissores no podían acceder sino a una sola especie de obligaciones, ó sea la que se contrae por estipulación, por el contrario la obligación del sponsor o del fideipromisor quedaba excesivamente afecta a su persona y no pasaba a sus herederos".(9)

B) LA FIDEPROMISSIO.

Posteriormente, cuando el derecho romano se hace accesible no solo a los ciudadanos romanos, sino a los extranjeros o peregrinos, se emplea otro verbo, fidepromittis, y quedaban sometidos a los mismos principios rigurosos a que lo estaban anteriormente los sponsors. Todos los progresos admitidos para la estipulación en general se aplicaron al compromiso dado -

(9). Lagrange M. Eugenio. Derecho Romano. Traducción al Español de la Undécima Edición Francesa. 2a. Edición. Librería Victoriano Suárez, Madrid 1889, pág. 404.

por los fiadores, más aún, se llegó al caso en que el fiador que ha escrito o dejado escribir en su presencia que estaba comprometido, se le consideraba obligado, es lo que pudiéramos llamar fianza tácita.

C) LA FIDEIUSSIO.

La Fideiussio, es el contrato de garantía personal en virtud del cual una persona se obliga a responder accesoriamente de una deuda ajena, con el propio crédito. La acción para hacerlas efectivas goza de carácter perpetuo, son hereditariamente transmisibles a los herederos.

El fideiussor responde en forma solidaria como un codeudor, pues ya en el Corpus Iuris Civilis, su obligación es solo accesoría y, por lo mismo, - condicionada a la existencia de una principal. Esta situación injusta para los fiadores, se prolongó hasta la época de Justiniano, quien les otorgó beneficio de excusión por virtud del cual podían exigirle al acreedor que antes de hacerles a ellos efectivo el crédito, procediera contra el - deudor principal, siempre que se le pudiera hallar y fuera solvente.

Ya en el derecho clásico goza el fiador, cuando el acreedor le demanda el cumplimiento de la obligación garantizada, del beneficio sedendarum accionum, por el cual antes de pagar tiene derecho de pedir al acreedor les ceda sus acciones contra el deudor y los demás coobligados, esto significaba en efecto que el pago realizado por el fiador, no extinguía el derecho de la parte a reclamar, por cuanto que se realizaba una venta de acciones de acreedor a fiador, por un precio igual al monto del crédito.

FORMA DE EXTINCION DE LA FIANZA.

La fianza que tiene como característica la accesoriedad, se extingufa si la obligación principal deja de existir, pero como dice Petit, era necesario que la deuda principal se extinguiera de modo absoluto, pues de otra manera no liberaba a los fiadores.

2.3. DERECHO ESPAÑOL.

Los datos más fidedignos que la historia nos proporciona respecto a España, nos indican que los más viejos pobladores de la península, fueron los Iberos y los Celtas, de los que en realidad poco vestigio de su organización jurídica y política conocemos. Con la irrupción de los bárbaros, que de paso aniquilaron el imperio de los Césares, España sufrió una nueva invasión. En realidad de allí arrancan las primeras obras legislativas que conocemos. De ellas muy importante por ser la primera en tiempo, es el Código de Eurico, que se dice estuvo inspirado por jurisconsultos romanos.- Debe mencionarse también por su importancia, el Fuero Juzgo, cuerpo de leyes para dominadores y dominados, que significó la penetración preponde--rante del derecho romano frente al germánico.

Con la dominación Arabe que también hubo que sufrir España, el Fuero Juzgo no perdió totalmente su vigencia, entonces, los Fueros Municipales se impusieron paulatinamente. Como tipo de estas leyes tenemos el Fuero Viejo de Castilla, en el que se hablaba ya de fiadores de saneamiento que debían intervenir en las ventas de heredades hechas por fijosdalgos.

Pero no es sino hasta el Fuero Real título XVIII del Libro III donde se regula ampliamente todo lo relativo a fiadores. Así se establecieron algunas prohibiciones para los clérigos, los labradores y las mujeres, no pudieran ser fiadores más que en casos excepcionales.

En cuanto a las formalidades exigidas para el perfeccionamiento del contrato, se estableció que bastaba la simple manifestación del consentimiento en forma indubitable para que tuviera validez, abandonándose en consecuencia los viejos formalismos del derecho romano. Es incuestionable que sin reformas substanciales, el contrato de fideiussio romano ejerció una decisiva influencia en las Leyes de Partidas. Estas a su vez influenciaron todo el Derecho Español posterior, hasta la publicación del Código - Civil, en que conforme a lo dispuesto a la Ley de II de mayo de 1888, -- mantuvo, en cuanto a dicho contrato, el mismo criterio a las leyes prece-
dentes.

El Código Civil Español de 1888, sigue considerando a la fianza como un contrato, insistiendo en sus caracteres de accesoriedad gratuidad y unilateralidad. Establece la posibilidad de garantizar deudas futuras, y en cuanto a la extensión de la fianza, dice que nunca excederá al monto de la obligación principal, aunque ésta se pueda afianzar válidamente sólo en partes.

Este Código establece los beneficios de orden, división y excusión, así como el derecho de subrogarse por el acreedor cuando se ha pagado la deu-
da. Las formas de extinción de la fianza siguen siendo las mismas, la di-

recta que extingue la obligación del fiador independientemente de la deu da garantizada, y la indirecta o por vía de consecuencia.

El Código Civil Español se expresa en los siguientes términos:

"Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo éste".

Tres son los principales caracteres en cuanto a la naturaleza jurídica de la fianza en el Derecho Español: su carácter accesorio, su unilateralidad y que el fiador es una persona distinta del principal obligado.

2.4. DERECHO ALEMÁN.

En el Derecho Alemán se encuentran para la fianza civil las siguientes ca racterísticas: que se contrae una obligación accesorio, obligándose a res pponder por otro, por lo regular el contrato de fianza se concluye entre - el fiador y el acreedor, y por último, la fianza es un contrato que obli- ga unilateralmente. Exige el Código Civil Alemán, para la validez del con trato de la fianza civil, que se haga por escrito la declaración del fia- dor. En el Derecho Alemán la fianza es normalmente a título gratuito, pe- ro no hay inconveniente en que se pacte retribución. En el Derecho Alemán se le conceden al fiador tres beneficios: el de excusión, el de división y el de falta de cesión de la acción, pero este último ha desaparecido.

Ludwing Enneccerus define la fianza civil del Derecho Alemán: "como el -- contrato por el cual el fiador se obliga hacia el acreedor de otro a res pponder del cumplimiento de la deuda de este". El dar fianza, sigue di---

ciendo el autor mencionado, es una operación muy aventurada porque en la mayoría de los casos se contrae con la esperanza de que el deudor principal cumplirá por sí su obligación, creyéndose por tanto poderle complacer sin daño alguno.

Al igual que en nuestro derecho, el alemán no sólo permite dar fianzas - sobre deudas presentes, sino futuras o condicionales, pero entonces su nacimiento se halla bajo esa condición, y hasta que no se realice ésta - no nacerá a su vez la fianza.

2.5. DERECHO ARGENTINO.

La legislación Argentina, una de las más adelantadas de la América Latina, define la fianza civil como "un contrato por el cual un tercero toma sobre sí la obligación ajena para el caso de que no la cumpla el que la contrata".

Señala como características principales el ser un contrato accesorio, -- consensual, surge de su propia naturaleza, pues nada hay que se entregue ni se pueda entregar, como acto del que dependa el perfeccionamiento del mencionado contrato.

Surgen relaciones entre deudor, acreedor y fiador, aunque los efectos del contrato pueden reducirse a dos: fiador y acreedor.

En la fianza civil Argentina, se admiten los beneficios de excusión y de división. Las causas de extinción de la fianza pueden ser las mismas que

las obligaciones en general y las obligaciones accesorias en particular.- La legislación Argentina reglamenta la fianza mercantil, copia fiel de la legislación española, y sigue el criterio objetivo, señalan al contrato de fianza mercantil como autónomo, la regla es que se debe considerar la fianza mercantil como realizada a título oneroso, salvo cuando se realice expresamente a título gratuito, pues los actos de los comerciantes nunca se presumen a título gratuito.

2.6. DERECHO FRANCÉS.

El Derecho Francés, cuna de la mayoría de los derechos latinos, define a la fianza como "un contrato por el cual existiendo un acreedor y un deudor, un tercero toma el nombre de fiador se compromete con el acreedor, a cumplir la obligación si el deudor no la satisface por él mismo".

Igualmente es definida por Julien Bonnetcase como: "un contrato en virtud del cual una persona de su consentimiento frente a un acreedor, para garantizar que el deudor no lo ejecuta por él mismo".

La fianza es considerada un contrato accesorio, pues no se comprende más que por la existencia de la obligación principal que garantiza. Así mismo se dice que es consensual, por su forma y por su prueba, está regida por el derecho común, debe ser expresa, la ley francesa no admite la fianza tácita.

La fianza civil en el derecho francés, se extingue ya sea por causas pro-

pías al contrato o por haberse extinguido la obligación principal que es la que le da origen.

Se concede a los fiadores los beneficios de orden y excusión, como en -- nuestro derecho. La fianza civil puede ser aplicada a toda obligación -- cualquiera que sea su objeto, se sobreentiende que debe ser ésta lícita, igual como sucede en nuestro derecho y pueden garantizarse deudas futuras.

2.7. DERECHO INGLÉS.

El origen de las fianzas otorgadas por compañías es indiscutible que es de origen anglosajón, pues ya en el año de 1720 existieron instituciones en la ciudad de Londres que garantizaban el buen desempeño del trabajo - de los criados o domésticos, origen de lo que se llama en la actualidad - fianza de fidelidad.

Es en el año de 1840 cuando surge ya en forma la primera compañía en la ciudad de Londres, denominada Sociedad de Garantías de Londres, que igualmente daba fianza a los domésticos, tuvo gran éxito e incrementó el funcionamiento de las mencionadas compañías.

2.8. DERECHO ITALIANO.

El código italiano, que siguió las formas del código francés, señala como

caracteres de la fianza los siguientes: ser un contrato accesorio, subsidiario de la obligación principal en caso de que el deudor no cumpliera por él mismo, varias pueden ser las especies de fianzas: simple o solidaria, plena o parcial, legal, convencional y judicial.

Es el artículo 1898 del Código Civil Italiano, quien define a la fianza diciendo que: "aquellos que se constituyen fiadores para una obligación se vinculan, frente al acreedor, a satisfacer la misma obligación cuando el deudor no la satisface".

Como requisito especial se indica que el consentimiento debe prestarlo el acreedor y el fiador, aunque en algunos casos también el deudor. Existen igualmente los beneficios de excusión y de división, como en nuestro derecho.

La legislación italiana otorga al fiador que ha pagado, una acción de -- reembolso contra el deudor principal, es decir, lo subroga en todos los derechos en contra del fiado.

Se extingue la fianza por la extinción de la obligación principal y por causas propias a la fianza.

2.9. DERECHO MEXICANO.

EPOCA PRECORTESIANA.

Según los historiadores, los grupos sociales más importantes y represen-

tativos eran, en el centro del país, los aztecas o mexicanos y en la región del sureste los mayas. En el antiguo imperio mexicano, el derecho tuvo su origen en la costumbre, por otra parte careciendo los aztecas de una escritura fonética, no podían tener un derecho escrito, sin embargo se afirma que los aztecas contaban con reglas de derecho definido en materia privada, y por lo que toca a contratos conocían el de compraventa, permuta, depósito, trabajo, arrendamiento, fianza y prenda.

Aunque el historiador Toribio Esquivel Obregón, refuta lo dicho anteriormente, afirmando que los aztecas no conocieron el contrato de compraventa, por no existir la moneda, hay otros muchos historiadores, como H. Spencer, Kohler, Mendieta y Núñez que afirman lo contrario diciendo que la moneda era conocida y consistía en objetos de valor, como el cacao, productos de metal y polvo de oro.

EPOCA COLONIAL.

Una vez que se consumó la conquista, los pueblos que habitaban el territorio, fueron sometidos al gobierno de la Metrópoli, misma que impuso a la Colonia su propia legislación, pues hizo lo mismo con todos los territorios de América que quedaron bajo su poder. Los Reyes de España ordenaron por medio de la Recopilación de Indias, que la legislación Colonial guardara y ejecutara las costumbres y usos que tuvieran los indios, antes de la dominación española, siempre y cuando no fueran en contra de la religión y de las propias Leyes de Indias.

En la Nueva España estuvieron en vigor tres cuerpos de leyes:

a) El de las Españolas que estuvieron vigentes en la Nueva España. La -- Ley de las Siete Partidas, tuvieron aplicación tanto en materia civil, -- como en materia penal. Tratan del Derecho Privado las partidas cuarta, -- quinta y sexta, también se aplicaron el Fuero Real y el Fuero Juzgo, ob-- servándose la prelación establecida por el Ordenamiento de Alcalá.

b) El de las dictadas especialmente para las colonias en América y que -- tuvieron vigor en la Nueva España. Están contenidas en gran parte en las -- Leyes de Indias, cuya recopilación fué publicada por Carlos II. Se refie-- re en general al Derecho Público y en ella encontramos la orden expresa-- de la vigencia del Derecho Español en las nuevas colonias del Reino de -- España.

c) El de las expedidas directamente para la Nueva España. El 21 de sep-- tiembre, de 1821, México adquirió su independencia como colonia y pasó a -- ser República. Es importante señalar que fué preocupación fundamental en -- nuestros gobernantes, el redactar una legislación propia, la Soberana -- Junta Provisional Gubernativa, expidió el Decreto de 22 de febrero de -- 1822.

El gobierno liberal de Don Benito Juárez, modificó en 1859 la estructura -- jurídica del país, con las llamadas Leyes de Reforma, mismas que tuvie-- ron trascendencia particular en el régimen del Derecho Privado, reformán-- dolo ampliamente, sobre todo en lo que se refiere a la personalidad jurí

dica de ciertas asociaciones, el registro civil, el matrimonio fué definido como un contrato civil, separándole de las autoridades eclesiásticas. Al mismo tiempo el gobierno encargaba la redacción de un proyecto de Código Civil al distinguido maestro Justo Sierra.

Dicho proyecto fué terminado y publicado en el año de 1861, y sirvió de base para la elaboración de dicha codificación, el proyecto de Código Civil de España de García Goyena, mismo que tomó como modelo la legislación Francesa.

Sin embargo dicho proyecto quedó sin valor legal al caer el Imperio de Maximiliano, pero una vez restaurada la República, se creó una nueva comisión, resultando de ello el primer Código Civil para el Distrito Federal y territorio de Baja California, aprobado por el Congreso el 8 de Diciembre de 1870 y que entró en vigor el Primero de Marzo de 1871.

Dicha codificación se encuentra dividida en cuatro libros:

Primer libro, trata de lo relativo a las personas.

Segundo libro, de los bienes de la propiedad y sus diferentes modificaciones.

Tercer libro, de los contratos.

Cuarto libro, de las sucesiones.

En el libro tercero, título sexto, encontramos reglamentado el contrato de garantía personal fianza civil y el artículo 1813 dice: "Fianza es la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otra, si és

ta no lo hace".

Consagra así mismo, las características de dicho contrato: es accesorio, unilateral y gratuito, consensual, tiene el mismo límite de extensión de la obligación principal, debe ser expresa, etc. Concede el beneficio de orden y excusión, lo mismo que el de división, se reglamenta la renuncia de estos derechos y otorga el derecho de subrogación al fiador por el so lo hecho del pago.

