

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, a lion on the right, and a castle on the left. Below the shield is a figure on horseback. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin text "CAETERIS ORBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA SACRAMENTANA GUATEMALENSIS INTER".

**APLICACIÓN DE LA FASE
DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO LABORAL
POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA
Y COMO CONSECUENCIA VIOLACIÓN
AL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL**

ELMER ANIBAL ARIAS BORRAYO

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2008

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**APLICACIÓN DE LA FASE DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO LABORAL POR
PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA Y COMO CONSECUENCIA VIOLACIÓN AL
PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

ELMER ANIBAL ARIAS BORRAYO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, octubre de 2008



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huítz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Abogado y Notario
Col.6034.
6° Calle 1-14 Zona 1
22534801
Ciudad de Guatemala



Guatemala, 08 de mayo de 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutin
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho

Licenciado Castillo Lutin:

De manera atenta me dirijo a usted para manifestarle que he asistido con carácter de asesor de tesis al Bachiller **ELMER ANIBAL ARIAS BORRAYO** en la elaboración del trabajo de tesis titulado:

“APLICACIÓN DE LA FASE DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO LABORAL POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA Y COMO CONSECUENCIA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL.”

Al finalizar la elaboración del mismo, atentamente le informo:

- a) Que dicho trabajo se realizó bajo mi asesoría y durante su elaboración le hice al autor recomendaciones y sugerencias respecto a la bibliografía que debió ser consultada en materia constitucional y laboral.
- b) Se instruyó al estudiante para profundizar sobre el tema propuesto, lo cual efectivamente realizó.
- c) En la elaboración del trabajo indicado, el autor siguió las instrucciones y recomendaciones que le hice en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo.

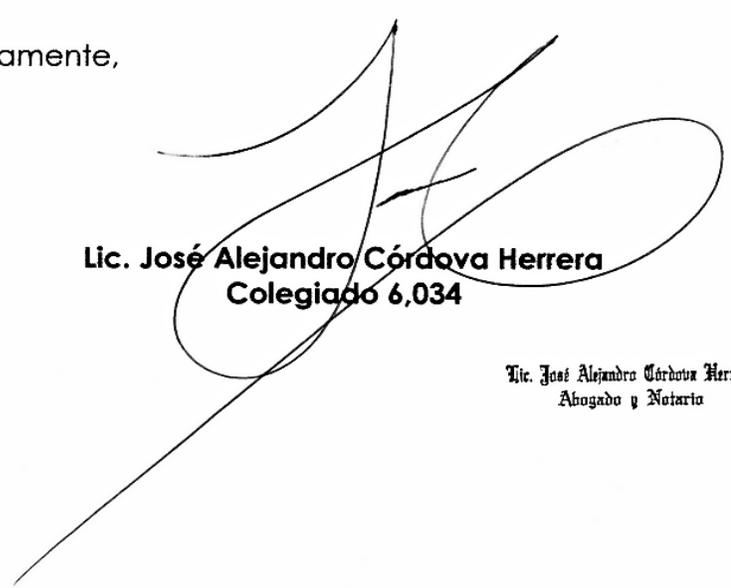


Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Abogado y Notario
Col.6034.
6ª Calle 1-14 Zona 1
22534801
Ciudad de Guatemala



En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con las requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado y que continúe su trámite respectivo.

Respetuosamente,



Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Colegiado 6,034

Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, nueve de mayo de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) LUIS RICARDO SOTO LÓPEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ELMER ANIBAL ARIAS BORRAYO, Intitulado: "APLICACIÓN DE LA FASE DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO LABORAL POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA Y COMO CONSECUENCIA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si sprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh





Licenciado Luis Ricardo Soto López
Abogado y Notario
7ma. Calle 10-64 Zona 1
2410-6060/2270-3779
Ciudad de Guatemala

Guatemala, 26 de mayo de 2008

LICENCIADO

Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Guatemala

Estimado Licenciado:

De conformidad con el nombramiento emitido por el Decanato procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller **ELMER ANIBAL ARIAS BORRAYO**, intitulado: **“APLICACIÓN DE LA FASE DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO LABORAL POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA Y COMO CONSECUENCIA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL”**.

La presente investigación se ha desarrollado con sentido científico y un minucioso análisis jurídico, el cual aborda la temática siguiente:

a) En el capítulo Primero: Se redactó con temas acerca del proceso en sus generalidades, los tipos de proceso que se encuentran en doctrina, el procedimiento que es una fase consecutiva del proceso; definición del proceso desarrollado por diferentes autores especializados en materia jurídica, los principios que rigen el proceso y que establecen las bases o fundamentos en que se apoyan las instituciones en el proceso, formalidades y actuaciones procesales que hacen referencia a los requisitos de la realización de actos jurídicos, hechos jurídicos y actos materiales para la validez de ellos, dentro del proceso y la constancia escrita de los actos procesales que se practican, y que en conjunto forman los expedientes o cuadernos de casa o juicio.

b) En el capítulo segundo: Se ha descrito sobre la conciliación específicamente sobre su origen, concepto, su naturaleza jurídica, la conciliación como acto administrativo de justicia, el arbitraje que es el mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual

Lic. Luis R. Soto López
Aboqad



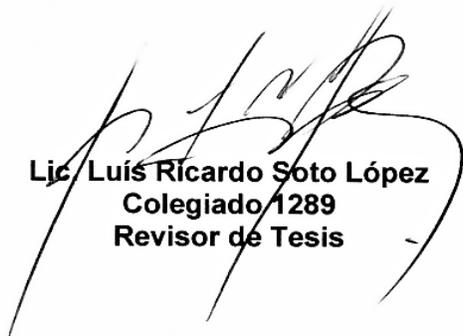
queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral, se realizó un estudio comparado con el derecho mexicano, se estableció las diferencias entre conciliación, mediación y arbitraje.

c) En el capítulo tercero: Se señala la importancia del Estado de Guatemala, la configuración del Estado, como su conformación que descansa en sus elementos clásicos, la esfera de lo estatal integrada por los valores de la sociedad la cual nos lleva a su identidad y unidad nacional, su característica como Estado de derecho y democracia, la circunscripción que comprende como es el territorio nacional, la definición de Estado así como sus funciones y sus elementos.

d) En el capítulo cuarto: Se realizó el estudio sobre la aplicación de la fase de conciliación en el proceso laboral por parte del Estado de Guatemala y como consecuencia violación al principio de igualdad constitucional refiriéndose a aspectos generales.

El bachiller **ELMER ANIBAL ARIAS BORRAYO**, utilizó la metodología adecuada, así como la aplicación de las técnicas de investigación en las que se observó rigurosidad científica, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación; y la misma estuvo orientada en análisis de los aspectos fácticos, doctrinarios y legales del estudio realizado. Considero que el trabajo anteriormente relacionado cumple con los requisitos que para el efecto establece el artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la facultad de Derecho de nuestra Universidad y en tal sentido emito **DICTAMEN FAVORABLE**, y recomiendo se sirva ordenar su impresión para ser discutido en el examen respectivo

Atentamente,



Lic. Luis Ricardo Soto López
Colegiado 1289
Revisor de Tesis

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12 GUATEMALA C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cinco de septiembre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ELMER ANIBAL ARIAS BORRAYO, Titulado APLICACIÓN DE LA FASE DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO LABORAL POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA Y COMO CONSECUENCIA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh

eff





DEDICATORIA

A DIOS:

Porque nunca ha rechazado mi oración ni me retira su amor, y me ha conducido a la roca inaccesible; tú eres mi refugio, y eres el bastión frente al enemigo.

A MIS PADRES:

JOSÉ LUIS ARIAS BARRIENTOS Y PETRONILA BORRAYO DE ARIAS, por el amor incondicional, la paciencia, y sus consejos para seguir adelante a pesar de las adversidades.

A MI ESPOSA E HIJO:

ENMA ELIZABETH ESTACUY DE ARIAS Y DIEGO ANIBAL ARIAS ESTACUY, por su amor y comprensión en los momentos en los que me ausentaba.

A MIS HERMANOS:

IRMA YOLANDA, ELVIA ESPERANZA, LUIS GIOVANNI, BOLFIN ESTUARDO Y JOSÉ ALVARO ARIAS BORRAYO, por su cariño y comprensión.

A MIS AMIGOS:

A los licenciados JOSÉ ALEJANDRO CÓRDOVA HERRERA, Y LUIS RICARDO SOTO LÓPEZ, por su apoyo, consejos y amistad, y por todas aquellas personas que me dieron palabras de aliento para seguir adelante.

A:

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE
GUATEMALA, y especialmente a la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
por abrir sus puertas y realizar los estudios
para ejercer tan gloriosa profesión.





ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Proceso laboral.....	1
1.1. Concepto de proceso.....	1
1.2. Tipos de proceso.....	4
1.3. Procedimiento.....	8
1.4. Principios del proceso.....	12
1.5. Las formalidades y actuaciones procesales.....	14
1.6. Los escritos en el proceso.....	15

CAPÍTULO II

2. Conciliación.....	19
2.1. Origen.....	19
2.2. La conciliación como acto de administración de justicia.....	21
2.3. Arbitraje.....	24
2.4. Conciliación.....	34
2.5. Naturaleza jurídica de la conciliación.....	36
2.6. Historia de la conciliación.....	41
2.7. Conciliación en México como derecho comparado.....	46
2.8. Diferencias entre conciliación, mediación y arbitraje.....	50

CAPÍTULO III

3. Estado de Guatemala.....	63
3.1. Aspectos generales.....	63
3.2. Configuración del Estado.....	63
3.3. Estado de derecho y democracia.....	64
3.4. Territorio nacional.....	65
3.5. Funciones del Estado.....	65
3.6. Definición del Estado.....	67
3.7. Elementos del Estado.....	68

CAPÍTULO IV

4. Aplicación de la fase de conciliación en el proceso laboral por parte del Estado de Guatemala y como consecuencia violación al principio de igualdad constitucional.....	85
4.1. Aspectos generales.....	85



Pág.

CONCLUSIONES.....	99
RECOMENDACIONES.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	103



INTRODUCCIÓN

Las circunstancias que han motivado y dan origen a la presente investigación se pueden resumir en tres: La primera de ellas se refiere a la aplicación de la fase de conciliación por parte del Estado de Guatemala, y debido a la naturaleza jurídica del mismo, en un proceso se aplica de manera superficial porque no se llega a un acuerdo entre las partes y poder solucionar en forma pacífica la litis a tratar, el cual ocasiona en determinado momento que el proceso se alargue y se agoten todas las instancias; llegando la parte demandante, que casi siempre será el trabajador, a allanarse o abandonar el proceso. Se debe velar por su protección y su seguridad jurídica, que le garantice el derecho de aplicarla para el bienestar de la sociedad.

La segunda circunstancia recae sobre el principio de igualdad constitucional que tienen las personas, ya sean individuales o jurídicas, para llegar a solucionar un conflicto entre ambas, para lo cual se crea la figura jurídica de la fase de conciliación en un proceso; específicamente en el proceso laboral, para lo cual se está violando en primer lugar el principio de igualdad constitucional, debido a que se le da un papel superior al Estado de Guatemala para que autoritariamente se imponga al proceso y, manifieste negativamente que no puede llegar a una conciliación con la otra parte, logrando que los jueces en materia laboral expresamente no puedan apereibir al Estado a llegar a un acuerdo entre ambas partes. Este principio constitucional debe ser aplicado constantemente, para poder obtener una mejor protección y cuidado en los procesos laborales del país. Los principios constitucionales actuales se basan esencialmente en el cuidado constitucional y no en la protección total del Estado de Guatemala.

Y la tercera circunstancia es el autoritarismo que posee el Estado de Guatemala y el desafortunado momento o papel que juega la contraparte en el proceso, porque se observa el desconocimiento o la poca seriedad por parte de los juzgadores para aplicar y hacer valer la etapa de la conciliación, y el principio de economía procesal, el cual existe para que la parte demandante ahorre recursos económicos, que es el



factor principal que nos lleva a una litis laboral; pero debido a la adversidad de posición social que se encuentran las partes que integran el proceso laboral, conlleva a que en ocasiones se gaste más en una asesoría legal que lo que se exige en una demanda laboral.

El problema social, económico y jurídico surge cuando al Estado de Guatemala no se le apercibe acerca de la fase de conciliación, y poder llegar a un acuerdo entre ambas partes para no alcanzar las últimas instancias dentro del proceso, y ocasionar un exceso de gastos humanos, económicos y sociales, agilizar este proceso en el cual, en ocasiones sale perjudicado el demandante.

En la presente investigación se planteó la hipótesis de la siguiente manera: “En Guatemala la fase de conciliación en el proceso laboral, no se aplica cuando una de las partes del proceso es el Estado de Guatemala, porque la Procuraduría General de la Nación, como representante legal del Estado de Guatemala, no tiene capacidad de negociar con la otra parte”.

Los objetivos trazados para este estudio fueron, como general: Señalar la importancia de la fase de conciliación en el proceso laboral por parte del Estado de Guatemala; y específicos: Determinar el daño que produce la aplicación de la fase de conciliación en el proceso laboral por parte del Estado de Guatemala; indicar los factores que limitan la aplicación de la fase de conciliación en el proceso laboral cuando la parte demandada es el Estado de Guatemala; comprobar la hipótesis formulada al respecto; identificar en base a que analizan los magistrados y jueces de Trabajo y Previsión Social la aplicación de la fase de conciliación en el proceso laboral cuando el demandado es el Estado de Guatemala; dar cumplimiento a la aplicación de la fase de conciliación en el proceso laboral por parte del Estado de Guatemala; establecer la función de la Procuraduría General de la Nación como Representante Legal del Estado de Guatemala, en los procesos laborales.



Para este análisis se utilizaron los métodos de investigación siguientes: Analítico sintético, inductivo-deductivo. También se tomaron en cuenta las técnicas bibliográficas y documentales, para estructurar la información acerca de la aplicación de la fase de conciliación en el proceso laboral por parte del Estado de Guatemala y la violación al principio de igualdad constitucional y, posteriormente, proceder a su interpretación.

Esta tesis se desarrolla en cuatro capítulos: En el primero se desarrolla lo referente al proceso laboral, su concepto, tipos de proceso, procedimiento, principios, las formalidades y actuaciones procesales; el segundo se refiere a la conciliación, el arbitraje, la naturaleza jurídica de la conciliación, la historia de la misma, un estudio comparado con México, y las diferencias entre conciliación, mediación y arbitraje; el tercero trata lo referente al Estado de Guatemala, su configuración, Estado de Derecho y democracia, el territorio nacional, definiciones, funciones y elementos del Estado; y, por último, el capítulo cuarto se desarrolla sobre la aplicación de la fase de conciliación en el proceso laboral por parte del Estado de Guatemala y, como consecuencia, violación al principio de igualdad constitucional, y sus aspectos generales.



CAPÍTULO I

1. Proceso laboral

1.1. Concepto de proceso

Del latín *procesus* o *procedere*, proceso es el conjunto de fases sucesivas de un fenómeno en un lapso de tiempo. Es la marcha hacia un fin determinado.

En el plano jurídico es la serie de actos encaminados a obtener un fin jurídico. Ej. proceso legislativo. Y en el plano procesal, es el ordenamiento progresivo de actos relacionados entre sí y regulados por la jurisdicción, para obtener una sentencia. Resuelve las pretensiones que las partes someten a consideración del Estado por medio del derecho de acción.

“De otro lado, procedimiento es la forma como se desarrollan las etapas de un proceso. Es la serie de pasos en los que se surte el proceso. El expediente es la historia del proceso. El diario material del mismo. Se consignan en orden riguroso las actuaciones de las partes y del funcionario. Debe incluir: demanda, reparto, conciliación, peritazgos, etc. En orden cronológico, numérico y sucesivo. Se numera en folios (hojas). Se agrupa en "cuadernos": incidentes, recursos, medidas cautelares, etc.”¹

Litigio es el conflicto de intereses jurídicos entre sujetos “no los conflictos unipersonales, que no interesan al derecho procesal”. Puede haber litigio sin proceso, pero el litigio no siempre llega a proceso por varias razones:

- El afectado renuncia a su derecho.
- No acude a la jurisdicción para su protección.
- Concilia con la contraparte.

Puede haber proceso sin litigio, porque se lleva la diferencia de común acuerdo. Ejemplo: divorcio y procesos de jurisdicción voluntaria, en donde no hay litigio.

¹ Cabanellas de Torres, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, pág. 6.



Los fines del proceso son varios: Defienden un interés común que afecta a toda la comunidad y su fin es la actuación de la Ley. Es aplicar la norma sustancial al caso concreto. El objeto del proceso es la relación jurídica o los hechos a los cuales debe aplicarse una norma para decidir sus efectos en derecho.

En el plano penal, consiste en la investigación de conductas punibles y la responsabilidad de las personas sindicadas. En el aspecto ético, que va muy de la mano con el proceso penal por la gravedad de los actos allí evaluados, investiga si hubo o no violación de norma ética.

Determina autores materiales, intelectuales, cómplices, circunstancias y responsabilidades respectivas. Protege el orden jurídico y así la paz y armonía comunitarias al castigar a quien quebrante la confianza social.

“Derecho de acción es el derecho subjetivo que tienen las personas para movilizar el aparato jurisdiccional del Estado. Sus elementos son los denominados sujetos. El sujeto activo es cualquier persona natural por el solo acto de voluntad al plantear el comienzo del proceso o de oficio, en caso de tratarse de autoridades legítimamente investidas de ciertos poderes. El sujeto pasivo en el campo penal es el Estado, representado por la rama jurisdiccional. En el plano ético es la sociedad, representada por sus profesionales con categoría de magistrados. El objeto es la decisión jurídica denominada sentencia. La causa o fin, como se ha mencionado, es proteger el interés público.”²

Derecho de contradicción es el derecho que tiene el demandado de formular peticiones al Estado para defender sus intereses y contrarrestar las peticiones del demandante. Es parte del derecho de acción y pertenece a toda persona natural, jurídica o patrimonios autónomos por el hecho de ser demandado, imputado o sindicado.

Acción y contradicción tienen la misma fuerza y tienden a conservar la paz y la justicia social. Encuentra su fundamento en el Artículo 29 de la Constitución Política de 1991, que dice: "...El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto

² Chacón de Machado, Josefina, **Introducción al derecho**, pág. 26.



que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio..."

Es la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en igualdad de condiciones. Satisface el interés público de la justicia y tutela el derecho objetivo al impedir la justicia por propia manos. Mediante el derecho de contradicción, el denunciado busca ser oído y tener oportunidades de defensa para obtener sentencia que resuelva legalmente el litigio

- Las formas de ejercer el derecho de contradicción son varias:
 - a. Pasiva: El demandado no hace nada ante la demanda. No la contesta, ni designa apoderado, ni contesta la demanda. En penal se da cuando el sindicado huye.
 - b. Relativamente pasiva: Cuando contesta la demanda pero no ataca las pretensiones, ateniéndose a lo que se pruebe en el proceso. No se plantea defensa ni se aportan pruebas.
 - c. Aceptación de pretensiones: Es la confesión sin alegar atenuantes.
 - d. Proponiendo impedimentos procesales: Tratar de evitar que se surta el proceso. No atacan la pretensión sino el proceso mismo. Estos impedimentos pueden ser definitivos, es decir los que una vez declarados terminan el proceso de manera anormal.
 - e. Activa de defensa: Cuando el demandado ataca y prueba lo contrario a lo que propone en la demanda,

El proceso ético disciplinario: El proceso se origina a través de una denuncia ante el tribunal seccional de ética médica. Dicha denuncia es instaurada por cualquier persona, natural o jurídica. En este aspecto los denominados quejosos pueden ser:

- Una persona privada, generalmente un paciente, quien considera que ha sido transgredida una norma ética.
- Un representante legal de persona jurídica. Por ejemplo, el director de una institución de salud.



- El representante legal de una entidad pública. Verbigracia, el director de un sistema de salud del Estado.
- Una autoridad pública, fiscal, personero, etc.
- Un magistrado de un tribunal de ética, quien hace la denuncia de manera oficiosa.

“Para que el proceso sea iniciado, debe aportarse una prueba mínima o sumaria que oriente hacia la violación de la norma ética o que permita inferir de manera lógica que esta ha sido transgredida. Por ejemplo, cuando una enferma acusa al médico de conductas irrespetuosas en el plano sexual y en ejercicio de un acto médico. O cuando el fiscal compulsa copias al tribunal para investigar una conducta efectuada por un médico la cual, no solamente constituya un delito sino que simultáneamente se configure como anti ética. A este respecto debe mencionarse que un médico puede estar involucrado al mismo tiempo en un proceso penal, en la acción civil que de su conducta se origine y en proceso ético disciplinario, sin romper el principio de "non bis in ídem", es decir, sin que sea juzgado varias veces por la misma conducta. Esto tiene su explicación en las diferentes jurisdicciones que evalúan su actuar y que obligatoriamente deben investigar y decidir sobre la misma.”³

1.2. Tipos de proceso

Cuando la denuncia es aceptada, el tribunal designará por sorteo a uno de sus miembros como magistrado instructor, con el fin de investigar la conducta ilícita dentro de un término de quince días hábiles como máximo. Sin embargo, cuando la gravedad del asunto así lo indique, el magistrado instructor podrá solicitar una prórroga de quince días adicionales para completar su función. En este momento, tanto el instructor como el médico acusado, pueden asesorarse de abogado titulado.

Una vez el magistrado complete su investigación, deberá presentar su informe al tribunal en pleno. Si el cuerpo colegiado lo considera necesario, podrá disponer de quince días más para ampliar el informativo. Si en este momento se considera que el

³ De Pina, Rafael, **Diccionario de derecho**, pág. 28.



acto investigado viola normas de carácter penal, civil o administrativo, deberá ponerse en conocimiento de las autoridades respectivas de manera oficiosa.

Ya analizado el informe del magistrado instructor, la sala plena del tribunal deberá tomar una de las siguientes decisiones:

- a. Declarar que no existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica en contra del profesional acusado. Es decir, proferir una resolución inhibitoria respecto de abrir pliego de cargos.
- b. Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, caso en el cual, por escrito, se le hará saber así al profesional inculpado, señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos.

En caso de resolución inhibitoria, el denunciante puede apelar la decisión. Y solamente puede hacerlo aquí, pues es su última actuación como sujeto procesal.

Esta diligencia se deberá practicar después de diez días hábiles de haberse recibido la comunicación del pliego de cargos. En ella el médico rendirá su versión sobre los hechos que se le imputan y esa declaración será la base para que el tribunal tome una de las siguientes conductas:

- Ampliación del informativo por quince días hábiles;
- Pronunciarse de fondo mediante sentencia condenatoria;
- Pronunciarse de fondo mediante sentencia absolutoria.

En caso de sentencia absolutoria, esta no puede ser apelada por el denunciante, pues ya ha perdido su calidad de sujeto procesal. Es decir, la ley considera que no tiene legitimidad para actuar dentro del proceso.

- Las sanciones pueden ser de varios tipos:
 - a. Amonestación privada.
 - b. Censura escrita y privada.



- c. Censura escrita y pública.
- d. Censura verbal y pública.
- e. Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por seis meses;
- f. Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco años.

Cuando se trate de las primeras cinco opciones, el tribunal seccional es competente para decidir las. En caso de suspensión superior a seis meses, deberá remitirse al tribunal nacional para que estudie el tiempo de la pena.

De igual forma, cuando se impone amonestación o censura, solo cabe el recurso de reposición, es decir, solicitarle al tribunal seccional que estudie de nuevo su decisión, aportando alegatos que puedan hacerla cambiar. Cuando se trata de suspensión en el ejercicio de la medicina por un plazo inferior a los seis meses, el médico condenado puede hacer uso de los recursos de reposición ante el mismo tribunal seccional y en subsidio el de apelación ante el tribunal nacional.

“Como se mencionó, cuando el tribunal seccional considere que la falta es de tal magnitud que la pena a imponer es suspensión en el ejercicio de la profesión por lapso superior a seis meses, deberá remitirse el proceso al tribunal nacional para que se asigne por sorteo a uno de sus magistrados. Este deberá analizar el caso y rendir un informe en sala plena, con un proyecto de sentencia que será discutido y decidido en conjunto.”⁴

Contra la decisión del tribunal nacional caben los recursos de reposición (ante el mismo tribunal) y apelación ante el Ministerio de Salud. Y en este último caso no se está violando el principio de la doble instancia en los procesos, puesto que al imponer la sanción el tribunal nacional, se constituye en ente de primera instancia y el Ministerio de Salud en la segunda instancia.

La severidad en las sanciones: Con mucha frecuencia las sanciones impuestas por los tribunales de ética médica, en particular en tribunal nacional, son bastante severas. Y

⁴ García Máynez, Eduardo, **Introducción al derecho**, pág. 60.



aunque toda sanción se ajusta a la ley, existen varias razones para tener este carácter de severidad.

Una de ellas radica en el concepto de lesión social y daño profesional cuando se lleva a cabo una falta ética médica. En efecto, una mancha en el ejercicio médico nos perjudica a todos los que ostentamos esta carrera, pues a medida que se multiplican las conductas prohibidas, se va perdiendo la confianza social que la comunidad ha depositado en los médicos

“Otra se relaciona con la creencia general que tiende a pensar que los médicos somos tolerantes con nuestros propios colegas, en lo que respecta a cubrir sus propias conductas. Nada más lejos de la realidad. Entre nosotros existe un ambiente de tolerancia respecto a resultados no esperados, siempre y cuando se hayan seguido los postulados de la buena fe y la *lex artis ad hoc* en el ejercicio de la medicina. Y esto es lógico, pues nuestra profesión entraña una obligación de medio y no de resultado. Sin embargo, en tratándose de faltas éticas comprobadas y sin ningún tipo de explicación medianamente aceptable, procedemos a evaluar las mismas, para luego imponer la sanción que corresponda a su misma gravedad. Todo esto conforme a derecho.”⁵

Adicionalmente, al ser los magistrados personas particulares investidas de funciones públicas de manera transitoria, somos representantes del Estado y, como tales, asumimos una función de enorme trascendencia, pues recibimos un encargo trascendental de parte de la estructura legal como es:

- Defender la integridad de las normas éticas.
- Crear un ambiente de seguridad jurídica dentro de nuestros conciudadanos.
- Vigilar por el correcto ejercicio de la medicina en esta querida nación.

Concepto de proceso: En significado gramatical es la sucesión de actos, vinculados entre sí, respecto de una cosa común.

⁵ Osorio Sandoval, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 5.



Proceso jurisdiccional: Son los diferentes actos que realizan las partes que presentan posiciones antagónicas cuando acuden a un órgano jurisdiccional a efecto de que se les resuelva favorablemente a sus respectivas reclamaciones.

El proceso dinámico: Todas las actuaciones preliminares al dictado de un fallo; se le denomina proceso.

El proceso: Es el desarrollo regulado por la ley de todos los actos concatenados cuyo objetivo es que se diga el derecho a favor de quien tenga la razón total o parcial.

1.3. Procedimiento

Es tan común confundir proceso con procedimiento, pero son dos cosas distintas. El proceso es el todo, es la serie de etapas ordenadas hasta llegar a un fin, y procedimiento: Es la forma en que se desarrolla el proceso; por ejemplo: la forma en que se presenta la demanda, los requisitos que debe llenar la demanda, la forma en que se resuelve el juez dándole trámite a la demanda, la forma en que da el emplazamiento, la forma en que se realiza una notificación, la forma en que se articulan posiciones, etc.

Procedimiento: Es el desarrollo real de un caso en que se haya planteado una determinada controversia.

Eduardo Pallares establece: “No hay que identificar el procedimiento y el proceso. Este último es un todo o si se quiere una institución. Está formado por un conjunto de actos procesales que si se inician con la presentación y admisión de la demanda, y terminan cuando concluye por las diferentes causas que la ley admite.

El procedimiento es el modo como se va desenvolviéndose el proceso, los tramites a que esta sujeto, la manera de sustanciarlo, que puede ser ordinaria, sumaria, sumarísima, breve, dilatada, escrita o verbal, con una o varias instancias, con periodo de prueba o sin el, así sucesivamente.”



Se concluye que procedimiento es simplemente la forma en que se desarrolla el proceso.

Concepto de Carlos Arellano García de proceso jurisdiccional: “Es el cúmulo de actos, regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un órgano del Estado, con facultades jurisdiccionales. Para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia o controversias planteadas.”

- Características:

- a. Cúmulo de actos: Porque esta integrado por un cúmulo de actos de personas físicas y morales.
- b. Regulados normativamente: Por la existencia de un orden lógico jurídico previamente establecido.
- c. Actos de juez y demás sujetos que intervienen ante un órgano del Estado: En el proceso se regulan conductas de personas.
- d. Ante un órgano del estado con facultades discrecionales: Refiérase al poder judicial.
- e. Aplicación de normas jurídicas.
- f. Solución de la controversia o controversias planteadas: No es otra cosa que la sentencia al caso concreto que se trate.

- La relación jurídica procesal:

Relación: Gramaticalmente significa, la vinculación o conexión entre una cosa con otra. Entre personas; entre personas y una cosa.

Relación jurídica: Al nexo deber ser que vincula el supuesto normativo con las consecuencias jurídicas. (sujeto pretensor que reclama sujeto obligado el cumplimiento de un deber que constituye el derecho del sujeto pretensor).

Rafael de Pina: “Vinculo establecido entre personas regidas por el derecho”.

Sujetos en el proceso: Los sujetos que intervienen en la relación jurídica procesal son los siguientes: actor, demandado y juzgador (juez):



- Actor: es la persona a quien se le ha sido violentado sus derechos.
- Demandado: Es la persona responsable de la violación de un derecho a un tercero.
- Juzgador: Es el responsable de decir el derecho. Representa al estado.

Los abogados, peritos y testigos. No son partes en el proceso.

- Etapas del proceso:
 - a. Demanda: Formular por escrito las pretensiones de la actora en contra del demandado conforme a derecho.
 - b. Admisión de demanda y emplazamiento: La admisión es la radicación o aceptación de la demanda por encontrarse conforme a derecho. Y el emplazamiento es la notificación que hace el actuario o personal autorizado por el juzgado para darle a conocer de la demanda al demandado.
 - c. Contestación de demanda: Consiste en afirmar o negar las pretensiones de la actora.
 - d. Ofrecimiento de pruebas: El actor y el demandado ofrecen sus pruebas.
 - e. Admisión de pruebas: El tribunal admite las pruebas por encontrarse conforme a derecho.
 - f. Desahogo de pruebas: En esta etapa procesal el juzgado ordena el desahogo de las pruebas y señala fechas para tal efecto.
 - g. Alegatos: Una vez finalizada la etapa de pruebas se abre el periodo de alegatos, y estos son consideraciones del porque cada una de las partes considera que le asiste el mejor derecho para que falle el juez en su favor.
 - h. Sentencia: Es la resolución que pone fin al juicio.