En el año de 1884 fue expedido un nuevo Código Civil, que vino a sustituir el de 1870, respecto al contrato que nos interesa, se transcribió íntegramente el concepto reglamentado en el anterior Código y únicamente varió en pequeños detalles y en general solamente incluyó como novedad el sistema de libre testamentificación en lugar de la forzada.

Este Código a su vez fué sustituido por el actual, mismo que se expidió el 3 de Agosto de 1928 y entró en vigor el Primero de Octubre de 1932, es te Código es aplicable en toda la República en materia Federal y para el Distrito Federal en materia común y de su estudio nos encargaremos con de tenimiento en el siguiente capítulo.

2.10. DERECHO RUSO.

Dentro de las leyes civiles de la República Soviética, en su artículo 236, se define la fianza como: "Por el contrato de caución el caucionador se -

obliga con el acreedor de una tercera persona a responder de la ejecución por esta última de su obligación, sea por el total o parcialmente".

Desprendemos varios elementos que hemos señalado en anteriores conceptos sobre la fianza civil, como el de ser un contrato de garantía personal, -- accesorio, unilateral.

Asimismo, se establece que "contra la voluntad del deudor no se puede establecer la caución", Así mismo, señala la legislación rusa que "la caución no puede garantizar más que una obligación lícita".

Se le da en Rusia la mayor importancia y propugnan por qué se debe salvar la libertad política y la intelectual, aunque se pierda la civil, pero no se deberá confundir la libertad con el propio derecho civil, pues aquella viene a ser parte de éste, de lo que se trata es de que se le otorga poca importancia a los viejos conceptos sobre la persona en cuanto a que es un sujeto de derechos con sus atributos de goce y ejercicio, y propugna por un desarrollo intelectual, dándole las mismas oportunidades a las personas para que se desarrollen dentro de su propia capacidad y haciendo caso omiso de su origen y fortuna y que el hombre viva y se desarrolle como un verdadero ser humano.

C A P I T U L O I I I .

ESTRUCTURA LEGAL DE LA FIANZA EN MEXICO

3.1.- FIANZA CIVIL.

La fianza es definida por el Código Civil para el Distrito y Territorios-Federales, en su artículo 2794, como el "contrato por el cual una persona se compromete a pagar por el deudor, si éste no lo hace".

Rojina Villegas define la fianza "como un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace". (10)

CLASIFICACION.

a).- Accesoriedad.

El carácter accesorio de la fianza puede decirse que es el más importante, ya que para su validez se requiere la existencia de una obligación a la cual acceda, pues si la obligación principal es inexistente, también lo será la fianza.

Al respecto, ponemos aquí las palabras del eminente civilista Marcel Planiol que dice lo siguiente: "Los contratos principales son aquellos que existen aislados y los contratos accesorios los que no pueden existir si-

(10). Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil, Contratos. Editorial Porrúa. Tomo II. Número 291, pág. 489.

no relacionados con un contrato principal. La mayor parte de los contratos son contratos principales, la fianza y la hipoteca son contratos accesorios. Esta distinción está mal aplicada a los contratos, es la obligación del fiador o el derecho real de hipoteca lo que es accesorio del crédito garantizado". (11)

El carácter accesorio de la fianza debe considerarse como su principal -- atributo en virtud de un sinnúmero de consecuencias jurídicas que se derivan del mismo pudiendo señalar como principales las siguientes:

La inexistencia de la obligación principal origina la inexistencia de la fianza, la nulidad absoluta de ésta, en cuanto a la nulidad relativa, el fiador no puede oponer excepciones que sean netamente personales del deudor.

Otra consecuencia del carácter accesorio de la fianza se presenta en cuanto a la transmisión del crédito principal, que trae consigo también la -- transferencia de los derechos accesorios (artículo 2030 del Código citado por lo que respecta a la cesión).

En los casos de subrogación legal o convencional, consecuentemente se -- transferirán al acreedor subrogado los derechos accesorios de la fianza.

(11). PLANIOL M. Tratado Elemental de Derecho Civil. Novena Edición. Paris 1923. Tomo II. Número 959, pág. 332.

En cuanto al alcance de la obligación accesoria, la fianza no puede exceder ni en valor, ni en cuantía, a la obligación principal, reduciéndose de pleno derecho el monto de ésta, si se contraviene tal disposición. Como consecuencia natural, la fianza puede amparar una cantidad menor a la deuda (artículo 2799 del mismo Código).

Respecto a la novación, se establece expresamente en el artículo 2221 que el acreedor no puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador, a efecto de que pase dicha garantía a la nueva obligación que se constituye.

Referente a la prescripción, la interrupción de la misma respecto a la deuda principal, motivará la interrupción en cuanto a la fianza (artículo 1172).

La extinción de la relación jurídica principal, motiva la extinción de la deuda según lo dispone el artículo 2842.

Por último, los beneficios de orden y excusión que la ley establece en favor del fiador, son una consecuencia también del carácter accesorio de la fianza.

b).- Unilateral y bilateral.

Los contratos son unilaterales, cuando una o varias personas se obligan hacia otras, sin que de parte de estas últimas haya compromiso, y son bi-

laterales, cuando las partes se obligan recíprocamente.

c).- Gratuita y onerosa.

Además, los contratos son gratuitos cuando una de las dos partes procura de la otra un provecho, sin recibir de ella nada en cambio y son onerosos cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

La fianza de derecho civil, es generalmente gratuita, y por lo tanto en ese caso, es también unilateral, ya que el fiador es el único que asume una obligación y no así su contra parte en el contrato.

En el caso de que la fianza onerosa, se presente posibilidad que admite nuestro Código Civil en el artículo 2795, el contrato sería bilateral o sinalagmático, es decir que los contratantes de la fianza se obligan recíprocamente.

d).- Conmutativa o Aleatoria.

Es conmutativa cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato.

Es aleatoria, cuando las prestaciones debidas dependen de un acontecimiento incierto que hace imposible la evaluación de la pérdida o la ganancia, sino hasta que ese acontecimiento se realice.

e).- Consensual.

El contrato de fianza es consensual, porque se perfecciona con el consentimiento de las partes.

f).- Es una garantía personal.

La fianza es por si misma naturaleza una garantía personal, es decir, una persona, el fiador, se obliga hacia el acreedor a pagar en lugar del deudor respondiendo con la garantía general de todos sus bienes en contraposición a las garantías reales, como son la prenda y la hipoteca.

g).- El consentimiento y el objeto en el contrato de fianza.

Como todo contrato, el de fianza necesita para su formación el consentimiento, exento de vicios, de las partes que intervienen en él o sea poner se de acuerdo sobre un objeto determinado.

En el caso de la fianza, el objeto es la garantía de la deuda ajena crear la obligación accesoria del fiador, de pagar por el deudor si éste no lo hace. Por lo tanto, el fiador debe manifestar expresamente que se compromete al pago o cumplimiento de la obligación del deudor, para el caso de que éste no lo haga.

h).- La obligación principal, presupuesto necesario.

Además, es presupuesto necesario del contrato de fianza, la existencia de la obligación principal, o posibilidad de ella. Efectivamente siendo la obligación del fiador accesoria, se requiere que haya una principal, la cual puede estar sujeta a modalidades, que afectarían también la accesoria del fiador, pero debe existir o por lo menos tener la posibilidad de su existencia.

l).- Extensión.

La fianza no se extiende más allá de la obligación principal, pero el fiador puede obligarse a menos del monto o del alcance de esa obligación. Esto es consecuencia natural del carácter accesorio de la obligación del fiador, ya que no es comprensible que éste pueda obligarse por más de lo que debe el deudor, aunque si por menos.

j).- Beneficios de que goza el fiador.

Una vez que la fianza se hace exigible, porque el deudor no dió cumplimiento a su obligación, el acreedor tiene derecho a exigir del fiador su cumplimiento, es decir el fiador deberá cumplir con su obligación accesoria de pagar por el deudor, ya que éste no lo ha hecho. Sin embargo, el fiador goza de los beneficios de orden y excusión, que en síntesis consisten en lo siguiente: el acreedor no puede obligar a pagar al fiador, sin antes haber reconvenido al deudor y haber hecho la excusión de sus bienes (beneficio de orden), el acreedor no puede trabar ejecución en los bienes del fiador, sin que previamente se aplique todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de las obligaciones (beneficio de excusión).

Por el beneficio de excusión, indica Rojina Villegas, el acreedor debe ejecutar la sentencia primero en bienes del deudor principal y sólo que éste sea insolvente, de tal suerte que la obligación no pueda cumplirse en todo o en parte, podrá ejecutar al fiador por la totalidad de la obligación en el primer caso, o por el saldo insoluto en el segundo. Este be-

beneficio de excusión, puede renunciarse, en cuyo caso no aprovechará al fiador.

El beneficio de orden consiste en que el acreedor no puede demandar al fiador sin haber demandado antes al deudor. No requiere la ley en el beneficio de orden que el acreedor obtenga sentencia condenatoria en contra del deudor, y que con fundamento en la misma demande al fiador, pues es materia del beneficio de excusión no sólo aquella existencia previa, sino además que se ejecute la sentencia dictada contra el deudor, y no existen bienes suficientes para el pago.

Hasta entonces, podrá el acreedor demandar al fiador, es decir, compelerlo judicialmente a pagar, pero si se renuncia al beneficio de excusión, y no el de orden, el acreedor podrá demandar al fiador, sólo después de haber exigido judicialmente el pago al deudor, y éste no lo hiciere.

El beneficio de orden puede renunciarse, en cuyo caso puede demandarse al mismo tiempo al deudor principal y al fiador, o inclusive, puede demandarse primero a este último.

k).- Subrogación.

"El fiador que paga, debe ser indemnizado por el deudor", dice el Código Civil, aun cuando la fianza se haya constituido contra su voluntad, sólo que en este caso, el fiador únicamente podrá cobrar lo que pagó, en cuanto ese pago hubiere beneficiado al deudor.

Por lo tanto, el fiador que paga, se subroga, por ministerio de la ley, -

en todos los derechos y acciones del acreedor, para exigir del deudor el cumplimiento de la obligación.

1).- Extinción de la fianza.

La fianza se puede extinguir de dos maneras: por consecuencia y por vía principal. Por consecuencia, la fianza se extingue cuando se extingue la obligación principal, por ejemplo, por pago o cumplimiento de la obligación por el deudor, por dación en pago, por novación del contrato principal, por remisión de deuda, por compensación, por prescripción de la obligación principal,..etc.

La fianza se extingue por la vía principal, de acuerdo con el principio asentado en el artículo 2842, por las mismas causas que las demás obligaciones. Por lo tanto, también se extingue por compensación, por liberación hecha por el acreedor al fiador, por confusión., etc.

Además son causas de extinción de la fianza la prórroga o espera que se conceda al deudor, sin consentimiento del fiador, si por causas imputables al acreedor, el fiador no puede subrogarse en sus derechos y en los casos que establecen los artículos 2848 y 2849 del Código Civil.

3.2.- FIANZA MERCANTIL.

El contrato de afianzamiento ha existido desde tiempos inmemoriales en el derecho civil. En los antecedentes del derecho mercantil lo encontramos en los rastros de la época pre-romana, como en la "Lex Rhodia de Jactu",-

y ya propiamente reglamentada en la era romana en las acciones exercitoria e institoria, y en el "receptum nautarum".

Sin embargo, como en esos tiempos no existía propiamente un derecho mercantil al lado del derecho civil, el contrato de afianzamiento llegó a -- nuestros días como un contrato netamente civil.

Por ello únicamente en materia civil se ha expuesto un concepto de lo que es fianza.

Sin embargo es de una gran trascendencia señalar, que si en el campo del derecho privado pueden coexistir la fianza civil y la fianza mercantil, -- creemos necesario, explicar aunque sea brevemente los criterios que nos -- sirven de base para distinguir entre sí a estas dos clases de garantías:

A.- FIANZA PRESTADA ENTRE PERSONAS FISICAS NO COMERCIANTES.

La fianza es civil, cuando se presta entre personas físicas no comerciantes y tienen por objeto garantizar obligaciones no mercantiles. Nuestro -- Código Civil en el artículo 2795 admite la existencia de fianzas legales -- y judiciales. Esta clasificación no afecta la naturaleza civil de la ga-- rantía, pues no dejará de tener este carácter si la misma se presta por -- persona física no comerciante y con el objeto de garantizar obligaciones -- no mercantiles.

B.- FIANZA PRESTADA POR COMERCIANTES, O PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES MER-

CANTILES.

Para explicar nuestra tesis es necesario referirnos primeramente a la noción de acto de comercio.

MANTILLA MOLINA, dice que en la infinita gama de actos jurídicos, hay algunos que siempre son mercantiles, como otros que siempre son civiles. A los primeros los denomina actos absolutamente mercantiles. Frente a estos últimos existe un gran número de actos que pudiendo no ser mercantiles adquieren este carácter si se realizan en determinadas circunstancias, a la presencia de las cuales está condicionada la adquisición del carácter comercial. Podemos llamar a estos actos, actos de mercantilidad condicionada.

También puede ser declarado comercial un acto porque está en conexión o sea accesorio de otro que por sí mismo sea mercantil.

De lo anteriormente dicho, los actos mercantiles pueden clasificarse:

- a) En actos absolutamente mercantiles.
- b) En actos de mercantilidad condicionada, subdivididos estos a su vez, - en actos principales de comercio y actos accesorios o conexos.

Los actos accesorios, afirma MANTILLA MOLINA no pueden existir, si no es en atención a otros a los cuales proceden, acompañan o siguen, no puede concebirse una prenda sin una obligación garantizada, una promesa de venta sin un contrato de compraventa que ulteriormente se celebrará. Tales son los actos accesorios, que serán mercantiles siempre que lo sea el ne-

gocio con el cual están en relación.

Algunos otros actos jurídicos pueden existir independientemente de cualquier otro acto, por ejemplo el contrato de depósito, sin embargo, esto no impide que en ocasiones su celebración esté encaminada a preparar o a facilitar la de otros actos, con los cuales resultan así conexos, y de los cuales, en su caso, toman el carácter de mercantiles.

ROCCO considera que la existencia de la relación de un acto dado, con uno de comercio, puede resultar de tres maneras:

- 1.- Por la prueba directa de la conexión.
- 2.- Porque la ley la establezca por medio de una presunción *iuris tantum*.
- 3.- Porque legalmente se cree una presunción *iuris et de iure* de tal conexión.

En el primer caso encontraremos desde luego, los actos accesorios de uno de comercio y los directamente relacionados con él, celebrados por quien no es comerciante. El Código de Comercio señala concretamente las operaciones de comisión mercantil, las operaciones de mediación en negocios mercantiles y los depósitos por causa de comercio.

La aplicación por analogía expresamente autorizada por la fracción XXIV del artículo 75, nos da base para declarar actos de comercio los que quedan dentro del concepto ya expuesto, por ejemplo: la fianza otorgada para garantizar una obligación mercantil.

En todos estos casos, el que sostenga la mercantilidad del acto debe asumir la carga de probar su conexión con un acto de comercio principal, solo ante esa prueba deberá declararse la mercantilidad.

Existe una presunción iuris tantum de conexión con otro acto de comercio, en todos los que son celebrados con intervención de un comerciante, pues la fracción XX del artículo 75, expresamente declara que las obligaciones de los comerciantes son actos mercantiles si no se prueba que derivan de una causa extraña al comercio. En este caso, la prueba recaerá sobre --- quien sustente el carácter civil del acto y deberá consistir en la demostración de que el acto, aunque celebrado por un comerciante, no lo ha sido en conexión con su comercio.

Si en las condiciones mencionadas un comerciante llega a constituirse en fiador, pero se demuestra que dicho acto no tiene conexión con su comercio, estaremos imposibilitados para atribuirle mercantilidad a la fianza, pero si tal demostración no puede realizarse, entonces el acto deberá re- futarse como mercantil.

Por último, consideramos que en los casos en que la fianza se presta entre dos comerciantes tiene siempre el carácter de mercantil, en virtud de que la fracción XXI del artículo 75 refuta como actos de comercio las --- obligaciones que surgen entre comerciantes y banqueros, si no son de natu- raleza esencialmente civil.

En conclusión, podemos afirmar que la fianza puede ser mercantil en varios

Casos:

1o. Cuando tiene por objeto garantizar obligaciones mercantiles, pues aplicando un criterio analógico permitido por la fracción XXIV del artículo 75, la mercantilidad de la fianza sería indiscutible.

2o. Cuando fuera comerciante el fiador y no se pudiera probar que la fianza otorgada no tiene conexión con su comercio (fracción XX del artículo 75 del Código de Comercio).

3o. Cuando no solo el fiador, sino también la persona que con el contrato sean comerciantes y el acto no sea de naturaleza esencialmente civil (fracción XXI del artículo 75 del Código de Comercio).

3.3.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Artículo 20.- "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

1.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los párrafos anteriores.

3.4. ESTUDIO ANALITICO DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL FRACCION I.

A.- LA PRISION PREVENTIVA.

El estudio de la libertad provisional bajo caución exige la mención de la prisión preventiva, por cuanto que la primera es tan sólo una garantía -- que se otorga para sustituir a la segunda.

La Constitución establece la prisión preventiva (art. 18) para quienes se encuentren procesados "por delito que merezca pena corporal". Al respecto, se abre un debate, que se encuentra lejos de cerrarse, entre quienes afirman que mediante la prisión preventiva, se priva de la libertad al procesado sin que medie juicio, es decir, se le sanciona para determinar si se le debe sancionar, lo cual es violatorio de la garantía de previo juicio contenida en el artículo 14 Constitucional y aquellos otros que señalan que la prisión preventiva es una medida cautelar y provisional que se justifica por la necesidad social de preservar el proceso penal y de asegurar la ejecución de la pena. Y si la sociedad tiene el derecho inalienable de perseguir a los responsables de un delito y de adoptar las medidas que juzgue conveniente que para propia conservación, el individuo, que es parte integrante de la misma sociedad, debe gozar de la protección de las leyes, principalmente en los actos que afecten a su libertad personal.

Existe una colisión de intereses tan respetables que las leyes no pueden dejar pasar inadvertidos: el interés de la sociedad que persigue al delincuente de acuerdo con las normas procesales, y el interés del inculpa-do, que como sujeto procesal merece disfrutar de las garantías que la propia ley le otorga.

En el encuentro de estos intereses por la búsqueda de la conciliación es donde surgen las más delicadas polémicas cuestiones, porque no es posible delimitar hasta donde llega el interés de la sociedad sin que se vulnere el interés del individuo.

La regla general consagrada en todo proceso para el otorgamiento de la libertad provisional es la obligación impuesta al inculpado de no sus--traerse a la acción de la justicia y de atender a todas las órdenes de comparecencia emanadas de los tribunales, ello justifica que la ley imponga al inculpado el cumplimiento de determinadas condiciones para que pueda disfrutar de libertad provisional, siendo la principal la que se refiere al otorgamiento de la caución, como medida para asegurar la permanencia del inculpado en el lugar del proceso.

RAUL ZAFFARONI nos indica que la prisión preventiva o provisional, que debiera ser la excepción en el sistema procesal, es casi la regla en los Códigos Latinoamericanos y por ende, la libertad bajo caución se erige en una institución cuya regulación es de fundamental importancia.

A este respecto los datos fácticos Latinoamericanos son sumamente alarmantes: la investigación que sobre este tema ha realizado la ONU en el área muestra que el 68.47% de los presos Latinoamericanos son reos que cumplen pena. Esto revela la penosa inversión del proceso Latinoamericano, que hace incidir el eje principal de la actividad juzgadora en la --instrucción, lo que en la práctica distorciona totalmente el proceso penal, haciendo que el juicio provisorio del organismo instructor, depen--diente del poder ejecutivo, haga cesar el principio de inocencia e imponga la verdadera pena, haciendo que el juicio provisorio del organismo --instructor, haga cesar el principio e imponga la verdadera pena. Por lo expuesto resulta fundado recomendar que el procesamiento de una -

persona sólo por excepción, fundada en la finalidad del proceso, pueda acarrear la prisión preventiva de la misma, y que ésta no pueda prolongarse más allá de los límites temporales que la Constitución fija para que se juzgue al procesado.

En el Derecho Mexicano el artículo 20 Constitucional en sus fracciones I, VIII y X, contiene normas que limitan la duración de la prisión preventiva, o bien la sustituyen por una garantía patrimonial que permite la libertad del procesado.

La fracción VIII dispone que el procesado será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena máxima excediera de ese tiempo.

Por su parte la fracción X dispone que en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo, agrega que tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso, y concluye que en toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención.

B.- LIBERTAD CAUCIONAL.

Bajo el nombre de libertad provisional o libertad bajo caución, se conoce en el procedimiento penal "a la libertad con carácter temporal que se con

cede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, pre via la satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la ley". (12)

La libertad provisional en el Derecho Público Mexicano es una garantía -- que consagra la Constitución Política de la República y, por lo tanto no- es renunciable. El juez está obligado a concederla.

La Constitución de 5 de febrero de 1857 no se ocupó de reglamentarla. Es- tableció que es procedente la prisión preventiva por delitos que merezcan pena corporal, para que en cualquier estado del proceso en que aparezca - que el acusado no se le puede imponer tal pena, se le pondrá en libertad- bajo fianza.

El Código de 1884 comprende en un solo capítulo, la libertad provisional- y la libertad bajo caución. La primera es procedente en cualquier estado- del proceso en que se hubieran desvanecido los fundamentos que sirvieron para decretar la detención o la prisión preventiva. Constituyó lo que hoy conocemos con el nombre de libertad por desvanecimiento de datos en una - mezcla confusa con la llamada libertad potestatoria.

La libertad bajo caución se otorgaba en los casos en que la pena corres- pondiente a determinado delito no excediese de cinco años de prisión, pero antes de concederla debía oírse la opinión del Ministerio Público, y siempre

(12). González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Octava Edición, pág. 298.

pre que el beneficiario comprobase tener domicilio fijo y conocido, que poseyese bienes o ejerciese alguna profesión u oficio, y que, a juicio -- del juez, no existiese temor de que se sustraje a la acción de la justicia.

En la Ley Procesal de 1894 se amplió hasta siete años la concesión de libertad provisional, y se dispuso que al revocarse dicha libertad por des~~a~~to del beneficiario en cumplir las condiciones señaladas en la ley para que se le concediese, no tenía derecho a disfrutar del beneficio ni en la misma causa ni en otra.

El Constituyente de 1917, para evitar que se quebrantase esta suprema conquista del derecho, elevó al rango de garantía constitucional el derecho de todo inculcado para obtener su libertad provisional sin más requisitos que el otorgamiento de una caución por la suma de \$250.000.00 y siempre - que el delito imputado al solicitante no mereciese una pena mayor de cinco años y sin esperar a que el inculcado rindiese su declaración preparatoria.

Estableceremos en seguida una visión de conjunto respecto a las condiciones señaladas en algunos países extranjeros, para el otorgamiento de la Libertad Provisional.

I.- ALEMANIA. La libertad provisional en Alemania está sujeta a la condi-

ción de la garantía pecuniaria. También puede concederse sin este requisito. Sin embargo, podrá ser revocable en cualquier momento, si se prueba que el beneficiario trata de fugarse, si no comparece al ser citado, sin motivo que lo justifique, o aparecen en el curso del proceso nuevas circunstancias que ameriten la detención. El fiador que hubiese prestado caución para garantizar la libertad del inculpado, puede exonerarse de la obligación contraída siempre que lo presente ante el tribunal que lo requiera.

2.- AUSTRIA. Antes del predominio del Nacionalismo en Austria era procedente la libertad caucional como un derecho para el inculpado o una simple facultad para el Juez, si la pena corporal no excedía de cinco años de prisión, pero correspondía a la Cámara de Consejo fijar el monto de la fianza. Si la penalidad excedía de cinco años, solo el tribunal de Segunda Instancia podía conceder la libertad. Quedan excluidas las personas acusadas de crímenes en que la penalidad excediera de diez años.

3.- CHECOSLOVAQUIA. La libertad provisional constituye la regla en todo proceso, y sólo excepcionalmente puede decretarse la prisión preventiva en casos de extrema gravedad, o cuando el inculpado carece de domicilio fijo. Los órganos facultados para otorgarla son el Juez instructor o el Procurador General de la República. En el caso de desacuerdo corresponde a la Cámara de Acusación.

4.- ESPAÑA. La ley de Enjuiciamiento Criminal de lo. de Septiembre de ---

1882, consagra como una facultad para el Juez conceder la libertad provisional, cuando el procesado lo fuere por delito que tuviese señalada pena inferior a la prisión correccional, si por sus antecedentes o circunstancias personales no existe presunción lógica de que desobedecerá las citas de comparecencia. El Juez puede decretar dicha libertad con o sin garantía. El auto que conceda la libertad provisional debe hacerse del conocimiento del Ministerio Público, del ofendido por el delito y del procesado, quedando al arbitrio del Juez fijar la cantidad y la calidad de la fianza.

5.- ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. Las leyes que rigen en materia de libertad provisional en los Estados Unidos de Norteamérica son de tan amplia liberalidad para los delitos leves, que ni siquiera requieren que el interesado en obtenerla constituya garantía pecuniaria. El inculcado de un delito queda libre con cita de comparecencia en una restricción mínima de su libertad, pero es suficiente que no atienda sin motivo que lo justifique el mandamiento de comparecencia, para que se imponga la detención preventiva por la burla que comete a la justicia.

6.- FRANCIA. En Francia la libertad provisional puede concederse con o sin causión. El Código de Instrucción Criminal y las Leyes de 4 de Abril de 1855 y de 14 de Julio de 1865, así como otras modificaciones introducidas con posterioridad, amplían la libertad causal, cualquiera que sea la naturaleza de la infracción, pero cuando se trata de un crimen grave, el inculcado debe ser detenido desde el momento en que se ordena el envío

del expediente a la Corte de Assises. La libertad causal subsiste como una garantía, con la obligación para el inculpado de presentarse a todos los actos del juicio, y para el fiador que hubiese otorgado fianza, para presentar al inculpado cuantas veces sea requerido. La libertad provisional es revocable en los casos en que el inculpado se niega a comparecer al tribunal, cuando se pronuncia la sentencia de reenvío, cuando nuevas circunstancias hagan necesaria la detención, y cuando se dicte un fallo por defecto.

7.- INGLATERRA. Consagra en su legislación el derecho de libertad provisional en la forma más amplia posible. Sólo se limita tratándose de delitos muy graves, y se deja al criterio del Juez de Paz o al Oficial de Policía, determinar si la persona debe quedar detenida, por temerse que se fugue, o si, por el carácter profundamente odioso del crimen cometido, el solicitante es indigno de obtenerla o bien porque el delito sea de tal naturaleza grave que provoque la repugnancia social para el delincuente. En los demás casos la libertad provisional debe concederse de oficio. Si la caución resulta elevada, puede impugnarse su monto ante la Corte Superior o en la última instancia, mediante el procedimiento del Habeas Corpus.

8.- ITALIA. La libertad provisional en Italia se concede en forma amplia para todos los crímenes o delitos que estén sancionados con pena corporal. Sin embargo, los Jueces están facultados para negarla a aquellas personas que carecen de ocupación lícita, a los vagos y mendigos y a cualquier persona sospechosa, gozando de atribuciones discrecionales para decretar o -

no la prisión preventiva.

Consecuentes con el principio de defensa social la libertad provisional - debe negarse atendiendo a las circunstancias de profesionalidad y habitudinalidad en el delito como determinantes para mantener la prisión preventiva.

9.- SUIZA. En la Confederación Helvética, la libertad provisional data de la ley expedida en el año de 1850 y se concede siempre que el solicitante no hubiese sufrido ante alguna condena. En todo caso el Juez está facultado para concederla o negarla.

C.- DETERMINACION DEL TERMINO MEDIO ARITMETICO DE LA PENA.

Calcular el término medio aritmético de la pena, conforme al cual procederá o no la libertad, es, normalmente, una labor simple: Se suman la penamínima y la máxima fijadas por el Código Penal para un delito determinado y el total se divide entre dos. A continuación, no hay más que hacerse el reconocimiento siguiente: si el resultado de las operaciones descritas es de cinco años o menos, procede la libertad causal, si es mayor de cinco años no procede. No obstante, algunos casos presentan dificultades especiales que deben señalarse. Tales son los casos de delitos acompañados de modalidades, el concurso y la libertad en segunda instancia.

D.- CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL ACUSADO Y GRAVEDAD DEL DELITO.

El Juez debe tener en cuenta las circunstancias personales del solicitante y la gravedad del delito que se le impute, por que no es posible esta-

blecer reglas obsoletas, y aún en los casos de libertad provisional, debe razonarse por que se fija una caución elevada. Por supuesto que el Juez no debe atender solamente a los antecedentes del inculcado, sino al conjunto de circunstancias que está obligado a tomar en consideración, - por que si el monto es considerable, solo los que poseen bienes suficientes gozarán de la libertad provisional. En tanto que para los pobres será ilusoria, resultando una evidente desigualdad. Por eso la Ley concede al buen juicio del Juez, y a su propia responsabilidad, determinar la -- caución que debe otorgarse, sin perder de vista los antecedentes del inculcado, la gravedad y circunstancias del delito o de los delitos cometidos, el mayor o menor interés que pueda tener en sustraerse a la acción de la justicia, sus condiciones económicas, y la naturaleza de la garantía que ofrezca.

La tarea del Juez es armonizar, las condiciones señaladas para su otorgamiento, para no hacer ilusoria lo que es una garantía para el ciudadano, - al imponer una caución elevada que no esté al alcance de las condiciones económicas del solicitante, como tampoco admitir una caución irrisoria en delitos graves porque entonces sería fácil para el inculcado sacrificar - la suma depositada y ponerse en fuga, impidiendo que el procedimiento penal siga su curso.

E.- CONSIDERACION DE LAS MODALIDADES DEL DELITO.

El artículo citado señala que el juzgador deberá tomar en cuenta las cir-

cunstancias personales del acusado y la gravedad del delito que se le impute, "siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético, no sea mayor de cinco años de prisión".

Esta redacción es muy importante porque las modalidades del delito se -- configuran por las circunstancias específicas de su comisión que puedan dar lugar a un aumento o disminución de la pena.

Algunos autores como Marcos Castillejos Escobar distinguen entre modalidades y calificativas. Se considera a las primeras "los diversos modos o formas de descripción de un delito" y a las segundas, circunstancias que se agregan al delito y hacen que la sanción aumente. Las calificativas, resultan entonces equivalentes a las circunstancias agravantes. De ahí -- que el término modalidad deba entenderse en un sentido amplio que abarque tanto a las circunstancias atenuantes cuanto a las agravantes.

Cabe mencionar que este punto de vista ya ha sido adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y debe destacarse que en él se busca tanto tutela al interés social, como al imputado.

Por otro lado, al introducirse el concepto de modalidades del delito también se beneficia a los imputados, cuyo hecho o conducta está atenuada -- por alguna de las circunstancias de tal naturaleza. Tal como sucede en -- las hipótesis de riña o exceso en legítima defensa.