Clasificación de los procesos: Clasificar es ordenar las cosas bajo diversas perspectivas. Los procesos de pueden ordenar de la siguiente manera:

- Ordinarios y especiales.
- Contenciosos y voluntarios.
- Oral o escrito.
- Sumario.



- Singular o colectivo.
- Por materia: civil, penal, social, administrativo, agrario, fiscal, etc.
- Por fuero: eclesiástico, militar, de comercio, de hacienda.
- Por el fin: declarativo, ejecutivo.
- Presupuestos procesales:

Presupuesto de antelación: Son los elementos de presencia previa y necesaria para que pueda integrarse debidamente el proceso, y estos son:

- a. La proposición de una demanda judicial.
- b. Un órgano dotado de jurisdicción.
- c. Partes que se presenten como sujetos de derecho.

- Presupuestos generales:

- a. Escrito de demanda, formulado y presentado legalmente.
- b. Competencia del juez para conocer el juicio.
- c. Capacidad procesal del actor y del demandado y debida personalidad de quienes lo representen en el juicio cuando no comparezca personalmente.

Cargas procesales: Son situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal.

La carga tiene una doble fase, por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar pero tiene al mismo tiempo el riesgo de no contestar, de no probar y no alegar. El riesgo consiste en que si no lo hace oportunamente se falla el juicio sin oír su defensa, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones.

José Becerra Bautista señala los siguientes tipos de carga de la prueba:

- Carga de demandar: El actor puede demandar o no; si realiza la conducta tiene la carga de la prueba.



- Carga del impulso procesal: Una vez formulada la demanda y presentada ante el juzgado, el actor tiene la carga de la prueba, de no hacerlo corre el riesgo que la caducidad de la instancia cuando esta existe o el sobreseimiento.
- Carga de la prueba: La parte interesada puede allegar elementos crediticios o abstener de esa aportación. Tiene el libre albedrío.
- Carga de los alegatos: La que no presenta los alegatos, es sabedora voluntariamente que ha perdido una oportunidad de esgrimir sus argumentos, que pudieran haber tenido influencia en el resultado del juicio.
- Carga de someterse a inspecciones del tribunal y exhibir documentos: Si se trata de una obligación mediante medio de apremio, el tribunal podrá obligar a la parte, mediante medios de apremio a someterse a la inspección y exhibir documentos.

1.4. Principios del proceso

Principios que rigen el proceso: Son las bases o fundamentos en que se apoyan las instituciones en el proceso.

Principios procesales generales: Eduardo Pallares lo define “Los principios rectores del procedimiento son los que determinan la finalidad del proceso, las reglas que deben seguir al tramitarlo y la correcta manera de interpretar y aplicar las normas procesales.”

- Clasificación:
 1. Principio de inmediación: Establece que la comunicación del juez con los partes y, en general, con todo el material del proceso, sea directa. Que el juez oiga a las partes, reciba pruebas, oiga los alegatos, los interroga.
 2. Principio de publicidad: Es el principio según el cual debe de ofrecerse al público la posibilidad, como regla, de presenciar la vista de los negocios, seguir la marcha del proceso, controlar la conducta y las declaraciones del juez, de las partes y de los testigos.
 3. Principio de oralidad: Las manifestaciones y declaraciones que se hagan a los tribunales, para ser eficaces necesitan ser formuladas de palabras.



4. Principio de escritura: Las manifestaciones y declaraciones para ser validas tienen que realizarse por escrito.
5. Principio de impulso procesal: Son actos que tienden a asegurar el pasaje de una etapa a otra, como ser de la sustanciación de la prueba, de la prueba a la conclusión, de la conclusión a la sentencia (esta a iniciativa de las partes).
6. Principio de inmunidad de jurisdicción: Es una prerrogativa que impide al estado someter a otro, a sus jefes y agentes diplomáticos a la jurisdicción de los tribunales.
7. Principio de concentración: Es característico del proceso oral y debe de haber el menor número de audiencias, en atención que sea más próxima la decisión de las actividades procesales.
8. Principio de igualdad de las partes: Las partes deben de estar en situación idéntica frente al juez, por lo cual no debe haber ventaja o privilegios a favor de una ni hostilidad en perjuicio de la otra.
9. Principio de congruencia de las sentencias: La sentencia debe de apegarse a las constancias de autos.
10. Principio de economía procesal: El proceso debe de desarrollarse con el mayor ahorro de tiempo, energía y costo, de acuerdo con cada circunstancia de cada caso.
11. Principio de preclusión: Las partes tienen cargas procesales, si no las hacen valer oportunamente, la posibilidad correspondiente se cierra y el proceso sigue adelante.
12. Principio de consumación procesal: Consiste en que los derechos procesales se extinguen una vez que han sido ejercitados.
13. Principio del contradictorio: La parte demandada se le da la oportunidad de defenderse con argumentos y con pruebas en contra de las reclamaciones que se le han hecho.
14. Principio de convalidación: Según este principio, si el acto nulo en el proceso, no es impugnado se convalida.
15. Principio de eficacia procesal: La duración del proceso no debe de redundar en perjuicio del vencedor, por lo cual, la sentencia debe retrotraer sus efectos al momento en que se entablo la demanda.
16. Principio de adaptación al proceso: Conforme a este principio el legislador establece diferentes procesos, uno general y otros especiales. Ejemplo: Un proceso de



divorcio necesario, otro proceso de divorcio voluntario. Existe una adaptación abstracta del proceso a la vida social. Quien intenta la acción se adapta al proceso previsto por el legislador, mismo que es acorde con la acción que se intenta.

17. Principio de probidad: El proceso es una institución de buena fe que no ha de ser utilizada por las partes con fines de mala fe o fraudulentos. El juez esta obligado a dictar las medidas necesarias para evitar que los litigantes conviertan el proceso en un instrumento al servicio de intenciones contrarias al funcionamiento expedito de la justicia.
18. Principio al respeto a la investidura judicial: Quien acuda a solicitar la intervención de la autoridad del poder publico, con facultades de ejercicio de función jurisdiccional, han de hacerlo con respeto debido a la investidura que están dotados los funcionarios encargados del desempeño de la administración de justicia.
19. Principio dispositivo: El ejercicio de la sanción procesal esta encomendado en sus dos formas activas y pasivas a las partes y no al juez.

1.5. Las formalidades y actuaciones procesales

Forma: Es el aspecto o figura exterior de algo.

Formalidades procesales: Requisitos externos de realización de los actos jurídicos, hechos jurídicos y actos materiales para la validez de ellos, dentro del proceso.

Actuación: Es la constancia escrita de los actos procesales que se practican, y que, en conjunto forman los expedientes o cuadernos de casa proceso o juicio.

Actos procesales: Son los actos jurídicos, los hechos jurídicos y los actos materiales que se realizan dentro del proceso contencioso o no contencioso.

Los actos judiciales: Son los actos jurídicos, los hechos jurídicos y los actos materiales que se realizan dentro del proceso contencioso.

Actuación procesal en sentido restringido: Es la actividad cuyo sujeto seria el órgano jurisdiccional, a través de sus funcionarios, juez, secretario, o el actuario.



Actuación procesal en sentido amplio: Son los actos jurídicos, los actos materiales y los hechos jurídicos atribuibles a cualquiera de los sujetos que interviene en el proceso.

- Algunas formalidades:
 - a. El idioma español.
 - b. Fechas y cantidades con letra.
 - c. Esta prohibido emplear abreviaturas.
 - d. En caso de error no borrar ni raspar las palabras equivocadas.
 - e. Las actuaciones deben estar autorizadas por funcionarios públicos.

Violación a las formalidades procesales: Los actos carecen de eficacia y son nulos.
Ejemplo de formalidades esenciales:

- La firma del funcionario judicial. Ejemplo: juez, secretario de acuerdos, etc.
- Las notificaciones personales. Ejemplo: demanda, sentencia, etc.

1.6. Los escritos en el proceso

Concepto de escrito: Es cualquier documento que se dirige a los tribunales y que contenga algún pedimento, declaración o alegato, relacionado con el proceso, y para que surta sus efectos en él.

- Elementos que debe contener el escrito de demanda:
 - a. Rubro: Es la anotación que se hace al margen derecho de la demanda o escrito, para identificar el expediente, la partes en el proceso, número de expediente.
 - b. Autoridad a la que se dirige el recurso: Es el órgano o autoridad judicial al cual va dirigido el escrito. Ej. c. juez primero de primera instancia de lo civil. “h. segunda sala” “h. tribunal superior de justicia”. etc. Este apartado se establece en el margen izquierdo después del rubro.
 - c. Nombre y personalidad del promovente: En este apartado del escrito de demanda se establece el nombre del actor, carácter con que promueve, si es en nombre propio o se actúa como apoderado legal,



- d. Domicilio para oír y recibir notificaciones: El domicilio para oír y recibir notificaciones es la casa habitación o despacho jurídico señalado para que se practiquen las notificaciones que sean necesarias. En caso que de que el actor no tenga domicilio para oír y recibir notificaciones en la ciudad donde se este llevando a cabo el juicio, puede señalar los estrados

Los expedientes procesales: Es el cúmulo de documentos, glosados en uno o varios cuerpos, que contienen escritos de las partes y de terceros, actuaciones procesales y resoluciones judiciales, así como documentos y copias de documentos públicos y privados aportados por las partes y por terceros, con motivo de los procesos realizados en el desempeño de la función jurisdiccional o administrativa.

- Datos que se contienen en una carátula:
 - a. Numero de expediente.
 - b. Secretaria a la que pertenece el expediente.
 - c. Juzgado en el que se sigue el proceso.
 - d. Nombre del actor y del demandado.
 - e. Clase de juicio o procedimiento.
 - f. Nombre del juez o secretario.

Terminología procesal: Es el léxico, vocabulario especializado, o jerga procesal con los cuales habrá de familiarizarse el profesional del derecho.

- Vocablos:

Cotejar: Consiste en comparar los originales o copias certificadas con las copias simples.

Cuerda separada: Se utiliza cuando se hace referencia a la tramitación de un incidente o de una sección del juicio, cuyas actuaciones se realizan independientemente de la cuestión principal e incluso se lleva una pieza de autos distinta, que no se glosa al expediente principal.



Razón: Se hace referencia a una constancia escrita que se asienta en los autos y que es puesta por el interesado, quien firma junto con el secretario de acuerdos o el actuario.

Comparecencia: Palabra que se utiliza para hacer referencia al hecho de que se acuda personalmente al juzgado por alguna persona, sea parte o tercero en un proceso determinado.

Dar vista: Este vocablo es utilizado para indicar que los autos quedan en la secretaría para que se impongan de ellos los interesados, para que se entreguen copias, para tomar apuntes, alegar, o glosar cuentas.

Correr traslado: Esta frase se emplea para determinar el caso en que se entregue a la parte contraria copias de ciertos escritos o documentos, en los casos previstos por la ley.

Fe pública: Es el acto por medio del cual un funcionario publico autorizado por la ley da constancia de un acto o de hecho de carácter jurídico.

- Terminación anormal del proceso:

Lo normal es que un juicio termine en sentencia definitiva, pero se puede dar el caso de que el juicio termine por decir de alguna manera anormal y estos son los casos siguientes:

- a. Avenimiento de las partes: Esta terminación del juicio se da cuando las partes llegan a un acuerdo y deciden poner fin al juicio.
- b. Caducidad de la instancia: Se da cuando las partes por alguna razón han dejado de promover por lo que se deduce en presunción legal que han perdido el interés en la continuación del proceso, a esto se le llama inactividad procesal. La terminación del proceso por inactividad de las partes dependerá del tipo o rama del derecho que se trate y el tiempo lo fijará los códigos procesales.



c. Desistimiento: Es el derecho que tiene el titular del derecho de acción para renunciar, expresamente, a su derecho de continuar la instancia o a su derecho de continuar en el ejercicio de su acción, con lo que termina la instancia o la acción, previo cumplimiento de las condiciones legales.

Un proceso no es más que un conjunto que ejecutan el mismo código, junto con las zonas de memoria asociadas a ellos y los ficheros que tienen abiertos.

“Un programa consta, al menos, de un proceso. Cuando un programa tiene varios procesos, lo normal es que cada uno ejecute un código distinto, los cuales se encuentran en ficheros ejecutables separados. Dos procesos solo pueden compartir una zona de memoria si esta es definida expresamente como tal. Así mismo, es en este caso cuando los sistemas de sincronización a la hora de compartir memoria (de los que hablaremos más adelante) se vuelven especialmente necesarios e importantes.”⁶

El concepto de proceso se refiere al cambio de estado desde un estado inicial hasta un estado final. Conocer el proceso significa conocer no sólo los estados final e inicial sino las interacciones experimentadas por el sistema mientras está en comunicación con su medio o entorno.

⁶ Pérez, Pascual Marín, **Introducción a la ciencia del derecho**, pág. 10.



CAPÍTULO II

2. Conciliación

2.1 Origen

La conciliación es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

La conciliación es un procedimiento con una serie de etapas, a través de las cuales las personas que se encuentran involucradas en un conflicto desistible, transigible o determinado como conciliable por la ley, encuentran la manera de resolverlo a través de un acuerdo satisfactorio para ambas partes.

Además de las personas en conflicto, esta figura involucra también a un tercero neutral e imparcial llamado conciliador que actúa, siempre habilitado por las partes, facilitando el dialogo entre ellas y promoviendo formulas de acuerdo que permitan llegar a soluciones satisfactorias para ambas partes.

Desde una perspectiva diferente además de ser un procedimiento, la conciliación es un acto jurídico en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica y distintos intereses y en donde su consentimiento y voluntad están dirigidos directamente a dar por terminada una obligación o una relación jurídica, a modificar un acuerdo existente o a crear situaciones o relaciones jurídicas nuevas que beneficien a ambas partes.

“De esta manera, la visión de la conciliación como institución jurídica la enmarca dentro de una nueva forma de terminación de procesos judiciales que actúa con independencia y autonomía de este trámite y que consiste en intentar ante un tercero neutral un acuerdo amigable que puede dar por terminadas las diferencias que se presentan. Se constituye así esta figura en un acto jurídico, por medio del cual las partes en conflicto se someten antes de un proceso o en el transcurso de él, a un trámite conciliatorio con la ayuda de un tercero neutral y calificado que puede ser el



juez, otro funcionario público o un particular a fin de que se llegue a un acuerdo que tendrá los efectos de cosas juzgada y prestará mérito ejecutivo.”⁷

Es importante detenerse en los efectos del acuerdo conciliatorio con el fin de hacer claridad sobre sus alcances: En primer lugar, el acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada, es decir que los acuerdos adelantados ante los respectivos conciliadores habilitados por ley, aseguran que lo consignado en ellos no sea de nuevo objeto de debate a través de un proceso judicial o de otro mecanismo alternativo de solución de conflictos.

El efecto mencionado busca darle certidumbre al derecho y proteger a ambas partes de una nueva acción o una nueva sentencia, es la renovación de la autoridad del acuerdo conciliatorio que al tener la facultad de no volver a ser objeto de discusión, anula todos los medios de impugnación que puedan modificar lo establecido en él.

De otra parte el acta de conciliación presta mérito ejecutivo dentro de los términos de los artículos 78 del Código Procesal del Trabajo y 66 de la Ley 446 de 1998, esto es que cuando el acta de conciliación contenga una obligación clara, expresa y exigible, será de obligatorio cumplimiento para la parte que se imponga dicha obligación.

En caso de incumplimiento total o parcial de lo acordado por parte de uno de los conciliantes, la autoridad judicial competente podrá ordenar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en la Ley 446 de 1998, dando efectividad a los acuerdos.

En general la conciliación se presenta como una oportunidad que la ley otorga a las partes para que restablezcan sus ánimos a través de una figura que puede ser de carácter judicial o extrajudicial y a la que voluntariamente se someten a raíz de un conflicto con el fin de darle existencia a un acto siempre que los derechos sean susceptible de transacción, desistimiento o conciliación.

De manera concluyente podemos decir que la conciliación es una manera de resolver de manera directa y amistosa los conflictos que surgen de una relación contractual o

⁷ Pereira Orozco, Alberto, **Introducción al estudio del derecho I**, pág. 15.



que involucre la voluntad de las partes, con la colaboración de un tercero llamado conciliador, de esta manera se da por terminadas sus diferencias, suscribiendo lo acordado en un acta conciliatoria.

2.2. La conciliación como acto de administración de justicia

- La conciliación como acto de administración de justicia es:
 - a. Solemne: Por cuanto la ley exige la elaboración de un acta de conciliación con la información mínima establecida en el artículo 1 de la Ley 640 de 2001.
 - b. Bilateral: Es bilateral porque el acuerdo conciliatorio al que llegan las partes impone obligaciones a cada una de ellas.
 - c. Onerosa: Generalmente la conciliación conlleva acuerdos y prestaciones patrimoniales para ambas partes o por lo menos para una de ellas.
 - d. Conmutativa: Porque las obligaciones que surgen del acuerdo conciliatorio son claras, expresas y exigibles; no admite obligaciones aleatorias o imprecisas.
 - e. De libre discusión: Porque el acuerdo conciliatorio al que llegan las partes es el resultado de discusiones y negociaciones para lograr la solución a la controversia; las partes pueden o no llegar a un acuerdo, el conciliador no puede obligar a las partes a conciliar, las fórmulas de arreglo son de libre discusión y aceptación.
 - f. Acto nominado: Porque existen normas claras y precisas que regulan la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos que la diferencian de otras como la mediación o la amigable composición que no se encuentran reguladas ampliamente en la Ley.
 - g. Libertad de acceso: La conciliación es una figura que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, por ello, cualquier ciudadano puede acudir a la conciliación como una alternativa para solucionar sus conflictos. Las personas pueden acudir libremente a un centro de conciliación, ante un funcionario público habilitado por la Ley para conciliar o ante un notario para solicitar una conciliación.

Las personas pueden acudir libremente a un centro de conciliación, ante un funcionario público habilitado por la Ley para conciliar o ante un notario para solicitar una conciliación.



- h. Satisfacción: La gran mayoría de las personas que acuden a la conciliación quedan satisfechas con el acuerdo toda vez que el mismo es fruto de su propia voluntad. La mejor solución a un conflicto es aquella que las mismas partes han acordado.
- i. Efectividad. Una conciliación tiene plenos efectos legales para las partes. El acta de conciliación se asimila a una sentencia judicial porque el acuerdo hace tránsito a cosa juzgada y el acta presta mérito ejecutivo.
- j. Ahorro de tiempo: Mediante la conciliación las personas solucionan sus conflictos de una forma más rápida en comparación con la duración de los procesos judiciales en Colombia. La conciliación tiene la duración que las partes establezcan de común acuerdo con el conciliador, por lo general las conciliaciones se desarrollan en una sola audiencia lo que se traduce en una justicia celera.
- k. Ahorro de dinero: Teniendo en cuenta que la conciliación es un procedimiento rápido, las partes se ahorran los costos que implica un largo proceso judicial. En la conciliación las partes pueden o no utilizar los servicios de un abogado.

Dependiendo de la persona o institución que las partes acudan se puede o no cobrar una tarifa para la conciliación que es significativamente menos costosa que un juicio.

- l. “Control del procedimiento y sus resultados: En la conciliación las partes deben colaborar para construir la solución del conflicto y, por esa razón, las partes controlan el tiempo del procedimiento y sus resultados.

La conciliación es una figura eminentemente voluntaria donde las partes son las protagonistas del manejo de la audiencia de conciliación y el acuerdo logrado es resultado de una negociación facilitada por el conciliador.”⁸

- m. Mejora las relaciones entre las partes: La conciliación no produce ganadores ni perdedores, ya que todas las partes deben ser favorecidas por el acuerdo que se logre, por ello la conciliación facilita la protección y mejora las relaciones entre las

⁸ Rojina Villegas, Rafael, **Introducción al estudio del derecho**, pág. 20.



personas porque la solución a su conflicto fue construido entre todos. En la conciliación las partes fortalecen sus lazos sentimentales, de amistad o laborales.

- n. Confidencialidad: En la conciliación la información que las partes revelan en la audiencia de conciliación es confidencial o reservada, así, ni el conciliador ni las partes podrán revelar o utilizar dicha información en otros espacios.
- o. Judicial: La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial.
- p. Extrajudicial: La conciliación es extrajudicial si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial.
- q. En derecho: La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias. En equidad: La conciliación extrajudicial se denominará en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

La mediación es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual un tercero ajeno al problema interviene entre las personas que se encuentran inmersas en un conflicto para escucharlas, ver sus intereses y facilitar un camino en el cual se encuentren soluciones equitativas para los participantes en la controversia.

Es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual las partes someten sus diferencias a un tercero diferente del Estado, con el fin de buscar un arreglo amistoso. En estos casos, el tercero neutral elegido no tiene ninguna calidad especial según la ley y sus propuestas no son de obligatoria acogida, reduciendo su función a buscar una solución aceptable para las partes.

“Por otra parte, podemos definir esta figura como el intento de poner fin a una diferencia a través de la participación activa de un tercero que recibe el nombre de mediador, quien trabaja para encontrar puntos de consenso y hacer que las partes en conflicto acuerden un resultado favorable. En relación con la figura del arbitraje encontramos diferencias claras, ya que el tercero en el caso del arbitraje actúa como un juez dentro de un tribunal, y dentro de un ambiente formal mientras que el mediador actúa dentro



de una libertad de formalidades y aunque tiene una participación activa en la discusión no tiene bajo sus funciones la solución de la disputa.”⁹

Esta figura se utiliza en conflictos relacionados con demandas civiles y contratos, eligiéndose también para disputas relacionadas con divorcio, custodia de los niños y régimen de visitas.

Se define de manera generalizada como un procedimiento mediante el cual los participantes asistidos por una o más personas neutrales, desarrollan formas de manejo de las emociones liberadas en los conflictos, aislando los asuntos de la diferencia y considerando alternativas para encontrar opciones que les permitan llegar a un acuerdo que satisfaga los definidos intereses.

- Dentro de las características principales de esta figura encontramos:
 - a. Es un procedimiento no adversarial.
 - b. Es pacífico.
 - c. Es cooperativo de resolución de conflictos.
 - d. Se logran un acuerdo rápido.
 - e. No son necesarios altos costos en tiempo, dinero y esfuerzo.
 - f. Es una instancia voluntaria a la que la parte puede o no asistir con su abogado, no es impuesta.

2.3. El arbitraje

El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

“El arbitraje es un procedimiento que se presenta ante los centros de arbitraje, facultados por la ley para instalar y coadyuvar a los tribunales de arbitramento que se

⁹ Franco López, César Landelino, **Manual de derecho procesal del trabajo**, pág. 25.



encargan de decidir los conflictos entre las partes, mediante fallos dictados por particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia denominados árbitros, conforme lo establecido en la cláusula compromisoria, o en el pacto arbitral.”¹⁰

A través de esta figura, las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible difieren su solución a un tribunal arbitral, lo que convierte la figura en un mecanismo heterocompositivo y le permite a aquel tribunal quedar transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia profiriendo una decisión llamada laudo arbitral.

- Dentro de las ventajas de este procedimiento encontramos:
 - a. Celeridad.
 - b. Economía.
 - c. Eficacia.
 - d. Reserva.
 - e. Idoneidad.

Es importante anotar que la decisión tomada dentro del trámite arbitral es idéntica que una decisión “fallo” judicial y cuenta con la posibilidad de interposición de recursos.

- A este procedimiento se llega básicamente de tres formas:
 - a. por establecerlo la Ley.
 - b. por existir una cláusula compromisoria pactada en un contrato.
 - c. Por un compromiso acordado posteriormente al surgimiento del conflicto.
- Los tipos de arbitraje establecidos por la ley son los siguientes:
 - a. Arbitraje en derecho: Es aquel ajustado a derecho que debe fundar su resolución en las normas legales y jurisprudencia vigentes.

¹⁰ **Ibid**, pág. 27.



- b. Arbitraje en equidad: Es aplicado en situaciones de confianza donde no hace falta aplicar las normas jurídicas o la jurisprudencia, sino los criterios de justicia propios de los árbitros conforme al lugar de las partes en conflicto.
- c. Arbitraje técnico: Está basado en los conocimientos técnicos profesionales especializados de los árbitros que han sido nombrados.

De cualquiera de estas formas de arbitraje, el tribunal decidirá la diferencia a través de un laudo, es decir, un fallo o sentencia del arbitraje, que debe versar sobre todas las pretensiones sometidas a la decisión del ámbito dentro del plazo fijado en el pacto arbitral.

El acuerdo directo o negociación directa es un mecanismo alternativo de solución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de su controversia o previenen un conflicto futuro sin la intervención de un tercero. El acuerdo al que llegan las partes se consigna en un contrato de transacción.

De acuerdo con nuestro Código Civil, este mecanismo de solución de conflictos se eleva como un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

Se trata entonces, de un contrato que se firma luego de que ambas partes han llegado a un acuerdo sobre hechos o derechos transigibles, dando por terminado así el conflicto en el que se encontraban involucradas de manera extrajudicial.

Esta figura según la doctrina pertenece al derecho privado, debido a que sus etapas se dan sin la intervención de un mediador o de un funcionario competente, requiriendo exclusivamente el acuerdo de las partes quienes hacen concesiones recíprocas que extinguen o modifican obligaciones litigiosas sin suponer la intervención de un tercero.

Otros mecanismos puede generar obligaciones unilaterales o compromiso de solo una parte; sin embargo, en el caso de la transacción, los involucrados deben llegar a un acuerdo a partir de concesiones mutuas; esta característica resulta ser la mas



importante de esta figura junto con la de ser un método de solución rápida que evita gastos económicos para su solución o dilaciones en procesos judiciales.

Al igual que en la conciliación, en esta figura la ley le otorga al acuerdo el efecto de cosa juzgada y la doctrina colombiana considera que presta mérito ejecutivo.

¿Cuál es la mejor manera para que las personas resuelvan sus conflictos? Es evidente que la respuesta mayoritaria es “ellas mismas”. Este es el principio general que da origen a los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

La génesis de la conciliación es la negociación y como tal se ve que la misma es un atributo de su personalidad, que nació con el hombre, ya desde el nacimiento el bebé negocia “llora” para que le den de comer y le presten atención.

“En cualquier ámbito, cuando las partes llegan al conflicto, es porque cada una mantiene una posición contrapuesta y no están viendo el interés común. Hay un conocido ejemplo: el de las dos empresas que compiten entre sí para hacer una oferta por la incorporación de una plantación de naranjas pero ellos pueden descubrir que tienen un interés común, porque una es productora de medicamentos y la otra de jugos, ya que una utiliza la cáscara y la otra la pulpa.”¹¹

La negociación es objeto de las ciencias, primero por las ciencias comerciales y luego por las ciencias jurídicas, éstas van desarrollando los diferentes métodos de negociación y transcurrido el siglo 20 diversas escuelas universitarias incorporan investigación y desarrollo sobre los diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos.

Uno de los países donde más desarrollado están estos métodos de resolución de conflictos es Estados Unidos de América las precursoras son las universidades de Harvard y San Francisco; y los métodos de resolución de conflictos tienen un crecimiento constante en todos los Estados.

¹¹ **Ibid**, pág. 30.



Uno de los más difundidos autores sobre el tema de la negociación es Roger Fisher, profesor de negociación y director del proyecto de negociación de la escuela de leyes de la Universidad de Harvard.

Los Estados Unidos tienen mucha bibliografía y negociadores con mucha experiencia institucional y particular, quienes han intervenido en conflictos ínter empresarios, empresarios y particulares.

Las empresas han desarrollado sus propios sistemas de negociación y envían a sus directivos a las mejores escuelas a ese fin. A partir de la negociación fijan las diferentes estrategias para cada tipo de conflicto.

“En Estados Unidos las relaciones entre los sindicatos y los patronos están regidas por convenios colectivos de trabajo, que ambas partes negocian y contratan a ese efecto. Estos convenios suelen celebrarse por un plazo relativamente corto, tres años. Si un determinado asunto no está cubierto en el convenio, por lo general los trabajadores no tienen defensa alguna en lo que respecta a ese asunto, bajo las leyes de los Estados Unidos. Los convenios colectivos de trabajo proveen un procedimiento que culmina en un arbitraje. Si las partes no pueden solucionar el problema, la cuestión se somete a un tercer árbitro independiente seleccionado previamente para que dicte una resolución. La violación del convenio colectivo de trabajo es un agravio. Este proceso de agravio comienza cuando el trabajador indica a su delegado que tiene intención de presentar su queja. Si no se llega a un arreglo el agravio debe ser objeto de apelación en escala ascendente en la jerarquía de la administración por funcionarios del sindicato de más categoría. Debe hacerse notar que es el sindicato y no el trabajador quien controla el procedimiento de agravio. La razón de ello es que, conforme a la Taft Hartley Act., el sindicato es el representante exclusivo del trabajador y es el que tiene discreción para determinar si el agravio tiene fundamento. El sindicato puede decidir no continuar con un agravio y dicha decisión es obligatoria para el trabajador, aún en el caso de que el agravio haya sido por despido del trabajador. Un trabajador cuyo sindicato haya rehusado proseguir con su agravio, o que haya perdido un arbitraje, puede demandar al sindicato por violación del deber que tiene el sindicato de representar bien sus



intereses. Pero sólo ganará el juicio en la justicia ordinaria si puede demostrar que el sindicato actuó de mala fe y que el trabajador tenía una reclamación válida y bien fundada.”¹²

La legislación española creó mediante el decreto 5/1979, el Instituto de Mediación Arbitraje y Conciliación. En esa oportunidad el Rey y el Presidente de Gobierno esgrimieron como fundamento de la resolución que “Los conflictos laborales, por su propia naturaleza y por los intereses que en los mismos se enjuician, necesitan una rápida solución teniendo en cuenta que tanto para el trabajador como para el empresario la prolongación de situaciones de incertidumbre constituye una grave lesión y a veces un perjuicio difícilmente reparable.