Queda claro que por modalidades se entienden los aspectos concretos que pueden constituir atenuantes o agravantes en la ejecución de la conducta.

F.- ADECUACION DE LA CUANTIA DE LAS CAUCIONES A LA SITUACION ECONOMICA --
ACTUAL.

En este sentido se propuso elevar el monto máximo de la caución al equivalente a dos años de salario mínimo vigente en el lugar en que se comete el delito. Esta norma general permite no sólo actualizar las cantidades máximas de caución, sino mantenerlas permanentemente vinculadas a un indicador económico como es el salario mínimo, que dada la dinámica económica de los tiempos presentes, parece la manera más adecuada para evitar que la norma constitucional se aleje de la realidad imperante.

G.- AMPLIACION DE LAS FACULTADES JURISDICCIONALES DISCRECIONALES.

El texto del multicitado ordenamiento, tiende a dar al Juez un mayor margen de decisión en materia de libertad caucional, primeramente al permitirle tomar en cuenta las modalidades de la comisión del delito de manera que no quede atada al tipo básico. Por otro lado, se abre también la posibilidad de que el Juez, tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso, tanto por lo que toca al hecho mismo, como a las condiciones específicas del autor o de la víctima, puede, en determinados supuestos, -- elevar el monto de la caución hasta el doble de la norma general señalada, respondiendo así al clamor social, existente en cuanto a la necesidad de evitar el facilitamiento de liberaciones a individuos que constituyen un-

peligro colectivo.

3.4.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Título Quinto.- Incidentes.

Segunda Sección.- Incidentes de Libertad.

Capítulo III.- Libertad Provisional bajo caución.

Artículo 556.- Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados en el siguiente párrafo de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- I.- Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño,
- II.- Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social,
- III.- Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y
- IV.- Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber muestra-

peligro colectivo.

3.4.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Título Quinto.- Incidentes.

Segunda Sección.- Incidentes de Libertad.

Capítulo III.- Libertad Provisional bajo caución.

Artículo 556.- Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados en el siguiente párrafo de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

I.- Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño,

II.- Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social,

III.- Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

IV.- Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostra-

do habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente - que evadirían la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: 60, 139, 140, 168, 170, 265, 266, 266 bis, 287, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326 y 372, 381 fracciones VIII, IX y X y 381 bis.

Artículo 557.- La libertad bajo caución podrá pedirse en cualquier tiempo por el acusado, por su defensor o por el legítimo representante de aquel.

Artículo 559.- En caso de que se niegue la libertad caucional, puede solicitarse de nuevo y ser concedida, por causas supervenientes.

Artículo 560.- El monto de la caución se fijará por el juez, quien tomará en consideración:

- I. Los antecedentes del inculpado,
- II. La gravedad y circunstancias del delito o de los delitos imputados,
- III. El mayor o menor interés que pueda tener el acusado en substraerse a la acción de la justicia.
- IV. La naturaleza de la garantía que se ofrezca.

Cuando el delito represente un beneficio económico para su autor, o cause

a la víctima un daño patrimonial, la garantía será necesariamente, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño y perjuicio causado y quedará sujeta a la reparación del daño y perjuicio que, en su caso, se resuelva.

Artículo 561.- La naturaleza de la caución quedará a la elección del acusado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige para los efectos de la fracción V del artículo anterior. En caso de que el reo, su representante o su defensor no hagan la manifestación mencionada, el juez o tribunal, de acuerdo con el artículo que antecede, fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de la caución.

Artículo 562.- La caución podrá consistir:

III. En fianza personal bastante, que podrá constituirse en el expediente.

Artículo 565.- El fiador propuesto, salvo cuando se trate de las mencionadas empresas afianzadoras, deberá declarar ante el juez o tribunal correspondiente, bajo protesta de decir verdad, acerca de las fianzas judiciales que con anterioridad haya otorgado, así como de la cuantía y circunstancias de las mismas, para que esa declaración se tome en cuenta al calificar su solvencia.

Artículo 566.- En el Tribunal Superior respectivo se llevará un índice en que se anotarán las fianzas otorgadas ante el mismo o ante los juzgados -

de su jurisdicción, a cuyo efecto, éstos, en el término de tres días, deberán comunicarle las que hayan aceptado, así como la cancelación de las mismas, en su caso, para que también esto se anote en el índice. Cuando lo estimen necesario, los jueces solicitarán del Tribunal Superior datos del índice para calificar la solvencia de un fiador.

Artículo 567.- Al notificarse al reo el auto que le concede la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones: presentarse ante su juez cuantas veces sea citado o requerido para ello - comunicar al mismo los cambios de domicilio que tuviere, y presentarse ante el juzgado o tribunal que conozca de su causa el día que se le señale de cada semana. En la notificación se hará constar que se hicieron saber al acusado las anteriores obligaciones, pero la omisión de este requisito no libra de ellas ni de sus consecuencias al acusado.

Artículo 568.- Cuando el reo por sí mismo haya garantizado su libertad por depósito o por hipoteca, aquélla se le revocará en los casos siguientes:

I. Cuando el acusado desobedeciere, sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del juez o tribunal que conozca de su proceso;

II. Cuando cometiere antes de que en la causa en que se le concedió la libertad esté concluida por sentencia ejecutoria, un nuevo delito que merezca pena corporal,

III. Cuando amenazare a la parte ofendida o algún testigo de los que hayan

depuesto o tengan que deponer en su causa, o tratarse de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, al juez, al agente del Ministerio Público o al secretario del juzgado o tribunal que conozca su causa,

IV. Cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente a su juez,

V. Cuando en el curso de la instrucción, apareciere que el delito o los delitos imputados tienen señalada pena corporal cuyo término máximo sea superior a cinco años de prisión,

VI. Cuando en su proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia,

VII. Cuando el acusado no cumpla con alguna de las obligaciones a que se refiere el artículo 567 de este código, y

VIII. Cuando el juez o tribunal abriguen temor fundado de que se fugue u oculte el inculpado.

Artículo 569.- Cuando un tercero haya garantizado la libertad del acusado por medio de depósito en efectivo, de fianza personal o de hipoteca, aquélla se revocará:

I. En los casos que se mencionan en el artículo anterior,

II. Cuando aquél pida que se le releve de la obligación y presente al reo,

III. Cuando con posterioridad se demuestre la insolvencia del fiador, y

IV. En los casos del artículo 573 de este código.

Artículo 570.- En los casos de las fracciones I, II, y VII del artículo - 568, se mandará reaprehender al reo y la caución se hará efectiva, a cuyo efecto el juez o tribunal enviará el certificado de depósito o el testimonio de la hipoteca a la autoridad administrativa local, para su cobro.

Artículo 571.- En los casos de las fracciones V, VI y VIII del 568, y III del artículo 569, de este código, se ordenará la reaprehención del acusado. En los de las fracciones IV del artículo 568 y II del 569, se remitirá al acusado al establecimiento que corresponda.

Artículo 572.- El juez o tribunal ordenará la devolución del depósito o - mandará a cancelar la garantía:

I. Cuando, de acuerdo con el artículo anterior remita al acusado al establecimiento correspondiente,

II. En los casos de las fracciones V, VI y VIII del artículo 568 y III del 569 de este código, cuando se haya obtenido la reaprehención del acusado,

III. Cuando éste sea absuelto,

IV. Cuando resulte condenado el mismo y se presente a cumplir su condena, y

V. Cuando se dicte auto de libertad o de extinción de la responsabilidad penal.

Artículo 573.- Cuando un tercero haya constituido depósito, fianza o hipoteca, para garantizar la libertad de un reo, las órdenes para que comparezca éste se entenderán con aquél. Si no pudiere desde luego presentar al reo, el juez podrá otorgarle un plazo hasta de quince días para que lo haga, sin perjuicio de librar orden de aprehensión si lo estimare oportuno. Si concluido el plazo concedido al fiador no se obtiene la comparecencia del acusado, se hará efectiva la garantía, en los términos del artículo - 570 de este código, y se ordenará la reaprehensión del reo.

Artículo 574.- En los casos de revocación de libertad caucional, se deberá oír previamente al Ministerio Público.

5.- LEY DE LA DEFENSORIA DE OFICIO DEL FUERO COMUN DEL DISTRITO FEDERAL.

Artículo lo.- Las disposiciones de este ordenamiento son de orden público e interés social, y tienen por objeto:

I. Regular la institución de Defensoría de Oficio del Fuero Común en el - Distrito Federal, la cual tendrá como fin el de proporcionar obligatoria y gratuitamente, los servicios de asesoría, patrocinio o defensa en materia penal, civil familiar y del arrendamiento inmobiliario,

II. Establecer las bases para la organización de la Defensoría de Oficio-

del Fuero Común en el Distrito Federal,

III. Determinar las funciones, obligaciones y responsabilidades de los defensores de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal y de los peritos y trabajadores sociales de la institución, y

IV. Fijar las normas requisitos y condiciones para la selección, ingreso, adscripción, capacitación y excusa de los defensores de oficio del Fuero-Común en el Distrito Federal.

Artículo 2.- En asuntos del orden penal, la defensa será proporcionada al acusado en los términos que dispone el artículo 20, fracción IX de la Constitución General de la República.

Artículo 8.-Por Defensor de Oficio se entiende al servidor público que posea tal asignación, y que tiene a su cargo la asistencia jurídica de aquellas personas que no tienen una defensa legal particular, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1o., fracción I y 2o. de esta ley.

Artículo 16.- Los Defensores de Oficio tendrán las siguientes obligaciones:

II.-En asuntos de naturaleza penal, prestar el servicio de defensa a las personas que lo soliciten o cuando sea ordenado por designación judicial.

Artículo 19.- Los Defensores de Oficio en el área de Juzgados de Paz en Materia Penal, se ubicarán físicamente en el local que el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal determine para los juzgados de Paz, en las diferentes zonas del Distrito Federal, realizando las siguientes funciones prioritarias:

II. Estar presente en la toma de declaración preparatoria del inculcado, haciéndole saber sus derechos:

IX. Las demás que coadyuven a realizar una defensa conforme a derecho que propicie la impartición de justicia pronta y expedita.

Artículo 20.- Los Defensores de Oficio en el área de Juzgados de Primera-Instancia en Materia Penal, se ubicarán físicamente en los locales que el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal señale para el establecimiento de dichos Juzgados, realizando las funciones que el artículo 19- de este ordenamiento determina.

Artículo 21.- Los Defensores de Oficio en el área de las Salas Penales -- del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal se ubicarán físicamente en los locales que el propio Tribunal asigne para el establecimiento de las citadas Salas, realizando las siguientes funciones prioritarias:

V. Realizar los trámites conducentes a fin de obtener la libertad provisional de los internos,

Artículo 24.- Los trabajadores sociales de la Defensoría de Oficio, se -- ubicarán físicamente en el local de la Jefatura de Oficina de los Defensores de Oficio en los diversos reclusorios del Distrito Federal, realizando las siguientes funciones prioritarias:

I. Tramitar la fianza para la obtención de la libertad provisional.

Artículo 36.- Los Defensores de Oficio adscritos a Juzgados de Primera -- Instancia en Materia Penal y Salas Penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, practicarán semanalmente una visita al reclusorio de su adscripción, a efecto de comunicar a sus defensos la secuela -- del proceso, los requisitos para obtener su libertad caucional obajo fianza, la conveniencia de demostrar sus buenos antecedentes y recabar los datos que sirvan de descargo a la defensa.

3.6.- REGLAMENTO DE LA LEY DE LA DEFENSORIA DE OFICIO DEL FUERO COMUN EN-
EL DISTRITO FEDERAL.

Artículo 8.- El estudio socioeconómico a que se refiere el artículo 2o. - de la ley, tiene por objeto determinar que el solicitante del servicio de defensoría de oficio carece de recursos económicos para retribuir a un de fensor particular.

Artículo 10.- Con base en un estudio socioeconómico, el trabajador social emitirá un dictamen a efecto de que el director determine sobre la procedencia de proporcionar el servicio solicitado.

Artículo 11.- Para la elaboración del estudio socioeconómico a que se refiere el artículo 8o. de este reglamento, el trabajador social deberá:

I. Entrevistarse con el solicitante del servicio, y

II. Practicar una visita domiciliaria para corroborar la situación social y económica del solicitante.

Capítulo IV.- De las fianzas de interés social.

Artículo 36.- En los casos procedentes, la Defensoría de Oficio en materia penal gestionará fianzas de interés social, a fin de obtener la libertad - de los internos.

Artículo 37.- Para la tramitación de interés social deberán cubrirse los siguientes requisitos:

- I. Que el interno haya nombrado defensor de oficio del fuero común,
- II. Que sea de escasos recursos económicos,
- III. Que sea primodelincuente,
- IV. Que el monto de la fianza se garantice con bienes muebles o inmuebles propiedad del coobligado, y
- V. Que los datos relacionados con la causa sean ratificados por el defensor de oficio adscrito al juzgado correspondiente.

Artículo 38.- En todos los casos, el trabajador social verificará la existencia de los bienes dados en garantía mediante visita domiciliaria correspondiente, y si el interno tiene antecedentes penales.

Artículo 39.- Obtenida la póliza de fianza, el trabajador social la remitirá al defensor de oficio para que éste la exhiba ante el juzgado respectivo.

CAPITULO IV LAS COMPAÑIAS DE FIANZA.

4.1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

La noticia que se tiene del primer intento de fianza otorgada por una empresa o compañía, tuvo lugar en la Ciudad de Londres por el año de 1720, - pues en esa época apareció un anuncio en el "London Post", en que se ofrecían a la venta acciones para la constitución de una corporación que pudiera garantizar, a los que formaron parte de ella de los perjuicios sufridos por el robo de su servidumbre. Contaba dicho anuncio que no obstante la buena legislación que existía en lo relativo a las sanciones -- aplicadas a los trabajadores domésticos que se apoderaban de los bienes - de sus patrones, los robos eran frecuentes y se veía mermado el patrimonio de los mismos.

No fué sino hasta 1840 cuando un grupo de hombres de negocios en la Ciudad de Londres constituyó la primera Compañía para otorgar fianzas de fidelidad, a la que se denominó "Sociedad de Garantías de Londres", no obstante la novedad no fué aceptada en general, pues se dijo que si se garantizaba el patrimonio del patrón contra los robos de sus criados, éstos, por el - hecho de estar afianzados no adquirirán su "solvenca moral". Pronto se dieron cuenta de que tal afirmación era errónea y esto quedó demostrado - por el gran desarrollo e incremento que adquirieron las Compañías de Fianzas de Londres en esa época.

El establecimiento de estas Compañías trascendió a América y es en el año de 1853 cuando en los Estados Unidos de Norteamérica la actividad de las Fianzas tiene su primera expresión.

El afianzamiento corporativo fue lento en su desarrollo porque al principio se encontró difícil sustituir al fiador personal, locamente conocido, por una sociedad impersonal. Sin embargo, la renuncia lógica que tiene to do individuo a garantizar gratuitamente el cumplimiento de obligaciones - en las que no se tiene un interés inmediato, favoreció el desenvolvimiento de las sociedades, cuando aquel que necesitaba un fiador, en lugar de pedir un favor a un amigo o pariente mediante el pago de una remuneración obtenía la garantía de una compañía.

Los contratos de garantía otorgados por sociedades, fueron considerados - al lado de los contratos de seguro en general y aun ahora en la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica se les equipara a estos últimos. La jurisprudencia norteamericana ha establecido que por la similitud de métodos y operaciones, y debido a los propósitos de control legislativo, las compañías de fianzas han sido clasificadas como compañías de seguros.