No es admisible, en un orden social que se quiere justo que la decisión sobre situaciones muchas veces vitales se prolongue durante largos periodos de tiempo, la conciliación es igualmente una institución que se ha revelado siempre eficaz y si se limita a las materias donde la transacción es posible no merma en absoluto los derechos y garantías de los interesados y aunque no las consiga, organizada y debidamente no supone ningún retraso apreciable en el proceso laboral”.

En la República de Chile, el Código de Trabajo, prevé la doble posibilidad de recurrir a la mediación o al arbitraje para la resolución de conflictos laborales.

En Centroamérica el arbitraje es una forma de solución de los conflictos laborales, hay arbitraje en Costa Rica, El Salvador, Honduras, no lo hay en Guatemala.

“En Costa Rica la constitución promulgada en 1949, el artículo 49 dice: “toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigios pendientes” y la ley de contrato de trabajo, en el artículo 445 dice que los tribunales del trabajo están autorizados a aplicar el arbitraje para dictarse una solución rápida a las pretensiones de las partes. El arbitraje judicial es utilizado con bastante frecuencia, no así en el sector privado donde este método es poco utilizado.”¹³

¹² **Ibid**, pág. 35.

¹³ **Ibid**, pág. 36.



En Salvador el arbitraje tiene aplicación en el derecho laboral solamente para resolver conflictos colectivos.

En el caso especial de Argentina, como toda nueva institución, fue desarrollándose primero como una novedad posible para nuestro ordenamiento. Comenzaron a publicarse numerosos artículos sobre el tema y luego los precursores hicieron cursos de negociación en diversas instituciones del exterior, casi todas en Estados Unidos, algunas como capacitaciones cortas y otras más completas en castellano y en inglés.

La incorporación al ordenamiento jurídico se desarrolla a partir de la sanción de la Ley de mediación y conciliación civil y comercial, ley 24573 del 25/10/95, y posteriormente con la conciliación laboral como instancia obligatoria previa para poder iniciar la acción judicial.

“Las causas que dieron origen a la incorporación de la conciliación fueron varias: un creciente deterioro en el nivel de demora en la justicia laboral por la cantidad excesiva de expedientes en trámite que originaba un mal resultado en el funcionamiento de los tribunales de trabajo, la carencia de quien acerque a las partes en las alternativas al procedimiento jurisdiccional como el acuerdo notarial o el acuerdo espontáneo donde no hay un tercero imparcial que ayude a realizar una recomposición de derechos.”¹⁴

Todo ello sumado a la creciente difusión que se vino operando en el mundo jurídico de los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

Si consideramos como principios procesales de eficacia, el fácil acceso a la justicia y la rapidez, entonces, antes de la conciliación obligatoria, la necesidad de los trabajadores y empleadores estaba sumamente deteriorada.

Estos hechos dieron lugar a la creación de la conciliación laboral donde un tercero imparcial en una o varias audiencias acerca a las partes, concilia intereses y les propone soluciones.

¹⁴ **Ibid.** pág. 40.



“La incorporación de la mujer al trabajo, el desigual reparto de responsabilidades entre hombres y mujeres en la esfera privada, la perpetuación de la división del trabajo en función del género y un déficit de servicios comunitarios de apoyo afectan negativamente a la igualdad de oportunidades en el empleo, al equilibrio social, al entorno familiar, a la productividad empresarial y a la calidad de vida. La conciliación puede ayudarnos a resolver estos problemas.”¹⁵

La incorporación de la mujer al trabajo y sus consecuencias “reducción de la tasa de natalidad, alteración del modelo clásico de familia, etc”, ha motivado un análisis entre la contraposición de la vida laboral y la vida familiar.

La memoria histórica deja patente que esto es debido a un concepto de trabajo configurado en torno al varón como sustento económico de la familia y a que la mujer fue encasillada en el rol reproductivo y afectivo.

Tanto es así, que el trabajo se estructura en respuesta a los intereses y objetivos de un empleado varón dentro de una estructura familiar que responde a la división sexual del trabajo, o “el trabajo remunerado lo desarrolla el hombre, mientras que la mujer se mantiene en las tareas reproductivas y de sostenimiento del hogar consideradas como no laborales y, por tanto exentas de derechos económicos, jurídicos y sociales”.

Este modelo de trabajador ideal es discriminatorio para las mujeres, pero también lo es para los hombres que han asumido responsabilidades familiares. Por tanto, son cada vez más las personas que experimentan un conflicto creciente entre el trabajo y la familia.

Este conflicto tiene consecuencias negativas en los trabajadores y en la empresa:

- Insatisfacción laboral.
- Disminución del rendimiento.
- Elevación de las tasas de absentismo.
- Plantillas desmotivadas.

¹⁵ **Ibid**, pág. 43.



- Pedidas de personas calificadas.
- Bajas de productividad.

“Con independencia de la situación laboral de la mujer, la asignación tradicional de roles de género ha permanecido. Esto ha dado lugar a la asunción de una doble jornada por parte de la mujer. Con el fin de paliar esta situación es necesario un reparto más equitativo de responsabilidades entre mujeres y hombres. A pesar de todo ello, los hombres no han aumentado su cuota de responsabilidad en la esfera personal y las mujeres siguen soportando esa doble carga.”¹⁶

Desde la empresa se percibe el conflicto como algo ajeno y como una amenaza potencial al rendimiento. Facilitar la conciliación se considera un coste que la empresa no está dispuesta a asumir.

Algunas empresas europeas están cambiando la tendencia y han empezado a aplicar medidas que favorecen una mejor conciliación entre trabajo y vida personal. El éxito de estos programas radica en su universalización, su aplicación tanto a trabajadoras como a trabajadores, ya que su finalidad es promover la igualdad de género. Si estas medidas se destinan sólo a las mujeres, perpetuarán los problemas y las empresas seguirán percibiendo que contratar a una mujer es más costoso.

La conciliación de la vida personal, familiar y laboral responde a la necesidad de resolver este conflicto que afecta a las personas, a las empresas, a la familia y a todo el entorno social. Una actitud sensible de las organizaciones hacia este problema supone el desarrollo de una nueva cultura de organización.

La conciliación es un conjunto de acciones sociales, institucionales y empresariales cuyo objetivo es el desarrollo de una sociedad más igualitaria y justa. Es un modo de organizar el entorno laboral que facilita a hombres y mujeres la realización del trabajo y de sus responsabilidades personales y familiares. Conciliar no supone trabajar menos, sino de forma distinta.

¹⁶ **Ibid**, pág. 50.



Cada vez son más las personas que evalúan positivamente, a la hora de buscar o cambiar de trabajo, el valor añadido que les puede ofrecer la empresa en lo referente a mejorar su calidad de vida.

“La valoración económica del empleo va cambiando hacia una percepción más subjetiva del puesto, demandando unas condiciones que tengan en cuenta la diversidad y unas medidas que ayuden a un mejor equilibrio de todos los aspectos de la vida. Una de las causas de abandono del empleo por parte de las mujeres es la dificultad de conciliar. Este valor que pueden ofrecer las empresas retiene el talento y ayuda a los profesionales y a la organización a ser más productivos.”¹⁷

En algunos sectores que han practicado una política de recursos humanos a corto plazo “debido a la gran demanda de empleo”, se encuentran ahora frente al problema de una escasez de mano de obra calificada para determinados puestos.

Sin embargo, hay que resaltar que no todas las empresas tienen las mismas posibilidades a la hora de poner en marcha programas de conciliación. Según estudios realizados en Estados Unidos, los factores que influyen son:

- Tamaño de empresa.
- Competitividad en el mercado laboral.
- Porcentaje de mujeres en plantilla.
- Interés en retener sus recursos humanos.

Existen ya muchas investigaciones y opiniones de expertos que apoyan la adopción de medidas de conciliación. Son estudios que reflejan el elevado costo que para las empresas supone prescindir de las mujeres: el costo económico y social de que las mujeres opten mayoritariamente por determinados trabajos y el costo de la esfera privada de la vida.

Las empresas pueden ayudar a sus empleados a conciliar de varias formas: horario flexible, jornadas reducidas, jornadas comprimidas, telétrabajo, escuelas infantiles,

¹⁷ **Ibid**, pág. 67.



desarrollo de servicios para el cuidado de las personas dependientes, sensibilización en valores, etc.

Los poderes públicos han tenido un papel prioritario en la potenciación de la igualdad entre hombres y mujeres, impulsando políticas de fomento del empleo y promulgando leyes que establecen medidas de conciliación. Pero en numerosas ocasiones estas políticas han perdido su carácter universal convirtiéndose en políticas para la mujer, diluyéndose el efecto impulsor de la igualdad.

La ley 39/99 de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras ha supuesto un importante avance, pero tiene muchas lagunas que impiden una efectiva conciliación y la asunción de responsabilidades familiares por parte de los hombres.

Un aspecto muy importante para cambiar esta tendencia es el de la sensibilización y educación de la igualdad, el reparto de responsabilidades y la conciliación desde el entorno escolar para cambiar las actitudes y paradigmas de las nuevas generaciones.

Numerosos estudios económicos han apuntado al conflicto trabajo-familia como el causante de los males que aquejan al sector empresarial. El costo económico que tiene para la empresa es asumible, ya que los beneficios lo superan con creces.

Los trabajadores que logran alcanzar este equilibrio están más satisfechos y más dispuestos a comprometerse en favor de su empresa, al tiempo que sus niveles de productividad crecen a medida que la empresa se muestra sensible a sus expectativas y necesidades.

2.4. Concepto de conciliación

Etimológicamente el vocablo "conciliación" proviene del latín "conciliatio", que significa "composición de ánimos en diferencia".



Existen diversas definiciones jurídicas de conciliación, que dependen lógicamente de la corriente doctrinaria a la que se adhiera su autor; entre otras podemos citar las siguientes:

En primer lugar: "Es un procedimiento no jurisdiccional, aunque intervengan en el, por razones de conveniencia, un Juez del orden civil o del orden laboral, por el que se intenta que las partes entre las que existe discrepancia o disceptación lleguen a una avenencia o convenio evitador del proceso, que, en otro caso, sería objetivamente necesario".

“Una sentencia de la Corte Constitucional colombiana nos da una definición interesante: se ha entendido por la doctrina la conciliación como un medio no judicial de resolución de conflictos mediante el cual las partes entre quienes existe una diferencia susceptible de transacción, con la presencia activa de un tercero conciliador, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o por él mismo, buscan la forma de encontrar solución y superar el conflicto de intereses existente.”¹⁸

Por último, proceso de cognición especial por razones jurídico procesales, por el que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal o ulterior, también de cognición, mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes.

Es evidente que la finalidad de la figura en estudio es resolver, mediante el acuerdo de las partes, un conflicto ya existente, pudiendo ser positivo su efecto “logro del acuerdo y evitación del proceso o la sentencia, según el caso”, o negativo “no obtención del acuerdo”.

Dentro de las tres grandes clasificaciones de figuras resolutorias de litigios, que explicó con gran claridad el maestro español Alcalá-Zamora y Castillo, ¿dentro de cual podemos enmarcar a la conciliación? de entrada, y sin que requiera mayor explicación, excluimos la auto tutela, ya que no se trata de una decisión tomada por una de las partes prescindiendo de la voluntad de la otra para terminar el conflicto.

¹⁸ **Ibid**, pág, 72.



“¿Encuadra dentro de la heterocomposición? Jaime Guasp así lo considera. recordamos su definición, ya citada, para el la conciliación es un proceso de cognición especial, considera que la auténtica autocomposición se presenta cuando las partes, con exclusión de cualquier otra persona, resuelven el conflicto, y que en la heterocomposición se resuelve por la intervención de un tercero, ya que si interviene de manera provocada cuando es llamado por las partes estamos ante la heterocomposición; y aclara: Pero el hecho de que no se pida tanto una resolución concreta como una intermediación entre los litigantes, lo que deja un poco en la sombra la figura de la decisión en esta clase de procesos, no permite desconocer que aquí hay una verdadera reclamación entre las partes y ante el Juez, lo que no tiene por que no merecer el nombre de satisfacción procesal.”¹⁹

Desde el punto de vista de la función que realiza el encargado de la conciliación como es el juez o conciliador; podemos decir que el juez "Impone la solución" y el conciliador "Propone una o más soluciones".

Otra crítica a la postura de Guasp consiste en que "...la autocomposición no implica por si la no intervención de un tercero; por obra de las partes, no por obra de dichos terceros, los cuales, en el mejor de los casos, se limitan a proponer una solución, es decir, no están supra partes, sino inter partes".

No nos confundamos, la conciliación siempre busca un acuerdo autocompositivo, un arreglo pacífico que evite el proceso en que se resuelva el fondo del asunto, "...representa la paz, posee carácter negocial y tiene por objeto la composición amigable de un conflicto, en tanto que el proceso significa la guerra y persigue la realización de la tutela jurídica y la aplicación de sanciones".

Podemos señalar que la conciliación es un procedimiento para llegar a la autocomposición.

¹⁹ **Ibid**, pág. 90.



2.5. Naturaleza jurídica de la conciliación

Sobre la naturaleza jurídica de la figura en estudio existen diversas opiniones doctrinarias:

“Para el maestro hispano, la conciliación pertenece a la jurisdicción voluntaria, dentro de los que llama procesos preventivos. Al estudiar los procesos preliminares, encuadra a la conciliación dentro de los procesos preliminares originarios, específicamente en los preventivos, al referirse a la conciliación preprocesal. Se pregunta si los procesos preliminares son fases, procedimientos o procesos auténticos, respondiéndose así: Si el procedimiento preliminar de tipo preparatorio, preventivo o cautelar va efectivamente seguido del proceso del fondo, sería en rigor una mera fase accesoria del mismo, mientras que si esa sucesión no se produce, habrá que contemplarle como un proceso autónomo, con independencia del resultado positivo o negativo que alcance.”²⁰

Entonces, si no tiene secuela, la conciliación será un auténtico proceso; si no, una mera fase del mismo. A nuestro parecer sólo será un acto del proceso o preferimos acto a fase; que se da dentro del mismo, como en el caso de la conciliación en el despacho saneador o en la audiencia preliminar; ya que si se presenta antes no será acto del proceso, por que se desenvuelve antes de su nacimiento, incluso, busca evitarlo.

El autor en consulta ha señalado como presupuesto de la actividad procesal preliminar, ya sea que se trata de una fase o de un proceso preventivo, "...la satisfacción de un propósito autocompositivo, que, de fracasar, se reduce a la observancia de una mera condición de procedibilidad en cuanto al ulterior proceso de fondo...". En otra de sus obras, ha señalado también que el litigio es el presupuesto no sólo del proceso, sino también de la autotutela y de la autocomposición.

En concepto de este autor sudamericano, la conciliación no puede ser un proceso evitador o eliminador de otro, como estima Guasp; "Si el advenimiento se formula como un proceso natural e independiente sería ilógico considerar que obra como tal, ya que la decisión de acudir a un juez para solucionar una diferencia de intereses supone el

²⁰ **Ibid**, pág. 97.



fracaso anterior de negociaciones tendientes a evitar justamente el litigio...; sería tanto como decir que la conciliación es un proceso que tiende a eliminar el proceso ulterior, circunstancia que destaca la dificultad para entenderla como un proceso independiente".