Al respecto consideramos que nuestro sistema legal es más adelantado ya - que existe una división fundamental entre la fianza y el seguro. Por virtud del seguro, la compañía aseguradora adquiere una obligación directa - de indemnizar al asegurado en caso de que ocurra una contingencia desfavorable, incluida en la cláusula de peligros de la póliza. En cambio, el -

contrato de fianza es accesorio, el fiador no es responsable hasta después de la falta del principal en la realización de una obligación específica. Esta falta puede ser ocasionada por deshonestidad, incompetencia o carencia de recursos.

4.2.- EVOLUCION DE LAS COMPAÑIAS DE FIANZAS EN MEXICO.

El primer antecedente que tenemos de la Fianza de Empresa en nuestro país, lo encontramos en el decreto del 3 de Junio de 1895 mediante el cual se autorizó el Poder Ejecutivo, para que otorgara concesiones a compañías nacionales o extranjeras, que se constituyeran legalmente con el fin de otorgar cauciones a funcionarios, empleados dependientes y en general a toda clase de personas que tuvieran alguna responsabilidad pecuniaria, por la dirección, administración, conservación o depósitos de interés público o privado en favor del Gobierno Federal, de los Gobiernos de los Estados, Distrito Federal y Territorios, de las Municipalidades, corporaciones, -- compañías o individuos de la República.

El primer contrato concesión, que se celebró con base en el decreto anterior, fué celebrado el 19 de Junio de 1895, mediante el cual la Secretaría de Hacienda autorizó a la "American Surety Co." de Nueva York, para establecer en México, una sucursal que tuviera por objeto expedir fianzas de fidelidad, que garantizaran las responsabilidades de los funcionarios y empleados públicos de la Federación, del Distrito Federal y de los Terri

torios.

El 24 de Mayo de 1910, se publicó la Primera Ley sobre Compañías de Fianzas, en la cual establecieron reglas a las que debían sujetarse las compañías de fianzas que se establecieron legalmente en el país.

En el Decreto del 24 de Junio de 1910, publicado en la misma fecha en el Diario Oficial de la Federación, se fijaron ciertas disposiciones reglamentaria, a las que se debían sujetar las Compañías de Fianzas, en realidad se expedía una verdadera ley de fianzas de fidelidad, más aún, se reglamentaba un contrato de derecho privado que por su naturaleza mercantil, no correspondía a la Secretaría de Hacienda, sino a la entonces llamada - de Industria, Comercio y Trabajo. En suma, la Secretaría de Hacienda legislaba para toda la República en materia mercantil.

La Ley sobre Compañías de Fianzas de 11 de Marzo de 1925, fué expedida en uso de las facultades extraordinarias por el entonces Presidente de México General PLUTARCO ELIAS CALLES y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de Abril de 1925.

Declaraba que las compañías de fianzas serían consideradas como instituciones de crédito y se les aplicarían consiguientemente las disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 24 de diciembre de 1924.

La Ley de 1925 procuró establecer un régimen administrativo y de control de las compañías de fianzas, que sería aplicable en primer término y su-pletorio de él, sería la Ley de Instituciones de Crédito antes mencionada. Uno de los principales requisitos que debía ser llenado por las compañías de fianzas, a fin de obtener la autorización correspondiente para operar, era el de la previa constitución de un depósito en la Tesorería General - de la Nación o en la Comisión Monetaria a favor de la misma Tesorería, de pósito cuyo monto iría en relación con los diversos tipos de fianza que - fueran a expedir.

El 31 de agosto de 1926, se expidió la Ley General de Instituciones de -- Crédito y Establecimientos Bancarios, dentro de la cual se consolidaron - todas las leyes diversas en materia bancaria, quedando una sola ley con - diversos capítulos, uno de los cuales quedó constituido por la ley de 11- de marzo de 1925, cuyo articulado fue incorporado íntegramente a la nueva ley reproduciendo en forma literal el artículo 27 que pasó a ser el 247.- Respecto a este artículo 247, hay que hacer referencia al decreto de 28 - de diciembre de 1933, que lo modifica y adiciona, pero conservando en uno de sus párrafos, lo esencial del primitivo artículo 27 de la Ley de Compañía de Fianzas de 1925.

La ley de 1942 se caracterizó en la consideración respecto a la fianza - de empresa como contrato mercantil, típico o nominado, señalando sus elementos esenciales a fin de distinguirlo de todos los demás contratos, co-

mo son: A) la prestación del fiador, B) la prima o contraprestación del -
estipulante y C) la empresa con el presupuesto de la autorización estatal.
Determinó asimismo, que la acción para exigir al fiador el cumplimiento -
de su obligación, correspondía únicamente al beneficiario de la fianza, -
el que en la mayoría de los casos, es un tercero ajeno al contrato.
Estableció a su vez, un procedimiento simplificado para el ejercicio de -
la acción directa, que como tercera beneficiaria tiene la hacienda públi-
ca, en las fianzas expedidas ante ella, contra la compañía fiadora.

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950, no cambió lo estable-
cido por la ley anterior, sino que por el contrario, conservó los elemen-
tos del contrato ya determinados por aquélla.

De su articulado se desprende claramente el carácter mercantil que da a -
la fianza de empresa. El elemento empresa que obliga a la institución fia
dora a adoptar una organización económica y a obtener la previa autoriza-
ción estatal, caracterizando también la prestación del fiador, como la ga
rantía de la deuda ajena y la contraprestación del estipulante, al hablar
de la prima, puesto que se trata de la fianza onerosa.

En su artículo 95, en la redacción original, establecía también en las --
fianzas a favor de la hacienda pública, acción directa de ésta, como ter-
cero beneficiario, en contra de la fiadora.

Con fecha 29 de diciembre de 1956, se reformaron diversos artículos de la
ley, como la que el monto de sus responsabilidades no se excediera del 11

mite fijado, modificando la inversión del capital y de las reservas. Siendo reglamentado el artículo que fijaba las bases para calcular el límite de responsabilidades asumidas por las instituciones de fianzas por la expedición de éstas.

4.3.- NATURALEZA JURIDICA DE LAS COMPAÑIAS DE FIANZAS.

Desde el punto de vista del derecho positivo, encontramos que estas Compañías son mercantiles por declaración expresa del legislador que las incluyó dentro de esta clasificación. En efecto, encontramos que el artículo - 3o. fracción II del Código de Comercio expone "que se refutan en derecho-comerciantes, las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles", y el artículo 4o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles expone que "se refutarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1o. de esta Ley, - fracción V- Sociedades Anónimas.

Las Compañías de Fianzas tienen en realidad una función de intermediación en el cambio entre productores y consumidores. Este se opera cuando distribuyen o intercambian las desconfianzas por la confianza, mediante una retribución. En efecto, estas Compañías cuando de una manera habitual y - con ánimo de especular realizan en especial contratos de fianzas, no hacen sino ser intermediarios entre la desconfianza creada por la posibilidad de experimentar un peligro, de sufrir una pérdida por la confianza de que este peligro no llegue a realizarse al contar las empresas con la solvencia necesaria.

El punto de partida es claro. Toda fianza de empresa es mercantil: "Las fianzas y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan,... excepción hecha de la garantía hipotecaria (art.20. LFIF).

4.4.- ELEMENTOS DE LA FIANZA.

a) La institución afianzadora, papel que sólo puede ser desempeñado por una sociedad anónima mexicana, provista de autorización otorgada al efecto por la SHCP (art.5o. LFIF).

b) El tomador o contratante, en la ley llamado solicitante, que puede ser lo cualquier persona física o moral, y, por supuesto, el propio fiado -- (arts. 96, 97, etcétera).

c) El fiado o deudor principal, que es la persona física o moral respecto de cuya obligación se otorga la fianza y que, puede protagonizar también el papel de tomador o contratante (art.96),

ch) El beneficiario, carácter que corresponde también a cualquier persona física o moral, como acreedora de la obligación principal (art. 93),

d) Como elemento material u objetivo, la póliza es el documento en el que necesariamente se consignan los derechos y obligaciones de la empresa -- afianzadora, así como los derechos y deberes del beneficiario, es, en -- otras palabras, la manifestación escrita del contrato de fianza.

4.5.- OBLIGACIONES DE LA COMPAÑIA FIADORA.

Los compromisos fundamentales de la empresa afianzadora son dos: expedir-

la póliza y, en su momento, pagar la suma afianzada.

a) La póliza de fianza, en cuanto forzosa expresión documental del contrato, debe ser extendida por dicha empresa mediante empleo de un texto y modelo aprobados por la CNBS, con inclusión del dato relativo a su margen - de operación y de las estipulaciones específicas (arts. 85 y 117).

b) Por cuanto a la obligación de pago, hay que decir que, surge en el momento en que sea exigible la obligación principal, sin más, que es autónoma, pero que, sin embargo, mantiene ciertos puntos de contacto con la -- principal, con lo que se establece un régimen que podemos resumir en los siguientes puntos:

1.- El beneficiario puede hacer valer su acción directa y exclusivamente en contra de la institución de fianzas, o bien le es dado enderezar juicio conjunto en contra de la misma y del obligado principal (arts. 93 y 101).

2.- Antes de promover juicio en contra de la fiadora, debe requerírsela - de pago por escrito, "La institución dispondrá de treinta días hábiles para hacer el pago, si es que procede" (art. 93).

3.- El abandono o caducidad del juicio promovido en contra del deudor -- principal no menoscaba la obligación de la empresa fiadora (art. 118).

4.- En cambio, opera la extinción de la fianza en caso de prórroga o espera concedida al obligado principal sin el consentimiento de la institución afianzadora (art. 119).

5.- Si el acreedor opta por demandar exclusivamente a la institución fiadora, deberá ajustarse a un procedimiento especial que, no obstante su necesaria naturaleza mercantil, no está regulado por las disposiciones que norman el procedimiento mercantil y tampoco por las que son supletorias, sino que está previsto y delineado por la LFIF y al que, supletoriamente, le son aplicables las disposiciones del CFPC (art. 94).

6.- Las acciones derivadas de nuestro contrato prescriben en dos años -- (art. 120).

7.- La empresa fiadora asume una obligación propia, con lo que significa que participa de naturaleza diferente de la que corresponde a la obligación principal.

4.6.- GARANTIA DE RECUPERACION DE LA COMPAÑIA AFIANZADORA.

La diferencia más importante entre la fianza civil y la de empresa es la inexistencia, en esta última, de los beneficios de orden y excusión de -- donde resulta que dicha empresa asume el carácter de deudora solidaria.

La necesidad de poner a cubierto el patrimonio de las instituciones fiadoras, para conjurar el peligro de insolvencia, ha dado lugar a que, en to-

da operación, deben "... tener suficientemente garantizada la recuperación... cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas (art. 19).

Tal recuperación puede garantizarse en la forma que libremente determine la empresa, cuando actúe dentro de su margen de operación, cuando su responsabilidad exceda a dicho margen, la garantía de recuperación deberá -- consistir en prenda, hipoteca, fideicomiso, obligación solidaria, contrafianza, reafianzamiento o reaseguro (arts. 24 y 32), ciertas fianzas judiciales de carácter penal, así como de fidelidad pueden operarse sin garantía suficiente ni comprobable (art. 22).

Las indicadas garantías pueden constituirse antes, al momento o después de celebrarse el contrato de fianza, para facilitar esta última posibilidad, la LFIF concede acción a la empresa en contra del solicitante, fiador, contrafiador y obligado solidario para exigirles que formalicen una o más garantías reales (prenda, hipoteca o fideicomiso) de recuperación, si bien acción tan sólo pueden ejercitarla:

- a) cuando se le haya requerido el cumplimiento de su obligación fiadora,
- b) cuando venza la obligación garantizada,
- c) cuando cualquiera de los obligados afronte el riesgo de insolvencia,
- ch) cuando aparezca que alguno de ellos suministró falsa información respecto de su solvencia (art. 97).

Pero además, en cualquiera de tales supuestos asiste también acción a la-

empresa fiadora para obtener un secuestro precautorio, en forma perjudicial o dentro del juicio correspondiente.

4.7.- OBLIGACIONES QUE PUEDEN SER GARANTIZADAS.

En principio puede ser objeto de la fianza, o sea, es posible garantizar con fianza cualquiera obligación susceptible de ser cumplida por una persona distinta del obligado o deudor. Esto quiere decir que no es posible garantizar aquellas obligaciones de hacer, estrictamente personales, pero sí las consecuencias en dinero que se deriven del incumplimiento, como -- son las sanciones que establezca la ley para el caso, o las que estipulen contractualmente. Así, por ejemplo, en las fianzas carcelarias, la obligación garantizada no es la presentación del fiado al juez que lo juzga, tal obligación, o carga, hablando técnicamente, es estrictamente personal del fiado, en cuyo cumplimiento no puede ser sustituido por el fiador. Tampoco podría éste cumplir, en lugar del fiado, la obligación de ejecutar una obra de arte, que valdría por el autor de la misma, ni la actuación personal de algún artista, pero sí se puede garantizar el pago de una pena estipulada por la no ejecución o no actuación, o bien los daños y perjuicios causados cuando puedan ser determinados.

De la misma manera, en las obligaciones de dar consistentes en la entrega de cosas únicas, que no pueden ser sustituidas por otras, lo que se garantiza es el pago de una cantidad convencional por la falta de entrega.

Hay sin embargo, obligaciones que no pueden ser garantizadas: por disposición de la autoridad que ejerce la vigilancia de las instituciones de --- fianzas, o por acuerdo de la empresa afianzadora.

1.- Por disposición de la ley, no pueden ser garantizadas las obligaciones que contraigan los funcionarios de una afianzadora, las que sean a su cargo por disposición legal o estipulación contractual, o en cuales ellos sean acreedores. En otras palabras, las afianzadoras no pueden afianzar a sus funcionarios, ni otorgar fianzas en las cuales éstos sean los beneficiarios. Lo establece así el artículo 6o, fracción VII, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

2.- La Secretaría de Hacienda, a través de la Dirección de Crédito, en la circular 305-14-99, de 24 de noviembre de 1951, publicada en el Diario Oficial de 6 de diciembre siguiente, ordenó:

"...se prohíbe en absoluto a las empresas afianzadoras la expedición de --- fianzas de crédito".

Y en oficio 305-111-19307., de 17 de diciembre del mismo año 1951, dirigido al Comité de Fianzas de la Asociación de Banqueros, determinó:

"Son fianzas de crédito las otorgadas para garantizar cualquiera de los --- siguientes conceptos:

a) El pago de facturas comerciales y demás documentos que acrediten la --- traslación de dominio de bienes muebles,

- b) El pago de títulos de crédito singulares, como letras de cambio, pagarés y cheques,
- c) El pago de dividendos, así como de amortización de intereses, por la emisión de valores o títulos de crédito genéricos susceptibles de cotización en el mercado, como acciones, bonos y obligaciones,
- d) El cumplimiento de obligaciones derivadas de mútuo (préstamo) en cualquiera de sus formas;
- e) El cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de reporto;
- f) El cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de cuenta corriente;
- g) El cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de depósitos --irregular, de dinero o de títulos;
- h) El cumplimiento de obligaciones asumidas por empresas vendedoras, en virtud de la suscripción que sus clientes hagan de documentos, usualmente denominados "acciones", de manera que el vendedor obtenga anticipadamente el precio de la mercancía mediante la exhibición de cantidades periódicas por parte del comprador, obligándose la empresa vendedora a entregarle a éste la mercancía hasta después de integrado el valor de los mencionados documentos o "acciones" o antes, si éstos resultan sorteados;
- i) El cumplimiento de obligaciones derivadas de operaciones financieras --que en concepto de esta Dependencia impliquen riesgos similares a los anteriormente mencionados.