Para Gozaíni la figura estudiada es un acto procesal, "...si la conciliación se interpreta como un acto procesal puede colegirse una finalidad clara y precisa, alcanzar un acuerdo voluntario en la diferencia de pretensiones sin necesidad de agotar una instancia judicial que, generalmente, es larga y fatigosa y no responde al espíritu inquieto del hombre ansioso por lograr el reconocimiento del derecho...". Al ocuparse de la conciliación facultativa previa al proceso, dice "... tampoco perdería su condición como acto del proceso porque si las partes están en condiciones de transigir los intereses y resuelven hacerlo ante un juez...; esa intervención da sentido, utilidad y eficacia, al mismo acto de avenimiento...; si la composición se alcanza en una audiencia conciliación intraprocesal sin hesitación alguna se obtiene idéntica conclusión".

Como ya señalamos, si la conciliación se presenta dentro del proceso, se sin duda un acto procesal, pero si se da con anterioridad, no puede ser así, entonces es un proceso o un procedimiento, pero no un simple acto, por razones que más adelante estudiaremos.

Al ocuparse de la división de los procesos en cuanto al tiempo los clasifica en:

- a. Paralelos.
- b. Precedentes.
- c. Preliminares.
- d. Previos.
- e. Prejudiciales.

Dentro de los previos es donde se encuadra a nuestro objeto de estudio.

"Son procesos previos los que constituyen un presupuesto procesal relativo a un proceso ulterior. Se diferencian de los preliminares, por que no consisten en una mera



preparación, fundada en razones de conveniencia, sino en la necesidad de que un proceso preceda a otro. Por otra parte, no se incorporan, como los procesos preliminares, a la unidad posterior, ni, en consecuencia, constituyen un todo con ella. Finalmente, se diferencian de los prejudiciales, por que la decisión que en ellos se pronuncia no prejuzga respecto de un contenido propio del objeto principal del proceso ulterior.”²¹

Sin embargo, nuestro autor señala que la clasificación hecha se refiere al caso de que la conciliación sea requerida como un presupuesto de admisibilidad de la demanda posterior, "El supuesto de admisibilidad no consiste en la conciliación misma sino en la citación a la conciliación y la constancia de su inutilidad". No obstante, se refiere aquí al caso de la tentativa fallida, ya que cuando se obtiene un resultado positivo la considera como un proceso autónomo

Nos es particularmente útil la clasificación de Barrios de Ángelis en cuanto a la diferencia entre la conciliación y los proceso preliminares, ya que como veremos páginas adelante, cuando el intento conciliatorio se tiene por obligatorio, en el proceso posterior se exige tan solo una constancia autorizada del mismo, no se incorpora todo el expediente.

Se ocupa de negar la adscripción de la figura estudiada al proceso, "En la conciliación falta, aparte de otros, el elemento más importante definidor del proceso: La decisión del juez que satisface coactivamente la pretensión..."; colocando a la conciliación dentro de la jurisdicción voluntaria.

Por nuestra parte creemos necesario señalar que la conciliación puede dividirse, en relación con el proceso, de la siguiente manera:

- Preprocesal.
- Extraprocesal.
- Intraprocesal.

²¹ **Ibid**, pág. 112.



Esta diferenciación es importante, por que en el último caso se trata de un auténtico acto del proceso. Pero tratándose de las dos primeras clasificaciones, cabe dividir las en dos vertientes:

- a. Obligatoria.
- b. Procesal.

Tendiendo la preprocesal a la obligatoriedad y a ser conducida por jueces; y la extraprocésal a la voluntariedad, además que suele confundirse en teoría y práctica con la mediación.

En España, desde 1812 a 1984, la conciliación previa era obligatoria, como sucede en otros países y propugna el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica; por lo que en tal caso, señalarle carácter de jurisdicción voluntaria no sería apropiado. Incluso en nuestro Estado fue necesario, en una etapa histórica, acudir a la conciliación previa a la presentación de la demanda.

No creemos que para buscar el encuadre de la conciliación preprocesal deba estudiarse tan solo el derecho positivo; por nuestra parte consideramos que se trata, a diferencia de la intraprocésal, de un procedimiento, mientras que esta última es un acto procesal.

“Tampoco creemos que se trate (hablando de la preprocesal) de un proceso, por que evidentemente el elemento más importante de éste, que es la posibilidad de una decisión judicial que se ocupe del fondo del asunto, no es posible. Si el conciliador realiza un análisis jurídico de las propuestas previo el otorgamiento del valor de cosa juzgada al cuerdo, no resuelve el fondo del litigio ya que, aunque existente, se soluciona por un acuerdo entre las partes, que puede consistir en un allanamiento, transacción o desistimiento; incluso en un compromiso arbitral, que el solamente homologa.”²²

Aún en el caso de las propuestas formuladas por el conciliador, no juzga en realidad el fondo del conflicto. No se ocupa de otorgar la razón a una parte en contra de la otra,

²² **Ibid**, pág. 114.



sino en buscar un acuerdo lo más justo posible y lícito; ya que la conciliación es particularmente importante en aquellos conflictos en que las partes van a continuar con algún tipo de relación, como en los familiares, universitarios, de arrendamiento, comerciales, etc. El conciliador debe ver hacia adelante, buscando en la medida de lo posible evitar los rencores que vicien los futuros tratos entre ellas.

Si la función del agente encargado del intento de avenimiento no es juzgar acerca de quién tiene la razón y otorgársela, debe en cambio ocuparse de la regularidad jurídica de las propuestas.

Entonces, no nos encontramos ante el proceso, sino frente a un procedimiento que, en su caso, puede o no realizarse en sede jurisdiccional, situación que no le otorga per se la calidad de proceso.

Creemos que el procedimiento conciliatorio tiene parecido no sólo con la homologación de sentencia extranjera y el laudo, sino también con el procedimiento de consignación, donde no existe decisión judicial de fondo.

- Proponemos la siguiente definición de conciliación:

“Es el acto intraprocesal, o procedimiento extra y preprocesal, mediante el cual las partes de un litigio se proponen mutuamente fórmulas de solución; que son reguladas por un tercero imparcial, objetivo y con conocimientos jurídicos, que busca también de forma activa con sus propuestas el arreglo entre aquellas, y cuya finalidad es obtener un acuerdo ejecutable que extinga el proceso intraprocesal, o lo evite el cuál sería pre y extraprocesal; pudiendo ser facultativo u obligatorio su carácter.”²³

2.6. Historia de la conciliación

No es nuestro interés que la parte histórica constituya el apartado más extenso del presente trabajo, sin embargo es evidente la falta de un texto que incluya de forma amplia la historia de la conciliación; por lo que conjugando ambas intenciones

²³ **Ibid.** Pág. 115.



pretendemos extendernos lo suficiente para dar una idea de la antigüedad e importancia de la institución en estudio, brindando a la vez la base para un trabajo de mayor amplitud y profundidad, que sin duda es muy necesario.

Algunos autores han señalado que la conciliación fue una de las primeras formas resolutoras de conflictos. Sin embargo, de forma más documentada podemos señalar el iter de la conciliación en base a los datos siguientes:

a) Grecia:

Se ha estimado que los Thesmotetas o Tesmotetes de Atenas realizaban una labor disuasora respecto de las intenciones litigiosas de los ciudadanos, buscando avenir a las partes del posible proceso para que transaran el conflicto o, cuando menos, se comprometieran en árbitros.

b) Roma:

“Un sector de la doctrina encuentra antecedentes de la conciliación en la ley de las Doce Tablas, en concreto, en la tabla I; sin embargo, esta opinión no es general.

Se suele citar como antecedente que en Roma el siguiente texto de Suetonio, que se ocupa de una columna de mármol dedicada a Julio Cesar y por largo tiempo fue costumbre ofrecer sacrificios al pie de ella, hacer votos y terminar ciertas diferencias jurando por el nombre de Cesar; sin embargo, no se habla de la intervención de un tercero.

Por su parte, Cicerón recomendaba llegar a arreglos elogiando la actitud del que elude los pleitos, ejemplificándonos sin duda una opinión universal e intemporal.”²⁴

c) España:

Evidentemente los antecedentes españoles son los que más nos interesan, ya que directamente inciden en el desarrollo de la figura conciliatoria en México.

²⁴ **Ibid**, pág. 132.



Se encuentran antecedentes de la institución en estudio dentro del fuero juzgo, en el caso de los llamados "pacis adsertores" o "mandaderos de paz", que enviaba el Rey para que intervinieran en un pleito concreto, buscando la avenencia entre las partes.

Sin embargo, no tenían carácter permanente y sólo tenían participación en el asunto que concretamente les era encargado por el monarca; incluso, la misma legislación prohibía la transacción de los litigios una vez iniciados.

Otros antecedentes los encontramos en el tribunal de los obispos en la época de la dominación visigótica en España y en las partidas.

“Pero el nacimiento de la conciliación como tal lo podemos encontrar en las jurisdicciones consulares, en concreto, en las ordenanzas de Burgos y de Sevilla. En ambos casos se ha interpretado que se trata de conciliaciones voluntarias, llevadas a cabo ante el prior y los cónsules que conocerían del proceso, encontrándose su regulación en el capítulo XVII de la ordenanza de Burgos y XII en la de Sevilla. Cabe hacer notar que en ambos casos se habla de la participación de terceros llamados por las partes; aunque no se sabe con exactitud si su función era ayudar al prior y los cónsules a lograr el acuerdo, procurar extrajudicialmente la avenencia o realizar un arbitraje.”²⁵

En las ordenanzas de Bilbao, del año de 1737 se establece la obligatoriedad de la conciliación ante el prior y los cónsules, siempre que las partes "pudieran ser habidas". Las futuras partes harían una exposición verbal de sus acciones y excepciones, después se intentará el avenimiento y, de no ser posible, se admitirán los escritos. Se trata, como en el caso de las ordenanzas de Burgos y Sevilla, de una conciliación previa a la admisión de la demanda.

En las nuevas ordenanzas de Burgos, del año de 1766, se establece la obligatoriedad sin ninguna referencia a si las partes pueden ser "habidas" o no, y el procedimiento es idéntico al caso de Bilbao.

²⁵ **Ibid.** pág. 137.



En las nuevas ordenanzas de Sevilla, fechadas el año de 1784, el intento de conciliación se traslada de antes del inicio del proceso “caso en que opera como un auténtico medio evitador del mismo”, al momento posterior a la presentación y declaración de testigos, y previa a la votación de la sentencia “caso en que opera como un medio evitador de la sentencia”.

La conciliación alcanza el más lato rango legal con la Constitución Gaditana de 1812, que la regula en el capítulo II del título V, constituyéndose así en el antecedente directo de la conciliación en México.

A continuación reproducimos los artículos pertinentes:

Art. 282. El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador; y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias “aquí notamos que la conciliación era permitida también en asuntos penales” deberá presentarse a él con este objeto.

Art. 283. El alcalde, con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención, y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará, en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial

Art. 284. Sin hacer constar que se ha intentado el medio “¿medio, juicio, proceso, procedimiento?, nos asalta a cada paso la imprecisión terminológica” de la conciliación no se entablará pleito ninguno.

Comúnmente se ha considerado que la conciliación nace en España, hasta la Constitución de Cádiz, "El juicio de conciliación no fue conocido entre nosotros hasta que se estableció en la Constitución de 1812..."; como ya vimos, los antecedentes hispánicos son muy anteriores, y tratándose de la jurisdicción mercantil, la figura objeto del presente trabajo ya estaba madura.

“¿Qué móvil existía al introducir en la más alta ley la conciliación?; la perpetua preocupación por la duración de los procesos y el aumento, siempre creciente, de la



litigiosidad en las sociedades. Y el espíritu de concordia y liberalidad que hacen tan respetable la institución de los jueces árbitros persuade cuan conveniente se a que los alcaldes de los pueblos ejerzan el oficio de conciliadores en los asuntos civiles e injurias de menor momento, para prevenir en cuanto sea posible que los pleitos se originen o se multipliquen sin causa suficiente. Las reglas que han de observar los alcaldes en estos casos, se dirigen a evitar que esta precaución no se ilusoria.”²⁶

En el "Reglamento de las audiencias y juzgados de primera instancia", de fecha 9 de octubre de 1812, se reguló el procedimiento a seguir, mismo que se encuentra en el capítulo III, y que sucintamente describimos a continuación : los alcaldes, acompañados de los "hombres buenos" nombrados cada uno por cada participante, los oirá, después atenderá el dictamen de los asociados y en ocho días, a más tardar, emitirá su opinión, que si las partes aceptan concluirá el asunto, asentándose en un libro especial el resultado, positivo o no, del procedimiento.

“Lo interesante de la ley referida radica en que se autorizaba al alcalde ordenar providencias precautorias, cuando hubiese temor de que el deudor fuera a sustraer sus bienes, tratándose de litigios respecto de la retención de efectos; cuando se tratase de un interdicto de obra nueva u otra situación que importara urgencia, para lo cual sólo bastaría que la parte lo pidiera al funcionario antes señalado, procediéndose inmediatamente a la conciliación.”²⁷

La conciliación mantuvo su carácter obligatorio en la legislación española hasta el año de 1984, en que pasó a ser voluntaria.

d) Otros países:

En Argentina fue creado, con posterioridad a la asamblea de 1813, un tribunal de concordia, cuya función era determinar si los hechos expuestos por las respectivas pretensiones daban motivo a la intervención jurisdiccional y, si lo fuera, provocaba una audiencia de avenimiento tendiente a evitar la prosecución del conflicto.

²⁶ **Ibid.** pág. 145.

²⁷ **Ibid.** pág. 151.



En el estatuto provisional de 1815 se derogó dicho tribunal, pero se estableció que los jueces de primera instancia invitarían a las partes a obtener un arreglo que finalizara el conflicto, antes de entrar a conocer del asunto.

En Francia, la conciliación fue establecida por la Asamblea Nacional en las leyes del 6 y 24 de agosto de 1790. Operaba como una etapa previa al nacimiento del proceso civil, ante una oficina llamada "Bureau de paix et de conciliation"; esta figura pudo ser un antecedente importante del establecimiento de la conciliación en la Carta de 1812, aunque sabemos que los diputados a las Cortes Constituyentes ocultaron lo más posible las influencias francesas, por la razón obvia de la invasión gala a la península.

2.7. La conciliación en México, como derecho comparado

Para guiarnos en el presente apartado, podemos realizar nuestro estudio a partir de los diversos documentos constitucionales que ha tenido ese país, para darnos cuenta de la importancia y evolución de nuestro objeto de estudio.

No encontramos referencia a la figura conciliatoria en los "Elementos Constitucionales" de Rayón, como tampoco en los "Sentimientos de la Nación" de Morelos, ni en la "Constitución de Apatzingan".

El "Reglamento provisional político del imperio mexicano" prevé, en su artículo 58, la subsistencia de los consulados, pero ejerciendo tan sólo actividades de conciliación y arbitraje entre los comerciantes. De dicha legislación resulta importante el artículo 71, que a continuación se transcribe:

"Artículo 71: A toda demanda civil o criminal debe preceder la junta conciliatoria en los términos que hasta aquí se ha practicado. Y para que sea más eficaz tan interesante institución, se previene que los hombres buenos presentados por las partes, o no sean abogados, o si lo fueren, no se admitan después en el tribunal para defender á las mismas partes, en caso de seguir el pleito materia de la conciliación.

Resulta interesante la limitación a la intervención de abogados en el intento de avenimiento o en el proceso posterior. Indudablemente se trataba de que los abogados,



con la intención en algunos casos de obtener un ingreso importante si el asunto no se arreglaba y era necesario concurrir a tribunales, no obstruyeran la posibilidad del arreglo.