3. Cada afianzadora puede tomar el acuerdo particular de no garantizar de terminadas obligaciones, en consonancia con su política de expedición.

4.8.- PRIMA.

Se dijo antes que la fianza de empresa tiene como característica específica el ser onerosa, esto es, que se otorga mediante el pago de una prima, que es la contraprestación que da el solicitante de la fianza, fiado, beneficiario o tercero a la afianzadora, a cambio de que ésta garantice el cumplimiento de una obligación determinada, si el deudor no la cumple.

La fijación del monto de la prima no queda al arbitrio de las afianzadoras. El artículo 86 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas dispone que el cobro de primas se sujetará a las tarifas que apruebe la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, dentro de los máximos y mínimos que las mismas establezcan.

Ordinariamente se cobra la prima por anualidades de vigencia de la fianza, por adelantado. La primera inicial siempre debe cubrir la primera anualidad.

Hay casos en los que se cobran dos o más anualidades desde el momento de la expedición: en los de arrendamiento cuya duración sea mayor de un año, se cobrará por el término que dure el contrato, en los de clausura de giros mercantiles, en los cuales la fianza deberá estar vigente durante cinco años como mínimo, cinco anualidades; en los de conservación de obras,-

las anualidades que abarque la garantía. O sea que las anualidades adelantadas se cobran cuando desde el momento de la expedición se sabe que la fianza estará vigente determinado tiempo mayor de un año.

Lo contrario, cobrar la prima por menos tiempo de una anualidad, no se hace. Sólo se pueden hacer ajustes después de pagada una anualidad, cuando se demuestre que la fianza pudo haberse cancelado desde principios de la segunda o posteriores anualidades, antes de que se iniciara el segundo semestre de la anualidad que va ser ajustada.

Con la prima inicial se cobra:

- a) El derecho fiscal de 5% sobre su importe, que establece la Ley Federal de Derechos.
- b) Gastos de Expedición.
- c) Gastos de trámite ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, cuando deban hacerse, para aprobación de fianzas.
- d) Gastos de trámite ante el Registro Público de la Propiedad para verificar propiedades y gravámenes de las mismas.

Además se cobrará el Impuesto sobre el Valor Agregado -IVA-.

La prima debe ser cobrada precisamente en el momento de expedir la fianza. Por ningún motivo podrá ser entregada la póliza al interesado si no ha pagado la prima. En principio, el pago debe hacerse en efectivo sólo -

se recibirán cheques certificados; o sin certificar, cuando se trate de clientes conocidos del agente.

Los cheques que reciba el agente en el Distrito Federal o en plazas en donde existan sucursales, en pago de primas, los depositará inmediatamente en la caja de la compañía o de sus sucursales.

Estas precauciones que deben tomarse al recibir el pago de primas son de importancia básica, en razón de que, una vez entregada la póliza, la afianzadora no puede negar su obligación por no habersele pagado la prima, ni, por tanto, podrá excepcionarse contra una reclamación, alegando la falta de ese pago.

Cuando al terminar la primera o ulteriores anualidades de vigencia sin que el fiado demuestre que la fianza puede cancelarse por haberse extinguido la obligación garantizada, se deberá cobrar una nueva anualidad de prima, con el 5% de derechos, gastos, y el IVA.

En esta materia de continuación de la vigencia de la fianza después de que se vence una anualidad, suelen usarse dos términos que pueden inducir a confusión: "renovación" y "prórroga". Renovación es el término que más se usa, aunque es impropio, porque, estrictamente, hay renovación cuando se expide una nueva fianza para garantizar la misma obligación, lo cual no sucede cuando simplemente se pagan nuevas anualidades de prima. Sin embargo, como el uso del término "renovación" está muy arraigado, se puede conservar en el sentido de "renovar el pago de la prima" cuya anualidad ha terminado.

El término "prórroga" también se usa con el mismo sentido, pero da lugar a mayor confusión cuando al usuario se piensa en la prórroga que el beneficiario de una fianza concede al fiado, antes de que venza el término - en que debe cumplir la obligación garantizada, para alargarlo, y disponga de más tiempo para cumplirla, o se piensa en la espera, que consiste en un nuevo plazo que otorga el beneficiario al fiado para el cumplimiento después de vencido el original o ulterior. En ambos casos se necesita el consentimiento de la afianzadora para que la fianza siga garantizando la obligación, pues, de lo contrario, si no se obtiene ese consentimiento, la prórroga y la espera extinguen la fianza, por disposición del artículo 119 de la ley.

4.9.- EXIGIBILIDAD DE LA FIANZA.

Hemos dicho anteriormente que la fianza garantiza obligaciones ya existentes, pero que todavía no son exigibles. Siendo así la situación jurídica de la fianza, que responde a la necesidad económica de asegurar a un acreedor que será cumplida la obligación a su favor si en una fecha futura, determinada o determinable, el fiado no la cumple, resulta que la realización de tal incumplimiento es lo determinante para que ese acreedor, beneficiario de la fianza, esté en posibilidad legal de exigir su pago o cumplimiento.

A tal posibilidad de cobro se le llama exigibilidad y al cumplimiento que la produce, condición de exigibilidad. Esta condición de exigibilidad, -

constituida en principio por el incumplimiento del fiado, algunas veces aparentemente no se da por tal incumplimiento, sino por un hecho ajeno a él: por ejemplo, en las fianzas judiciales, o en las que garantizan inconformidades administrativas. En tales casos, lo determinante para la exigibilidad de la fianza es que la resolución que recaiga en el juicio o recurso sea contraria al fiado y que quede firme la resolución. Esto no contradice el principio de que el incumplimiento constituye la exigibilidad. Lo que sucede es que, una vez que el beneficiario puede exigir el cumplimiento de la obligación, no tiene que provocar el incumplimiento del fiado y demostrarlo, como requisito para cobrar la fianza, sino que, en virtud de que la afianzadora no le aprovechan los beneficios de orden y excusión, el beneficiario puede exigir directamente el pago de la fianza, dando por supuesto el incumplimiento del fiado. Así, en cualquier supuesto en el que parezca no operar el principio de que el incumplimiento del fiado es lo que hace exigible la fianza, por aparecer otro hecho como determinante de la exigibilidad, lo que sucede es que tal hecho hace exigible la obligación principal garantizada y, en tal caso, ya se puede exigir el pago de la fianza, sin tener que hacer constar el incumplimiento.

Pero lo que sí importa demostrar es que la obligación garantizada se ha hecho exigible.

En los casos apuntados como ejemplo, se deberá demostrar que la resolución administrativa o judicial fué notificada al fiado conforme a la ley,

que no la impugnó, o que, impugnada, fué confirmada, o bien, que se cumplió con algún requisito ordenado en la resolución para cobrar la fianza.

Lo esencial, por tanto, para determinar si la fianza se ha hecho exigible, es constatar si la obligación garantizada ya lo es, según el contenido u objeto de ésta. La constatación, en caso de reclamaciones está a cargo del Departamento Legal de afianzadoras, puesto que se trata de analizar los hechos a la luz del derecho.

Sin embargo, al seleccionar un negocio, además de atender a lo que se dirá más adelante en el capítulo de Selección, el agente deberá cuidar que la obligación a garantizar no sea aún exigible, es decir, que sea una -- obligación sujeta a condición futura, pues, de otra manera, puede resultar procedente una reclamación inmediata a la expedición de la fianza.

Los agentes deben cuidar así mismo, de que los fiados cumplan las obligaciones garantizadas, no porque la afianzadora quiera eludir el pago de las fianzas, sino porque, a mayor incidencia de fianzas exigibles a pagar, su situación financiera puede verse afectada.

4.10.- CANCELACION DE LA FIANZA.

Cancelar una fianza es dejarla sin efectos. No es lo mismo que anular una póliza o inutilizarla. La inutilización tiene lugar cuando al escribir la póliza se ha cometido algún error, ya sea en la especificación de la obligación que se garantiza, o en alguno de los requisitos y datos que debe -

contener. La anulación de la fianza se efectúa cuando después de expedida, no surte efectos.

Las fianzas se cancelan cuando, habiendo surtido efectos, se han extinguido, en cualquiera de los supuestos considerados. La cancelación es una consecuencia de la extinción. Debe hacerse porque no hay razón para que -- aparezcan como vigentes fianzas ya extinguidas, las que, de no cancelarse, acusarían una situación financiera falsa de la empresa.

La cancelación es la conclusión del negocio iniciado con la expedición la cual, como toda operación, se refleja en la situación financiera de la empresa a través de sus registros contables. En efecto, la expedición aumenta la responsabilidad contingente en el monto de la fianza, así como la reserva de fianzas en vigor en un 50% de la prima cobrada. También afecta a resultados, que en el renglón de ingresos, aumentan en el importe de la prima. Por contraste, la cancelación baja la responsabilidad contingente y la reserva de fianzas en vigor en las mismas cantidades aumentadas, y además, el importe desafectado de la reserva se lleva a ingresos, lo cual afecta a resultados.

La cancelación de las fianzas se efectúa por la afianzadora cuando consta que la fianza se ha extinguido. Se hace mediante un acuerdo en el que se expresa la razón de la cancelación.

Según lo dicho, procede cancelar las fianzas cuando la compañía se percata de la extinción, directamente, o por medio de los elementos que le pro

porcionan los agentes, o los propios fiados o coobligados.

Tal intervención de los agentes no es la cancelación misma. Sólo es la -- culminación de la vigilancia de la fianza que deben realizar como complemento de la expedición. Al darse cuenta, con motivo de esa vigilancia, de que la obligación garantizada ya se extinguió, deben obtener de inmediato los comprobantes de la extinción y enviarlos a la Compañía. Pero ellos - no cancelan, sino la Compañía, con los elementos que le proporcionan.

Es útil y formativo entender el por qué de la cancelación y sus requisí-- tos. Básicamente: lo. En qué consiste la obligación garantizada, 2o. En que consiste su cumplimiento y 3o. Qué elementos demuestran la extinción.

4.11.- EXTINCION DE LA FIANZA.

En principio, la fianza se extingue junto con la obligación garantizada - (artículo 2842 del Código Civil), y, obviamente, por las mismas causas -- que ésta, fundamentalmente, por el cumplimiento de la obligación. Además de tal cumplimiento, siempre que por cualquier hecho, acto contractual en tre fiador y beneficiario, o por disposición de la ley, se extinga la --- obligación principal, se extingue también la fianza, en virtud de la acce soriedad de la misma y del principio de que no puede haber fianza sin --- obligación que garantice.

Sin embargo, hay casos en los que se extingue la fianza sin que se extin-

ga la obligación principal. Así, la fianza se extingue por prescripción a los tres años de haberse hecho exigible (artículo 120 de la ley), aunque la obligación principal quede viva porque su término de prescripción es mayor que el de la fianza, como sucede cuando se garantizan créditos fiscales, cuya prescripción se consuma a los cinco años de darse la exigibilidad.

La prórroga o espera concedidas por el beneficiario al fiado, sin consentimiento de la afianzadora, extinguen la fianza (artículo 119 de la ley). Hay prórroga cuando se otorga nuevo plazo para el cumplimiento, antes de que venza el original, y hay espera, cuando se concede un nuevo plazo después de haber vencido el primero.

La quita o rebaja del monto del adeudo hecha al fiado, si queda sujeta la obligación a nuevos gravámenes o condiciones, también extingue la fianza (artículo 2847 del Código Civil). Así mismo, la extingue la novación de la obligación principal (artículo 2220 del Código Civil). Hay novación -- cuando las partes alteran sustancialmente un contrato, expresamente, de manera que, una nueva obligación sustituya a la primera.

Se extingue igualmente la fianza, independientemente de que subsista la obligación garantizada, cuando habiéndose expedido por un plazo determinado de vigencia, el mismo se vence.

Extinguída la fianza, la afianzadora queda liberada de la obligación que-

contrajo a favor del beneficiario. Como consecuencia, también se liberan el fiado y coobligados de la obligación de seguir pagando primas futuras, y si no hay responsabilidades pendientes a su cargo se extinguen las garantías que hayan constituido, así como las que tomó la afianzadora, o sea los resfianzamientos y reaseguros, sin embargo, mientras a la reafianzadora no se le compruebe la extinción de la fianza, deberá mantenerla vigente y tendrá, por tanto, derecho al cobro de primas.

Hay, finalmente, otra causa de extinción de la fianza: la devolución de la póliza a la afianzadora. En tal supuesto, el artículo 117 de la ley establece la presunción de haberse extinguido la obligación fiadora, salvo prueba en contrario, o sea que el beneficiario puede demostrar que la póliza fué devuelta por error o de mala fe.

4.12.- DIFERENCIAS ENTRE EL SEGURO Y LA FIANZA DE EMPRESA.

- a) El seguro puede cubrir cualquier eventualidad dañosa, provenga o no de actos del hombre, al paso que con la fianza sólo se puede garantizar el cumplimiento de una obligación humana de hacer o de no hacer,
- b) La empresa fiadora está en libertad de exigir garantías de recuperación, no así la empresa aseguradora,
- c) El seguro es un contrato principal, mientras la fianza es accesoria,
- ch) En México se opone, a la consensualidad del contrato de seguro, la formalidad de la fianza.

Situada entre la opinión pública, demasiado móvil, y la ley, demasiado lenta, el aparato judicial debe tener la prudencia de la ley y la sensibilidad de la opinión, porque él es el último asilo de las víctimas de la injusticia.

V. V. STANCIU.

CAPITULO V.
FIANZA DE INTERES SOCIAL.

5.1.- CONCEPTO.

La fianza de interés social es una fianza de tipo judicial que afianzadora Insurgentes, S.A., expide ante autoridades judiciales en materia civil y preferentemente penal, para garantizar por los fiados que carecen de recursos económicos o en estado de indigencia, marginidad o pobreza extrema, el beneficio de la libertad provisional otorgada con base en la garantía de seguridad contenida en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal.

5.2.- CARACTERISTICAS DE ESTA FIANZA.

La fianza de interés social se encuentra dentro del servicio de afianzamiento judicial penal y su tarifa, o sea la prima que se cobra para otorgarla, es la más baja comparativamente con las otras fianzas judiciales penales, ya que sólo representa el 1% del monto afianzado.

La razón esencial de la tarifa de 1% estriba en las causas que le dan origen y en los efectos y fines que se persiguen y logran con este servicio.

Entre las causas que le dieron origen se encuentra el hecho de que para algunos primodelincentes sujetos a proceso penal, resulta migratorio el

derecho consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la libertad provisional, ya que carecen de recursos económicos, - por su grado de extrema pobreza, para garantizar su libertad mediante caución en efectivo o mediante fianza de empresa cuyo costo normal es del -- 12% sobre el monto afianzado, amén de las garantías de recuperación que - la técnica del afianzamiento obliga a recabar.

El fin primordial que este servicio persigue es que el procesado obtenga su libertad provisional mediante un costo mínimo y mientras concluye el - procedimiento penal en su contra, con sentencia ejecutoria, el fiado se - incorpore a la vida productiva del país cuyo efecto en sí mismo, conlleva mecanismos de readaptación social, amén de contribuir en forma significativa a reducir la población de los reclusorios preventivos, con frecuencia sobrepoblados por la causa aquí expuesta.

5.3.- OPERACION.