En la actualidad, el tema de la asistencia letrada desata, sin duda, una interesante controversia, ¿si se prohíbe, a efecto de que las partes, cara a cara entre ellas y con el conciliador, arreglen sus problemas sin subterfugios legales?, ¿si la prohibición no violará el derecho a la asistencia jurídica?; dejemos esbozado el asunto.

La tentativa de conciliación se encargaba a los alcaldes, y el procedimiento se ajustaba a la ley referida del 9 de octubre de 1812; por último, se preveía que en los reglamentos provisionales de cada provincia se debería conceder facultades a los alcaldes de los pueblos para realizar labores conciliatorias.

En la Constitución de 1824 se establece la obligación de acudir al "medio" de la conciliación previamente a iniciar acción civil, o penal por injurias, según establecía el art. 155.

En la Sexta Ley Constitucional de 1836, se señalan como autoridades encargadas de tentar la conciliación a los alcaldes y a los jueces de paz. Encontramos la obligatoriedad de la conciliación en la Quinta Ley, del mismo año.

La figura de los jueces de paz permanece en el proyecto de reformas de 1840, señalándose en el mismo que las poblaciones numerosas se dividirán en secciones a cargo de dichos funcionarios, que se ocuparán de la conciliación. La última mención de la figura estudiada en nuestra historia constitucional la encontramos en los proyectos de 1842, tanto del 26 de agosto como en el del 2 de noviembre.

En ellos se establece la obligatoriedad del intento conciliatorio estableciendo, al igual que la Quinta Ley Constitucional de 1836, que la ley señalaría los casos de excepción y el procedimiento a seguir.

Como un ejemplo de la legislación secundaria que en nuestra nación se ocupó de la figura conciliatoria, podemos citar la ley del 3 de mayo de 1837, misma que mantenía la



posibilidad de medidas precautorias, pero en la que no encontramos las prevenciones respecto de los abogados que contenía el reglamento provisional político del imperio mexicano.

- Describiremos someramente el procedimiento previsto:
 - a. La petición hecha por el probable futuro actor será verbal ante el alcalde o juez de paz.
 - b. El alcalde o juez de paz citará al requerido (es de esperarse que el citatorio fuera por escrito, ya que debía contener el objeto sobre el que versaría el intento; el día; la hora y lugar en que se realizaría la comparecencia.
 - c. Se prevendría a ambos participantes que concurrieran acompañados de su "hombre bueno", quien debía ser mayor de 25 años y en ejercicio de sus derechos.
 - d. En caso de inasistencia del citado, se giraba un nuevo citatorio, con apercibimiento de una multa de dos a diez pesos; en caso de que continuara en su rebeldía, se tenía por intentada la conciliación, asentándose en el "Libro de conciliaciones" el resultado negativo por la inasistencia, exigiéndose el pago de la multa.
 - e. El peticionario puede renunciar válidamente a la misma en la primera o segunda cita, teniéndose por intentada la conciliación y asentándose la renuncia en el libro citado. En este caso, como en el anterior, firmarían el libro el alcalde o juez de paz; el peticionario y el escribano.
 - f. Aunque no queda muy claro del texto de la ley en cita, parece que el citado podía renunciar al beneficio de la conciliación aún sin acudir a las citas, si lo hace por escrito.
 - g. Los participantes en la conciliación podían acudir por sí o por apoderados; exponían ante la autoridad los hechos; el Alcalde o Juez que presidiera el intento conciliatorio escuchará el dictamen de los hombres buenos y dará en seguida (o en un plazo de 8 días) la providencia que le parezca conveniente para acabar el pleito.
 - h. Conformándose las partes con lo recomendado, se les expedían copias certificadas para que el arreglo se lleve a cabo por la autoridad correspondiente; de no haber acuerdo, se extendía certificado de haberse intentado la conciliación.



Las causas por las que no procedía la conciliación son variadas, por lo que remitimos al artículo 90 de la ley en cita. Por último, recordemos que la "Ley de procedimientos judiciales" de 1857 también regulaba la conciliación como presupuesto e intentaba la acción civil o penal, en caso de injurias

Como podemos observar, parece ser que más que buscar un acercamiento y comunicación entre las partes "lo que caracteriza a la conciliación moderna" se pretendía que la autoridad conociera del asunto y dictaminara; esta presunción se fortalece al no hacer la ley en referencia alguna a la obligación del alcalde o juez de paz de invitar las partes a formular propuestas de arreglo.

Esta figura guarda curiosa similitud con las modernas instituciones norteamericanas del "Summary Jury Trial" y el "Moderated Settlement Conference" ; así como con un procedimiento, del mismo origen geográfico, para la resolución de disputas sobre patentes. Regresaremos más adelante a estas modalidades.

Es importante hacer una breve reflexión sobre los hombres buenos; es posible conjeturar que los participantes del procedimiento conciliatorio buscaran a hombres persuasivos, que pudieran sostener su postura frente a la autoridad que fuera a emitir la propuesta de arreglo; la prevención respecto de que los abogados no fueran conciliadores sin duda refleja el temor de que buscaran más la continuación que el arreglo del pleito.

Los hombres buenos cumplían una doble función de auxiliares, "... del conciliador, en sus esfuerzos por lograr la avenencia, y de las partes, en cuanto salgan a la defensa de sus intereses..."; en forma parecida a como deberían funcionar los representantes del capital y del trabajo en las actuales Juntas de conciliación y arbitraje del proceso laboral mexicano.

En Querétaro, la conciliación, como ya se dijo, pasa de la Constitución de 1825 a la de 1833; en esta última la labor estaba encomendada a los jueces de primera instancia y a los alcaldes constitucionales.



Para terminar, y a guía de ejemplo de la reglamentación que tuvo nuestra figura durante el siglo pasado, diremos que en Veracruz, en el Código de 1868 que en su caso era unitario, por cierto, asunto por el cual propugna el maestro Fairén Guillen, se establecía la conciliación preventiva.

En la ley de procedimientos para el distrito federal y territorios, de 1857, se preveía la conciliación post-alegatos.

2.8. Diferencias entre conciliación, mediación y arbitraje

Es común confundir o subsumir en una las figuras diversas de conciliación, mediación y, a veces, arbitraje; por tanto es necesario delimitar el espacio de cada una de dichas instituciones.

- Diferencias entre conciliación y mediación:

Hay que reconocer que en esta parte del trabajo nos guiamos por las ideas del maestro Dante Barrios de Ángelis, ya que señala en forma clara y contundente las diferencias entre las dos figuras en mención.

Para el autor referido, tanto el conciliador como el mediador son terceros que intervienen en la resolución de litigios, no con la finalidad de imponer su decisión, sino de coadyuvar a solucionarlos mediante la comunicación entre las partes y la proposición de fórmulas autocompositivas.

"El mediador es un tercero que intenta comunicar a las partes entre sí, por propia iniciativa o por la de las partes o la de otro tercero; en caso de lograr la comunicación, propone medios de solución aceptables para las partes y puede, en consecuencia, lograr el acuerdo de éstas sobre el punto de discrepancia".

Cuando se refiere al conciliador señala que pueden entenderse de dos formas:

- a. Sinónimo de mediador.



b. Una institución. Que reúne las siguientes características:

- Es un órgano público determinado por la ley para tal efecto.
- Su intervención no dependen del acuerdo de las partes para que se acepte.
- Controla la regularidad jurídica de las propuestas, esto es, que se ajusten no sólo a las posibilidades de las partes, sino también a derecho.

“Las opiniones anteriores no son aceptadas por la generalidad de los autores; como ejemplo podemos señalar que, para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, el mediador es un tercero, no siempre rigurosamente imparcial, que presenta afinidades con el conciliador, por un lado, y con el árbitro sobre todo con el irritual o libre por otro. Con el primero, coincide en el afán o propósito de avenir a las partes o, en todo caso, de zanjar sus diferencias en vía extraprocésal, y con el segundo, en ser, como regla, designado por ellas.”²⁸

Guillermo Floris Margadant, aunque no de forma muy clara, establece como distinción el que "... un conciliador dirige la discusión entre las partes, pero en caso de que éstas no se pongan de acuerdo, presentará una posible solución conciliatoria (algo que un mediador nunca podrá hacer)".

El jurista panameño Jorge Fabregás señala, por su parte, "La mediación es el procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral y que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener el conflicto una visión productiva para ambas...; la principal diferencia consiste en que en la mediación existe una intervención más acentuada de parte del tercero, quien, como hemos dicho, presenta fórmulas propias de solución"; desde su punto de vista las diferencias entre ambas figuras tienden a desaparecer.

²⁸ **Ibid**, pág. 188.



Al hablar del derecho panameño, señala que existe mediación en materia laboral aunque recuerda que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es necesario acudir a la mediación en materia familiar como etapa previa al proceso, por lo que se reitera su voluntariedad. En las mismas materias existe también conciliación, a cargo de jueces, una vez iniciado el proceso.

Este mismo autor señala la existencia de "conciliación" en sede de la cámara de comercio de Panamá. Ajustándonos a los datos descritos con anterioridad, en realidad se trata de una mediación, ya que es realizada por un particular y no tiene efectos de cosa juzgada.

Para Fernando Flores García, el mediador es un simple particular, designado por las partes; considera que si el acuerdo se logra en base a la propuesta del mismo, entonces se trata de una heterocomposición; si se debe el arreglo a una transacción, se trata de una autocomposición bilateral, si a un allanamiento o desistimiento, se conforma una autocomposición unilateral.

- Las similitudes entre ambas figuras son evidentes:
 - a. La intención de que se obtenga un arreglo sin que nazca el proceso (al menos, esta coincidencia opera entre la mediación y la conciliación preventiva).
 - b. La facultad de llegar al arreglo corresponde a los participantes, ya que el tercero interviniente no puede imponerlo.
 - c. La casi total ausencia de formalidades, la preponderancia de la oralidad y la inmediatez.
 - d. Su resultado autocompositivo.

- Frente a las semejanzas, es necesario señalar claramente las diferencias:
 - a. La mediación es facultativa para las partes, la conciliación puede serlo o ser obligatoria.
 - b. La mediación es extraprocesal, la conciliación puede ser procesal o no.



- c. El resultado de la mediación es un simple acuerdo entre las partes, el resultado de la conciliación puede ser un convenio, allanamiento o desistimiento que se homologa a una sentencia judicial.
- d. El mediador no es, necesariamente, un perito en derecho, mientras que el conciliador si debe serlo, o, al menos, tener conocimientos mayores que el normal de las personas.
- e. El mediador no regula necesariamente la juridicidad de las propuestas, en tanto que el conciliador analiza y controla la licitud de las proposiciones.

Es importante comentar algunos de los puntos más importantes de la anterior lista. El hecho de que el resultado positivo de la conciliación se homologue a una sentencia judicial es importante, entre otras cosas, por que su ejecución se llevará a cabo en la misma forma que la sentencias “vía de apremio o juicio ejecutivo”; en cambio, en el caso del resultado positivo de la mediación, no se puede ocurrir a tal expediente, y si existe un incumplimiento debe ser reclamado en la forma de un proceso ordinario o sumario, según el caso.

Esta situación se conecta necesariamente con otros dos puntos; si el conciliador es un experto en derecho, o cuenta la menos “como en el caso de las juntas federales y locales de conciliación” con conocimientos jurídicos superiores a la media, es por que debe regular la juridicidad de las propuestas, no sólo de las propias, sino también e imprescindiblemente de las producidas por las partes, ya que el arreglo final tendrá fuerza ejecutiva por si.

Obviamente, en el caso de la mediación prestada por oficinas públicas, nos encontramos con algunos matices importantes, por ejemplo, el que los mediadores deben de evitar cualquier acuerdo contrario a normas obligatorias o la renuncia a derechos indisponibles.

Aunque no es el tema del presente trabajo, ponemos a discusión el siguiente concepto de mediación: Procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre aquellas para que puedan delimitar el conflicto y encontrar su solución. El tercero no hace propuestas de arreglo.



Existen algunas figuras no muy bien definidas por la legislación: en el caso de la "Ley de educación del estado de Querétaro", su artículo 51 fracción VI establece que cuando en una escuela exista desacuerdo entre la asamblea de padres de familia y la administración en cuanto al monto del incremento de cuotas, "... la secretaría de educación convocará a las partes para procurar avenirlas". No previene la ley en cita la posibilidad de una exigencia coactiva inmediata en caso de incumplimiento, ni se habla tampoco de homologación judicial; incluso se dejan a salvo los derechos para su posterior reclamación en sede judicial.

Sin embargo, aunque es de presumirse, no sabemos si el intento de arreglo se dará en una audiencia con ambas partes, o en encuentros separados; o si la conducirá un licenciado en derecho o al menos un aceptable conocedor del mismo. Tampoco sabemos si es obligatorio el intento o la asistencia de las partes, lo que es importante para determinar si es o no un requisito para la admisión de la demanda.

- Diferencias entre conciliación y arbitraje:

En este caso, las diferencias son más fáciles de señalar; ciertamente ambas son formas resolutoras de litigios, y en ambas interviene un tercer que no es Juez; sin embargo, señalar las diferencias es importante.

En principio queda claro que el conciliador no "decide", lo que si hace el árbitro; en segundo lugar, el arbitraje resuelve el fondo del asunto, condenando o absolviendo; mientras que la conciliación puede no conducir a nada. Para mayor claridad, recurramos a las ideas del maestro Montero Aroca: La conciliación es una forma persuasiva de solucionar los litigios. El arbitraje es una forma coactiva.

En la conciliación la composición del litigio es obra de las partes, aunque la actividad por la que ésta se obtiene se desarrolle ante un tercero. En el arbitraje la composición es obra de un tercero, que impone su solución a las partes. El conciliador se encuentra inter partes, mientras que el árbitro esta supra partes.



El arbitraje es un medio de sustitución del proceso. La conciliación es un medio de evitarlo que, si no logra su objetivo, lo precede (aunque no siempre ni necesariamente). El arbitraje logra siempre solucionar el conflicto de intereses.

El acto de conciliación tiende a solucionar el conflicto pudiendo conseguirlo. Parece evitada la posible confusión. Sin embargo, al hablar de "amigable composición", ésta aumenta, por que indistintamente se utiliza como sinónimo de conciliación o de arbitraje, y para otros autores forma, incluso, un tercer género.

La legislación positiva aumenta la confusión; como ejemplo, la ley que crea la comisión nacional de arbitraje médico faculta a la misma a "... intervenir en amigable composición para conciliar conflictos...; fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje".

Nos ocuparemos más adelante del caso de la comisión nacional de arbitraje, pero baste por el momento señalar que la actividad a que se refiere el precepto transcrito como "amigable composición" no es sino la búsqueda de la conciliación entre las partes.

De forma contraria, la "Ley de asistencia y prevención de la violencia intrafamiliar del distrito federal" establece. "Las partes en un conflicto intrafamiliar podrán resolver sus diferencias mediante los procedimientos: I. De conciliación; y II. De amigable composición o arbitraje". La contradicción es evidente. La contraparte estatal de la última Ley mencionada, denominada "Ley estatal para prevenir y sancionar la violencia intrafamiliar", señala que las partes pueden acudir a los procedimientos de conciliación o de amigable composición, que utiliza como sinónimo de arbitraje.