La fianza de interés social opera por conducto de los Defensores de Oficio adscritos a Juzgados y Salas Penales, con la intervención de los trabajadores sociales que laboran en los reclusorios preventivos y fungen como apoyo para la tramitación de este tipo de fianza.

Los trabajadores sociales realizan un estudio socioeconómico para determinar si el solicitante del servicio de Defensoría de Oficio carece de recursos económicos para retribuir a un defensor particular y para otorgar-

caución en efectivo o pagar la prima normal para obtener su fianza.

En el Distrito Federal, la Dirección General de Servicios Legales del Departamento del Distrito Federal, Dirección de Servicios Jurídicos Civiles y Penales designó al Subdirector de las Defensorías de Oficios, como las únicas personas autorizadas para decidir y aprobar la expedición de las fianzas de interés social.

5.4.- REQUISITOS DE CONTRATACION.

- a) El monto de la fianza de interés social no podrá exceder, hasta ahora, de la cantidad de \$ 7000,000.00 (SIETE MILLONES DE PESOS M.N.).
- b) No se otorga la fianza de interés social a sujetos reincidentes.
- c) La fianza no podrá expedirse para garantizar la libertad provisional de sujetos que estén sujetos a proceso por delitos sexuales, delitos contra la salud en cualquiera de sus modalidades, corrupción de menores, leonocinio y juegos prohibidos.
- d) El solicitante de la fianza, en este caso el procesado, deberá requisitar íntegramente el contrato solicitud respectivo y aportar un obligado solidario que compruebe su nexu familiar y solvencia económica, para el caso de fianzas cuyo monto no exceda de \$ 4000,000.00 (CUATRO MILLONES DE PESOS M.N.). En este supuesto, el Departamento del Distrito Federal, a través de los trabajadores sociales que se encuentran en Reclusorios Preventivos, recaba como elemento probatorio facturas de bienes muebles, y ...

túa un avalúo para determinar el monto de la solvencia. En fianzas de más de 4,000,001.00 (CUATRO MILLONES UN PESO M.N.), el obligado solidario deberá comprobar fehacientemente ser propietario de un bien inmueble.

e) La fianza sólo podrá otorgarse a los acusados que hayan nombrado defensor de oficio del fuero común.

f) La fianza sólo podrá otorgarse cuando los datos relacionados con la causa hayan sido ratificados por el defensor de oficio adscrito al juzgado correspondiente.

5.5.- TEXTO.

Ante.

Proceso Núm.

Delito (s).

Para garantizar por.

La libertad provisional que con fundamento en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal se le concede en este proceso.

Por lo tanto, Afianzadora Insurgentes, S.A., se compromete a pagar cualquier cantidad dentro del límite cuantitativo de esta póliza, en caso de que la Compañía Afianzadora no presente al fiado en el término que se le conceda para ello, y deberá permanecer en vigor desde la fecha de su expedición y hasta que el C. Juez autorice su cancelación.

Para el caso de que la presente fianza se haga exigible, la Compañía Afianzadora se somete expresamente al procedimiento de ejecución establecido por los artículos 95 y 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y está conforme que se aplique dicho procedimiento con exclusión de cualquier otro.

5.6.- MOVIMIENTOS DE LA FIANZA DE INTERES SOCIAL.

I.- Cancelación.

La póliza de fianza se cancelará:

- a) Cuando en el curso de la instrucción, apareciere que el delito o los delitos imputados tienen señalada pena corporal cuyo término medio aritmético sea superior a cinco años de prisión y se haya aprehendido al acusado.
- b) Cuando en el proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia y se aprehenda al acusado.
- c) Cuando el juez o tribunal abriguen temor fundado de que se fugue u oculte el inculpado y se haya obtenido la reaprehensión del acusado.
- d) Cuando el fiado inculpado haya sido absuelto.
- e) Cuando el fiado resulte condenado y se presente a cumplir su sanción.
- f) Cuando se dicte auto de libertad o ausencia de elementos para procesar.
- g) Cuando haya transcurrido el plazo de tres años para la prescripción, - contado a partir del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo fijado a la Afianzadora para la presentación del fiado, sin que lo haya hecho.

... Requerimiento para la presentación del Fiado ante la Autoridad Judi--

cial.

La legislación procesal penal prescribe que todas las órdenes para que -- comparezca el fiado inculcado se entenderán con el fiador, quien si no pudiese, desde luego, presentarlo, el juez o tribunal podrá otorgarle un -- plazo de 15 días para que lo haga, sin perjuicio de librar la respectiva orden de aprehensión si lo estima oportuno. La orden de comparecencia y el requerimiento de presentación, deberán constar en el expediente y se deberá notificar personalmente o bien por correo certificado con acuse de recibido a la Afianzadora en sus oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien en el domicilio del apoderado designado para ello y que se encuentre más próximo al lugar donde ejerza sus funciones la autoridad judicial, el plazo concedido para la presentación del fiado.

III. Requerimiento de Pago.

La póliza de fianza se hará efectiva al cumplirse las siguientes condiciones:

- a) Cuando el acusado y fiado desobedeciere, sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del juez o tribunal que conozca de su proceso.
- b) Cuando cometiere, antes de que la causa en que se le concedió la libertad esté concluida por sentencia ejecutoria, un nuevo delito que merezca pena corporal.
- c) Cuando amenazare a la parte ofendida o algún testigo de los que haya -

depuesto o tengan que deponer en su asunto, o tratarse de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, al Juez, al agente del Ministerio Público o al secretario del Juzgado o tribunal que conozca su causa.

d) Cuando el fiado acusado no cumpla con las obligaciones que contrajo al obtener su libertad provisional, consistentes en presentarse ante su juez cuantas veces sea citado o requerido para ello, comunicar al mismo los -- cambios de domicilio que tuviere, no ausentarse del lugar sin permiso del tribunal, el que no se podrá conceder por tiempo mayor de un mes, y presentarse ante el juzgado o tribunal que conozca de su causa el día que se le señale de cada semana.

Una vez que la Afianzadora no pueda presentar al fiado dentro del plazo -- que la autoridad judicial le conceda para tal efecto, el juez o tribunal -- deberán proceder a remitir a la autoridad ejecutora local, los documentos necesarios para que ésta formule el requerimiento formal de pago en los -- términos del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Al requerimiento de pago que formule la ejecutora se deberá acompañar copia simple de la póliza de fianza, las constancias correspondientes a la diligencia en que se haya notificado a la Afianzadora la orden para la -- presentación del inculcado y la resolución del juez o tribunal que mandó hacer efectiva la póliza.

IV. Pago del Requerimiento.

El Departamento del Distrito Federal, consciente de las causas y fines de este tipo de servicio de afianzamiento, en especial del hecho de que la prima del 1% no cubre los gastos de administración y operación del producto, acordó con fecha 28 de agosto de 1973, que Afianzadora Insurgentes,-- S.A., pague el 50% del monto reclamado con cargo a este tipo de fianza, y una vez que efectúe las gestiones de recuperación correspondiente deberá entrar a la Tesorería del Distrito Federal, el restante 50%, si éstas son satisfactorias.

5.7. ANEXOS.

MODELO DE ESCRITO SOLICITANDO EL BENEFICIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL -
MEDIANTE FIANZA DE INTERES SOCIAL.

Partida:
Inculpado:
Delito:

Asunto: Se solicita el beneficio de -
la libertad provisional baja-
caución en la modalidad de --
fianza de interés social.

C. JUEZ.

-----, en mi carácter de Defen--
sor de Oficio del inculpado -----
-----, personalidad que se encuentra debidamente -
acreditada en autos, ante Usted, manifiesto:
Que en virtud de que en los términos del (los) artículo (s) -----
-----del Código Penal -----
-----, el delito imputado a -----
----- Tiene prevista una sanción cuyo térmi
no medio aritmético no excede de cinco años de prisión, con apoyo en los
artículos 20 fracción I de la Constitución Federal y -----
del Código de Procedimientos Penales----- solicito le sea -
otorgado el beneficio de la libertad provisional bajo caución en la moda

lidad de FIANZA DE INTERES SOCIAL y se fije el monto de la garantía que habrá de otorgar para tal efecto.

Por lo expuesto y fundado,

A USTED CIUDADANO JUEZ, ATENTAMENTE SOLICITO:

UNICO. Otorgar el beneficio de la libertad provisional bajo caución en la modalidad de FIANZA DE INTERES SOCIAL a -----
----- y fijar el monto de la garantía que al efecto habrá de otorgar, tomando en consideración lo dispuesto por los numerales precitados del Código de Procedimientos Penales -----
-----.

PROTESTO LO NECESARIO.

----- a ----- de
----- de -----

5.8.- LA CRIMINALIDAD EN MEXICO Y LA FIANZA DE INTERES SOCIAL.

INTRODUCCION.

México es una República Federal, Democrática, Constitucional, con división de poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial).

Al tratarse de una República Federal, la legislación es compleja, pues - cada Estado Federado tiene sus propias leyes, siendo 31 estados, tenemos 31 cuerpos legislativos estatales, más uno federal.

La superficie total es de 1.958,201 Km²., la de la capital (Distrito Federal) es de 1,499 Km².

Hasta 1960 la mitad de la población era rural, para 1970 se tienen 28 millones de población urbana por 20 de población rural, y para 1979 obtenemos 44.6 millones de población en el campo.

En cuanto a sexo no hay mayor diferencia, pues el 49.4% son hombres y el 50.6% son mujeres.

De mayor importancia es la distribución por edades. La población económicamente activa mayor de 12 años en 1970, era de 12.955,057 (26.86%), y - el analfabetismo en mayores de 10 años alcanzaba 7.721,927. Para 1980 la población económicamente activa era de 23.687,684 (35.30%). Uno de los - problemas clave es el de la Ciudad de México, que alcanzó en 1980 los 14

millones de habitantes.

El 96% de la población profesa la religión católica. El 45% de los mayores de 12 años están casados (1970).

A todo lo anterior se agrega como consecuencia lógica, el aumento de población de menores de edad. Para 1970 más de la mitad de la población -- era menor de 18 años (52.75%). En 1980 el 43% de la población era menor de 15 años.

PANORAMA GENERAL.

El primer grave problema es el del aumento de la población, que se duplica cada 20 años, y que se acrecienta en más de 1.750,000 cada año, con un promedio de 329 por cada 1,000 habitantes. Esto acarrea dos problemas fundamentales: la necesidad de duplicar cada 20 años el producto nacional, y de aumentar la población económicamente activa.

Actualmente existe un plan de control de natalidad, al que se han sometido aproximadamente un millón y medio de mujeres, se ha reducido la tasa de crecimiento para 1980 hasta 27% en la estimación del Consejo Nacional de Población.

La correlación entre aumento de población y delincuentes sentenciados es de 0.92. Esto significa que, sin lugar a dudas, la delincuencia (al menos en cifras oficiales) aumenta en relación directa con la población.

Lo anterior nos indica un aumento de criminalidad de un 3.2% anual, que es bastante más alto que el 2.5% anual registrado para todo el mundo por

la ONU.

Los problemas actuales de inflación y desempleo actúan seriamente como factores delictivos.

Dos fenómenos nos preocupan de manera especial en este apartado: el aumento de la población de menores de edad, que en la actualidad representan el 56.2% de la población, con el consiguiente aumento de la posibilidad de delincuencia de menores, y el fenómeno del urbanismo que crece en forma bastante clara, y que nos inquieta por ser las grandes concentraciones ciudadanas campo propicio a la formación de delincuentes, actualmente más de la mitad de la población vive en ciudades, y México cuenta con varias que sobrepasan el millón de habitantes.

La ignorancia y la miseria son factores delictuales de importancia, pero vemos con profunda satisfacción los grandes avances que se han hecho en la lucha contra ellos, así como el éxito en la lucha nacional contra la enfermedad y la muerte, cuyos resultados son positivos en cuanto disminuyen el sufrimiento y la frustración del pueblo, y con ello las tensiones y la agresividad.

Pero lamentablemente hay una lucha que se va perdiendo, a pesar de los esfuerzos del gobierno, de los sociólogos y moralistas, y es la unidad de la familia. Vemos con profunda preocupación el notable aumento de los divorcios, que se han duplicado en los últimos 10 años, así como el número de uniones libres, es decir, de aquellos que hacen vida marital sin estar

legítimamente casados, que son más de dos millones. Otro dato desalentador es que más de medio millón de niños nacen en México cada año, fuera de matrimonio, y que hay estados de la República donde nacen más niños - ilegítimos que legítimos.

Otro gran problema lo es que el gran fenómeno de la criminalidad en México está unido al fenómeno de la impunidad.

Tres son los delitos que por su importancia cuantitativa caracterizan la criminalidad mexicana: Lesiones, robo y homicidio.

La Fianza de Interés Social tiene trascendencia en la criminalidad mexicana respecto a que es una garantía establecida por el estado mexicano con cooperación de Afianzadora Insurgentes, con el objetivo fundamental para el primero como es la unidad familiar ya que con esta medida innumerables primodelincuentes retornan a el seno familiar y a sus centros de trabajo logrando con ello un reencuentro con la sociedad a la cual pertenece.

5.9.- FIANZA DE INTERES SOCIAL Y POLITICA SOCIAL.

Es necesario que cada país, cultura y civilización indiquen los males -- que a ella afectan, ya que el delito solamente podrá ser analizado estudiando la estructura que lo ha producido, es decir el fenómeno de la delincuencia no podrá explicarse si no es dentro de un contexto social que se da en un tiempo y en un espacio específicos.

Las formas y modalidades del delito se han ido transformando a la par del desarrollo social, no así nuestros sistemas de prevención, que en el momento actual se encuentran desvinculados de los cambios técnicos y científicos, lo que acarrea su ineficiencia.

Nuestras leyes, Códigos, Instituciones Sociales, Poder Judicial, etc., - han ido en el transcurso del tiempo anquilosándose hasta empezar a producir lo mismo que combaten.

El precio del progreso y de la transformación socio-económica exigidos - por la sociedad de consumo que se ha desarrollado es elevado en términos de inadaptación y delincuencia.

En la mayoría de los países el Derecho Penal es un subsistema excesivamente estático de control social. Como todo sistema jurídico, se funda en normas cuya estabilidad asegura ciertamente la seguridad de los justiciables, pero que no implica una discordancia entre los bienes jurídicos -- protegidos y las necesidades e intereses actuales de una vida social que durante los últimos decenios ha sido particularmente móvil.

Por otro lado los cambios técnicos han producido nuevas formas de delincuencia que quedan fuera de nuestros Códigos (algunos ya centenarios), - entre las que tenemos varias actividades engañosas que obstaculizan el desarrollo de los países pobres, nos referimos a esta parte de la cifra negra, también llamada "zona gris", que se integra por las actividades ilegales o cuasilegales no detectadas, ya que comportan ocultas y complicadas transacciones y procedimientos muy finos de contabilidad.

Respecto a los países subdesarrollados, en lo que se refiere al campo internacional, se enfrentan con un impacto que los debilita, este es el mundo de la economía, por medio de las presiones del control de valores, las actividades de las transnacionales, los precios de transferencia, la venta de tecnología obsoleta, etc., por lo cual no pueden sustraerse de una crisis general que paraliza irremediamente su ruta de desarrollo.

La Fianza de Interés Social nace como respuesta a la necesidad de crear un programa de readaptación que contemple todos los aspectos humanos, tomando en cuenta los factores de cambio, es un plan proyectivo, es decir, preve, nuevas necesidades y lleva así a cabo una actualización continua, dentro de un marco económico-social que asegure una auténtica Justicia Social.

Asimismo la Fianza de Interés Social es un medio de estudio de las repercusiones del delito en todos sus aspectos en relación con la vida nacional, ya que éste posee "un costo social" que modifica la economía.

Consideramos también que la Fianza de Interés Social es un mecanismo de-

evaluación de las consecuencias económicas y sociales del delito, para lo cual existen criterios básicos como son los requisitos que se exigen para otorgarla como son: que el fiado sea primodelincuente, que carezca de recursos económicos o que se encuentre en estado de indigencia, marginalidad o pobreza extrema, la negativa de otorgarla a sujetos reincidentes, el otorgamiento a los acusados que hayan nombrado defensor de oficio del fuero común., etc. que nos proporcionan esquemas viables y con resultados satisfactorios.

Concluyendo este apartado diremos que es necesario partir, para hacer -- una política penal, de defensa social adecuada, de una visión global de la sociedad en un momento y en unas circunstancias determinadas, es necesario involucrar al delincuente en la comunidad a la que pertenece y plantear la política criminal dentro del cuadro de una Política General, una Política sin adjetivos con la que se persigan la libertad, la justicia individual y social y el desarrollo provechoso para todos los hombres y para todos los pueblos.

5.10.- FIANZA DE INTERES SOCIAL Y POLITICA LEGISLATIVA.

Ninguna construcción jurídica tiene mayor trascendencia que la construcción de la Ley. Ninguna debe, por lo tanto, apearse más estrictamente a la Ciencia del Derecho, estudiando y ponderando los datos jurídicos, implantando valoraciones desapasionadas y hasta donde sea posible estables, apeándose a las técnicas jurídicas.

La construcción legisladora es la más libre de todas. Sin embargo al hablar del nacimiento del Derecho, el autor de la Ley está limitado por las posibilidades permitidas por las circunstancias históricas y por los ideales de justicia que él mismo defiende. Además como sabemos respecto a la Jerarquía de las normas jurídicas, una ley de categoría superior limita el contenido de las normas de categorías inferiores. Aún así la construcción legisladora se mueve dentro de límites bastante amplios y puede seleccionar entre soluciones muy diferentes. Evidente es que tratándose de la Constitución, las posibilidades constructivas son las más amplias que se pueden presentar, pero aun entonces el constructor jurídico (legislador) tendrá que reconocer, si quiere hacer una constitución que funcione, los límites impuestos por las circunstancias históricas. En efecto, todo legislador legisla para una sociedad histórica determinada y debe atender a los datos jurídicos de esa sociedad, su valoración de los mismos debe ser realista, prudente, justa y perspicaz.

Sin embargo, para atender a la valoración de los datos jurídicos de esa -

sociedad consideramos que es de vital importancia dejar de padecer en México la legislomanía que padecemos, le damos a la ley atribuciones mágicas que no tiene. Cuando queremos resolver un problema hacemos una ley y creemos que con eso se resolvió el problema, entonces tenemos una de las colecciones de leyes más impresionantes del mundo, con 32 códigos penales, 33 procesales penales, etc., así pues, no es raro que, ante la comisión de algún crimen con características sensacionales, se llega a desatar tal conmoción colectiva que, incluso, lleva al país a la promulgación de leyes casuísticas, eminentemente represivas, que en modo alguno contribuyen a la erradicación del mal perseguido.

Estos dos fenómenos, la inflación penal y la superstición de la ley han sido abundantemente estudiados y se consideran en todo el mundo como graves problemas a resolver por la Política Penal, lo que indica la necesidad más de deslegislar que de legislar.

Las leyes deben ser expresión de la "voluntad general", lo cual quiere decir que no deben estar inspiradas por un apetito o interés singular, sino que deben apuntar a principios generales de razón, o lo que es lo mismo, deben proponerse siempre y necesariamente la realización del bien común, el cual comprende a todos los individuos sin excepción.

Respecto a la figura objeto de nuestro estudio LA FIANZA DE INTERES SOCIAL afirmamos que es menester se legisle sobre la misma y sea establecida y elevada al rango de GARANTIA INDIVIDUAL, ya que este tipo de fianza es --

una necesidad para la colectividad para la cual se legisla. Y es precisamente en donde se han plasmado los mandatos del mandante, las normas que el gobernado se ha dado y los deberes que el gobernante debe cumplir: La Constitución, en donde debe establecerse la manifestación de la "voluntad general" de no solo atender al criterio establecido en 1947-48 "El dinero queda en lugar de la libertad", sino tomar en seria consideración que hay personas sujetas a procedimiento penal, por delitos menores, que son primodelincuentes y que además son personas con escasos recursos económicos o que están en circunstancias de extrema pobreza.

Es importante cambiar nuestra mentalidad y como consecuencia nuestro actuar en la esfera legal, respecto a la forma o formas de obtener la libertad, abrir nuevas sendas para conseguirla y de esta forma lograr lo que toda sociedad, en constante evolución pretende: alcanzar los principios generales de la razón, o lo que es lo mismo, la realización del bien común, y consideramos que el criterio adoptado es un buen medio para conseguirlo.

5.11.- FIANZA DE INTERES SOCIAL Y POLITICA JUDICIAL.

Don Aurellano Hernández Palacios opina que "Es más importante un buen juez que una buena ley".

Vérsele asegura que: "La formación de un juez no puede ya limitarse a conocer bien la ley, y aplicar correctamente sus preceptos, la formación de los jueces debe comportar su preparación al arte de juzgar, es decir, comprender también factores y decisiones no jurídicas y a tomarlas en --- cuenta en sus decisiones".

Al juez corresponde luchar por el bien común en el terreno de los casos - concreto singulares, en el terreno de la Justicia del caso.

En efecto, las normas generales construidas por el legislador nunca son - derecho ya directamente aplicable, es la construcción jurídica del juez - la operación destinada a reducir lo general de las normas legisladas a lo particular de la aplicación a la vida concreta.

Antes que nada es falso que el juez se halle ante una sola norma jurídica aplicable al caso. El juez se halla ante todo el sistema normativo y de - las múltiples normas que componen ese sistema debe seleccionar aquella o aquellas que considera aplicables al caso.

Los jueces se ven obligados a actuar dentro de una política penal general, y son una pieza importante del sistema, por esto la necesidad de su cuidada selección y especial preparación.

La incorrecta política legislativa de inflación penal perjudica seriamente en lo judicial, ya que recarga el trabajo de los tribunales, lo que es sumamente grave principalmente en los casos en que el acusado está detenido en prisión preventiva.

Se ha propuesto acelerar, desjudicializar la justicia penal, pues su lentitud, el abuso de la materia penal, el exceso de fórmulas incomprensibles, los ritualismos, la solemnidad inútil, hacen que el ciudadano común haya perdido fé en ella.

La fianza de Interés Social, es una posibilidad para lograr una judicialización simplificada. La Fianza de Interés Social es una respuesta de categoría a las exigencias sociales respecto a la necesidad que tienen las autoridades judiciales de provocar certidumbre en la actividad que desempeñan, por ello nuestra figura objeto de nuestro estudio es un camino con el loable propósito de agilizar la obtención de la libertad, provocando la desdoblación de los Centros de Readaptación Social.

En suma, el propósito es rescatar al hombre, reeducarlo y readaptarlo, - conservar el orden social, mantener vigente el principio del que el maestro Jiménez de Asúa habló de un "Derecho Premial", o sea, que estimula y reeduca.

Por otra parte, no hay salvación posible del hombre ni reeducación sin la conveniente ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitu-

cionales, porque esto es precisamente lo que le da flexibilidad jurídica a la ley, a la norma misma y, por ende, al juez que ha de imponer una pena.

CONCLUSIONES

- 1.- Los orígenes de la relación contractual de Fianza se remonta al nacimiento mismo de la civilización. En la Grecia primitiva, se encuentra un aviso filosófico atribuido a TALES DE MILETO de que "La fianza es la precursora de la ruina".
- 2.- La fianza fue propiamente reglamentada en la era romana en las acciones excersitoria, y en el "receptum nautarum".
- 3.- La fianza es definida por el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, como "El contrato por el cual una persona se compromete a pagar por el deudor, si este no lo hace".
- 4.- La libertad provisional o libertad bajo caución (fianza) en el Derecho Público Mexicano, es una garantía que consagra la Constitución Política de la República y, por lo tanto el Juez no puede negarse a concederla cuando ésta proceda.
- 5.- Las Empresas Afianzadoras nacen a la vida mercantil mediante una concesión Federal y para obtener operar en los Estados de la Federación deben obtener también una concesión de los Gobiernos Locales.
- 6.- Por los actos que realizan las Compañías de Fianzas son de naturaleza mercantil al realizar una función de intermediación en el cambio de -desconfianzas, actos que realizan habitualmente y con el ánimo de lucro.

7.- La Fianza de Interés Social es una fianza de tipo judicial que Afianzadora Insurgentes S.A., expide ante autoridades judiciales en materia civil pero preferentemente penal, para garantizar por los fiados que carecen de recursos económicos, se encuentren en estado de indigencia o pobreza extrema.

8.- Las causas que dieron origen a la Fianza de Interés Social, se encuentra el hecho de que para algunos primodelincuentes sujetos a proceso penal, resulta nugatorio el derecho consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la libertad provisional, por carecer de recursos económicos, por su grado de extrema miseria.

Al respecto consideramos que es favorable que la Fianza de Interés Social sea elevada al rango de GARANTIA INDIVIDUAL, ya que este tipo de fianza hoy en día es una necesidad para la colectividad por la cual se legisla. Las leyes deben ser expresión de la "voluntad general", lo cual significa que no deben estar inspiradas en un interés singular, sino que deben proponerse siempre y necesariamente la realización del bien común, el cual comprende a todos los hombres sin excepción.

9.- La Fianza de Interés Social, conlleva mecanismos de readaptación social y contribuye en forma significativa a reducir la población de los reclusorios preventivos.

La Fianza de Interés Social es una respuesta de categoría a las exigencias sociales respecto a la necesidad siempre vigente de los órganos encargados de impartir justicia de sembrar certidumbre en la acti-

7.- La Fianza de Interés Social es una fianza de tipo judicial que Afianzadora Insurgentes S.A., expide ante autoridades judiciales en materia civil pero preferentemente penal, para garantizar por los fiados que carecen de recursos económicos, se encuentren en estado de indigencia o pobreza extrema.

8.- Las causas que dieron origen a la Fianza de Interés Social, se encuentra el hecho de que para algunos primodelincentes sujetos a proceso penal, resulta nugatorio el derecho consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la libertad provisional, por carecer de recursos económicos, por su grado de extrema miseria.

Al respecto consideramos que es favorable que la Fianza de Interés Social sea elevada al rango de GARANTIA INDIVIDUAL, ya que este tipo de fianza hoy en día es una necesidad para la colectividad por la cual se legisla. Las leyes deben ser expresión de la "voluntad general", lo cual significa que no deben estar inspiradas en un interés singular, sino que deben proponerse siempre y necesariamente la realización del bien común, el cual comprende a todos los hombres sin excepción.

9.- La Fianza de Interés Social, conlleva mecanismos de readaptación social y contribuye en forma significativa a reducir la población de los reclusorios preventivos.

La Fianza de Interés Social es una respuesta de categoría a las exigencias sociales respecto a la necesidad siempre vigente de los órganos encargados de impartir justicia de sembrar certidumbre en la acti-

vidad que desempeñan.

Afirmamos, que el propósito es rescatar al hombre reeducarlo y readaptarlo, conservar el orden social y lograr un "Derecho Premial", o sea, un derecho que reeduca.

10.- La Fianza de Interés Social, es un plan proyectivo, es decir, preve, nuevas necesidades y lleva así a cabo una actualización continua dentro de un marco económico-social que asegura una auténtica Justicia-Social.

11.- Asimismo la Fianza de Interés Social es un medio de estudio de las repercusiones del delito en todos sus aspectos en relación con la vida nacional, ya que éste posee "un costo social" que modifica la economía.

12.- Consideramos también que la Fianza de Interés Social es un mecanismo de evaluación de las consecuencias económicas y sociales del delito, para lo cual existen criterios básicos como son los requisitos que se exigen para otorgarla como son: que el fiado sea primo-delincuente, criterio con que estamos de acuerdo, que carezca de recursos económicos o que se encuentre en estado de indigencia, marginidad o pobreza extrema, la negativa de otorgarla a sujetos reincidentes, el otorgamiento a los acusados que hayan nombrado defensor de oficio -- del fuero común.., que nos proporcionan esquemas viables y con resultados satisfactorios.

13.- Para concluir diremos que es necesario partir, de una defensa social adecuada, dar una visión global de la sociedad en un momento y en -- unas circunstancias determinadas, es una necesidad involucrar al delincuente en la comunidad a la que pertenece y plantear una política sin adjetivos con la que se persigan la libertad, la justicia indivi dual y social y el desarrollo provechoso para todos los hombres y pa ra todos los pueblos.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ALVAREZ CANELO, JOSE. "NOCIÓN Y DISTINCIONES DE LA FIANZA DE EMPRESA", Tesis Profesional E.L.D. 1962.
- 2.- BAUCHE GARCADIIEGO, MARIO. "LA EMPRESA", Editorial Porrúa, México, 1977.
- 3.- "BIBLIA. LA SAGRADA". Editorial Herder. Barcelona España, 1968.
- 4.- BUSTIN JEAN. "EL SEGURO DE CREDITO EN EL MUNDO CONTEMPORANEO", Colección Temas de Seguros. Editorial MAPERE, 1979.
- 5.- CARRANCA Y RIVAS, RAUL. "DERECHO PENITENCIARIO". 1a. Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1974.
- 6.- CASTAN TOBEÑAS, JOSE. "DERECHO ESPAÑOL COMUN Y FORAL". Tomo II, VII. 4a. Edición. Editorial REUS, 1934.
- 7.- DIAZ BRAVO, ARTURO. "CONTRATOS MERCANTILES". Colección Textos Universitarios, 1986.
- 8.- "DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO". Editorial Labor S.A., Madrid. 1950.
- 9.- "EI ECLESIASTICO".

- 10.- GARCIA RAMIREZ, SERGIO. "PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO". 5a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1988.
- 11.- GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO". 8a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1985.
- 12.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. "DERECHO PENAL MEXICANO". 8a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1966.
- 13.- LAGRANGE M. EUGENIO. "DERECHO ROMANO". Traducción al español de la undécima edición francesa. 2a. Edición. Librería Victoriano Suárez, Madrid 1889.
- 14.- MORA, JOSE MARIA LUIS. "MEXICO Y SUS REVOLUCIONES". Tomo I, 1a. Edición, Fondo de Cultura Económica, México 1986.
- 15.- PLANIOL MARCEL. "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL". 9a. Edición. - Paris, 1923.
- 16.- PLANIO MARCEL-RIPERT JORGE. "TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS. GÁRANTIAS REALES". La Habana, 1946.
- 17.- PETIT EUGENE. "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO". 1a. Edición. -- Editorial Porrúa S.A., México, 1985.

- 18.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL". T. II. Editorial Porrúa. S.A., México 1985.
- 19.- RUIZ RUEDA, LUIS. "FIANZA DE EMPRESA". Estudios Jurídicos, México, 1985.
- 20.- SOTO ALVAREZ, CLEMENTE. "PRONTUARIO DE DERECHO MERCANTIL". 2a. Reimpresión, Editorial Limusa. 1984.
- 21.- VALLARTA, IGNACIO L. "OBRAS INEDITAS". T. VI. J. Joaquín Terrazas e Hijos, Impresor. México, 1897.
- 22.- ZAFFARONI, RAUL.- "SISTEMAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN AMERICA - LATINA". Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Depalma, Argentina, 1986.