¿Cómo resolver el problema?, ¿acudiendo a los doctrinarios?. Algunos autores identifican la amigable composición con el arbitraje, en particular, con el llamado de "equidad" o "conciencia"; otros la utilizan como sustituto del vocablo conciliación, así que la doctrina no nos ayuda mucho. Nuestra posición particular es que la amigable composición encuadra tanto a la conciliación como a su hermana "mediación" esto por que en ambas figuras se busca que las partes del litigio colaboren en encontrar y aceptar una solución "no sólo que presenten hechos y pruebas y se sometan a la



decisión final, como en el arbitraje y el proceso”; ciertamente los árbitros pueden buscar que el laudo sea factor de pacificación entre las partes, pero en última instancia su resolución vincula a las partes sin importar su parecer.

En el caso de la conciliación y de la mediación el tercero debe tomar siempre en cuenta la actitud y opinión de las partes, por que a fin de cuentas no es su parecer el que prevalece por si, sino por la aceptación de las partes.

La frase "amigable composición" hace referencia expresa a un acuerdo pacificador, que es el resultado positivo del intento de avenimiento; y no a una resolución exterior y vinculativa, como es el laudo arbitral.

Podemos establecer la conciliación como la etapa del proceso, en la que el juez de trabajo, una vez, enterado de las posiciones de ambas partes dentro del juicio procura el avenimiento de las mismas proponiendo formulas ecuanímes de arreglo, con la finalidad de evitar el tramite del proceso y ponerle fin al mismo, mediante la suscripción de un convenio que adquiere carácter de titulo ejecutivo.

Esta institución es típica del derecho procesal del trabajo, porque tiene su base en el principio conciliador que ilustra el derecho de trabajo en general.

Su naturaleza jurídica de la conciliación, partiendo de que este es un instituto que forma parte del trámite del juicio ordinario laboral y que por consiguiente hace que la misma se constituya en una fase del proceso, es eminentemente procesal.

- Como caracteres del instituto de la conciliación pueden mencionarse los siguientes:
 - a. Es una etapa obligatoria en el juicio ordinario laboral, pues aunque se confiere al juez de trabajo la facultad de intentar conciliar a las partes en cualquier etapa del proceso, sólo observa una etapa obligatoria en la que debe producirse.
 - b. Puede traer como culminación la celebración de un convenio entre las partes, que ponga fin al juicio, sí el avenimiento es en relación a todas las pretensiones demandadas por el actor y la celebración de un convenio que termine únicamente



con lo avenido en el caso de que solo se hubiese conciliado sobre una parte de las pretensiones demandadas por el actor, en cuyo caso el trámite del juicio deberá continuar sólo sobre aquellas pretensiones en relación a las cuales no existió acuerdo.

- c. Aunque su etapa obligatoria es dentro de la primera comparecencia a juicio oral, la ley no excluye la posibilidad de que pueda volverse a intentar conciliar en cualquier otro estado del proceso, hasta antes de dictarse sentencia.
- d. En el convenio que se suscriba con motivo de la conciliación el trabajador no puede renunciar ni disminuir los derechos reconocidos, que con carácter irrenunciable le otorgan la Constitución Política de República, el Código de Trabajo y demás leyes de trabajo.
- e. En el convenio que se suscribe con motivo de la conciliación suele suceder que es sólo el patrono el que otorga concesiones.
- f. El convenio que se suscribe con motivo de la conciliación, adquiere el carácter de título ejecutivo.

- La conciliación puede clasificarse en:

- a. Conciliación parcial;
- b. Conciliación total.

Debiéndose inferir que esta clasificación atiende al contenido del acuerdo al que hayan arribado las partes.

- Por otro lado, la doctrina clasifica a la conciliación en:

- a. Conciliación judicial;
- b. Conciliación extrajudicial.

Debiéndose tener en cuenta que esta clasificación atiende básicamente a que la conciliación se haya realizado dentro o fuera del juicio.

- Conciliación parcial:



Esta es la clase de conciliación que produce la celebración de un convenio que abarca solo algunas de las pretensiones expuestas por el actor en su demanda. En este tipo de conciliación el juicio concluye en relación a los aspectos sobre los que hubo acuerdo, y debe continuar hasta la sentencia en relación a todos aquellos aspectos que no fueron objeto del convenio.

El convenio que se origine con motivo de esta conciliación es aprobado por el juez de trabajo y previsión social y adquiere carácter de título ejecutivo, con lo cual se puede obligar a su cumplimiento mediante el procedimiento normado en los artículos del 425 al 428 del Código de Trabajo y aplicando supletoriamente, en lo que contravenga el texto y los principios del Derecho Procesal Individual del Trabajo, las normas que para la ejecución establece el Código Procesal Civil y Mercantil.

- Conciliación total:

Esta es la clase de conciliación que produce la celebración de un convenio que abarca todos los puntos que han sido objeto del litigio, es decir todas las pretensiones expuestas por el actor en su demanda. Esta conciliación si permite que concluya el trámite del proceso con la suscripción del convenio que adquiere carácter de título ejecutivo y hace innecesario que el proceso deba llegar hasta sentencia, por haber quedado sin materia el mismo.

- Conciliación extrajudicial:

Esta clase de conciliación es la que tiene lugar fuera del ámbito jurisdiccional y en el caso guatemalteco, es la que comúnmente se lleva a cabo ante los inspectores de trabajo, como parte del procedimiento de conciliación que aquella dependencia administrativa de trabajo debe cumplir como parte de sus atribuciones.

La trascendencia de este tipo de conciliación radica en que la aprobación que el inspector de trabajo hace de los convenios adoptados por las partes también tiene fuerza ejecutiva y por lo consiguiente en caso de incumplimiento puede demandarse su ejecución en la vía ejecutiva laboral.



Sin embargo, debe señalarse que la eficacia de la intervención de la inspección de trabajo en la institución de la conciliación es aún hoy en día muy pobre, pues en un alto número de casos los empleadores no comparecen a las citaciones que con el objeto de proponer formulas conciliatorias les dirigen los inspectores de trabajo, y en otro buen número de casos, aunque comparecen, lo hacen con el fin de evitar ser multados por no comparecer, pero no con el ánimo de conciliar con el trabajador.

La conciliación que se realiza ante los inspectores de trabajo no excluye que no existan otras que puedan darse entre las partes en lo particular, mediante celebración de convenio contenido en escritura pública o en documento privado con firmas legalizadas que también observarían el carácter de conciliaciones extrajudiciales, aunque debiendo ser extremadamente cuidadosos en proteger las mismas, revistiéndolas de fuerza ejecutiva para asegurar su eficacia.

- Conciliación judicial:

Esta clase de conciliación es la que se lleva a cabo ante los jueces de trabajo y previsión social con motivo precisamente de la celebración del juicio ordinario laboral, o bien, con motivo de la instauración del proceso colectivo de trabajo en el que también existe una etapa procesal dirigida a buscar la conciliación entre las partes.

Es esta clase de conciliación la que más y mejores resultados observa en nuestro medio, quizás porque el carácter coercitivo del apercibimiento dictado por los tribunales de trabajo obliga a los demandados a pensar en la conciliación como una salida posible al trámite del proceso.

- Ejecución de lo acordado en la conciliación:

Como ya se relacionó el avenimiento contenido en los convenios que surgen con motivo de la conciliación adquieren carácter de título ejecutivo y por consiguiente en caso de incumplimiento puede demandarse su ejecución ante el mismo juez de trabajo que lo aprobó, ejecución que debe tramitarse conforme a los artículos del 425 al 428 del Código de Trabajo de Guatemala.



- Oportunidad procesal de la conciliación:

La etapa procesal en la que obligatoriamente el juez de trabajo y previsión social debe celebrar la fase de conciliación intentando avenir a las partes, es dentro de la primera comparecencia de las partes a juicio oral, posteriormente a que se ha contestado la demanda o la reconvención, si es que esta se promovió.

No obstante ya que esta oportunidad esta claramente establecida en el Artículo 340 del Código de Trabajo, en la práctica procesal que tiene lugar ante los tribunales de trabajo y previsión sociales observan practicas que buscan que la conciliación entre las partes pueda darse antes del inicio de la audiencia o bien dentro de ésta, cuando todavía no se ha contestado la demanda.

Esta clase de practicas desvirtúa el propósito de que la conciliación deba celebrarse hasta después de que se ha contestado la demanda o la reconvención en el caso de que ésta se haya promovido, pues como bien lo razonó el connotado procesalista Mario López Larrave, para que el juez de trabajo se encuentre en posibilidad de sugerir formulas ecuanímes de arreglo a las partes debe conocer cual es la posición de estas en relación al asunto que es objeto del litigio.

La única forma de conocer la posición de ambas partes es mediante haberse enterado de lo que expresa el actor en su demanda, y también lo que expresa el demandado en la contestación de la demanda, y de allí que el momento procesal ideal para intentar conciliar a las partes, sea hasta después de que se ha contestado la demanda o la reconvención.

De lo contrario, aventurarse a intentar la conciliación antes de esta etapa del juicio, podrá presentar el riesgo de que no exista acuerdo alguno, pues el demandado podría argumentar que en su contestación va ha promover también además de su oposición una excepción perentoria de pago, con base en que lo que se pretende demandarle ya fue hecho efectivo al trabajador.



Por la anterior razón y porque una conciliación intentada fuera de la audiencia puede generar que este acto se convierta en un regateo indebido, es que debe observarse la etapa procesal que para su diligenciamiento manda la ley.

- Convenio conciliatorio adoptado en juicio:

Por virtud de que el procedimiento laboral está revestido del principio de conciliación y que esta se constituye en una fase obligatoria dentro del trámite del proceso, resulta claro que el convenio puede ser una forma frecuente de terminaron anormal de los procesos, esto es, sin llegar a la sentencia.

Se discute si la conciliación no implica, de alguna manera, la renuncia de derechos irrenunciables. Como regla general y en atención a la naturaleza de este instituto no debe de implicar renuncia a derechos irrenunciables, porque entonces la conciliación sería nula.

Debido a lo establecido anteriormente, el alcance de la conciliación debe expresarse en una concesión mutua que no apareje la renuncia del trabajador a prestaciones irrenunciables.

En realidad, los llamados convenios son verdaderos acuerdos transaccionales que pueden definirse como aquellos en los que las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminaran una controversia presente o previenen una futura, pero sin que esto lleve implícito renuncia a prestaciones cuya naturaleza sea irrenunciable.

Por consiguiente, si el proceso termina como consecuencia de que se ha suscrito por las partes un convenio en la fase de conciliación que abarca la totalidad de las pretensiones reclamadas en el juicio por el demandado, estaremos entonces ante una forma anormal de terminación del proceso, convirtiéndose este convenio en un título ejecutivo para obligar al cumplimiento de lo acordado.



En caso de incumplimiento, esto solo en el caso de que el convenio no haya sido honrado en la misma audiencia por virtud de que el demandado haya satisfecho en ese mismo acto el pago de las pretensiones adeudadas.



CAPÍTULO III

3. Estado de Guatemala

3.1. Aspectos generales

Históricamente las sociedades han buscado su bienestar, desarrollando un sistema organizado de vida que procure asegurar la continuidad de las nuevas generaciones.

“Ello ha demandado la existencia de una estructura política y jurídica denominada Estado, el cual constituye un ordenamiento producto de un pacto social, que emana de la convivencia cotidiana. En la época actual, el Estado garantiza el desarrollo, la seguridad y la defensa de los entes que le dan vida en sus diversas manifestaciones, siendo éste depositario del monopolio de la fuerza para la consecución de sus objetivos, dentro de los principios básicos de solidaridad interna y externa, aspirando al logro de la paz mundial. En este sentido, las fuerzas que dispone el Estado para sus fines, comprenden la fuerza integradora, la cual permite unir elementos en búsqueda de sus fines; además, la fuerza reguladora manifestada por medio de la ley y la fuerza coercitiva que permite garantizar el cumplimiento de la normativa por parte de los integrantes del Estado.”²⁹

Los Estados, se transforman dentro de diferentes eventos e hitos históricos, que inciden en la vida de las naciones.

Para el caso de Guatemala, del proceso continuo de transformación deriva, en la década de los 80's, el deseo democratizador plasmado en la Constitución Política de la República, promulgada en 1985, la cual establece los mecanismos de relación Estado-Sociedad, preceptuando los valores, principios y normas de jerarquía suprema.

3.2. Configuración del Estado

“Guatemala jurídica y políticamente es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus

²⁹ Calderón Morales, Hugo, **Derecho administrativo I**, pág. 30.



libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo. Afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, reconociendo a la familia como génesis fundamental de los valores morales de la sociedad y, al Estado como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.”³⁰

La conformación del Estado, que descansa en sus elementos clásicos, es variable de acuerdo con la dinámica de cada sociedad en el tiempo y su entorno determinados. Guatemala está configurada por un territorio en el cual el orden constitucional democrático sirve de marco a una población con singular identidad nacional.

En la esfera de lo estatal quedan integrados los valores de la sociedad, bien sean los acumulados por el efecto de la tradición histórica, como por los que implican cambio e innovación. La identidad nacional, formada por una convergencia multiétnica, multicultural y plurilingüe permite la singularidad necesaria y básica para el reconocimiento del Estado, en el ámbito de las relaciones internacionales.

La unidad nacional, en un marco de diversidad, se construye con el reconocimiento de sus raíces, la conciencia de una historia y un destino compartido.

3.3. Estado de Derecho y democracia

Es responsabilidad del Estado, el funcionamiento de la democracia y el Estado de Derecho y para que opere efectivamente es imprescindible que impere el respeto a la ley, a los derechos de los ciudadanos en los aspectos individuales, sociales, cívicos y políticos.

Así también, es imperativo que la justicia se imparta con independencia y efectiva división de poderes del Estado, sin olvidar las áreas de interrelación funcional de los mismos; que se complementa con la existencia de un poder electoral autónomo y de

³⁰ **Ibid**, pág. 33.



órganos de control constitucional y de la administración que garanticen la legalidad y probidad de los actos públicos de los distintos poderes del Estado.

“En ese marco, la defensa del orden constitucional y de la democracia es responsabilidad de gobernantes y gobernados, se materializa en el respeto que le debemos a la Constitución Política de la República y a las leyes que rigen la vida en sociedad. Esta defensa y respeto de todo ciudadano es base indispensable para la construcción de un Estado incluyente sin privilegios y para el logro de los objetivos nacionales.”³¹

3.4. Territorio nacional

La interacción de la sociedad guatemalteca, se desarrolla en un territorio cuyas fronteras han variado considerablemente desde la fragmentación de la organización política del istmo, en la época post-independentista, que dio origen a los actuales Estados de Centroamérica; aunándose a ello las segregaciones de algunos espacios por aspectos políticos o por ocupación extranjera.

“De acuerdo al artículo 142 de la Constitución Política de la República, la soberanía, atributo del Estado de Guatemala, se ha establecido sobre el territorio nacional integrado por su suelo, subsuelo y aguas interiores, el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que se extiende sobre los mismos; considerando a su vez la zona contigua del mar adyacente al mar territorial, para el ejercicio de determinadas actividades reconocidas por el derecho internacional, así como la zona económica exclusiva en cuanto a la soberanía sobre los recursos naturales y vivos del lecho y subsuelo marinos y los existentes en las aguas adyacentes a las costas fuera del mar territorial.”³²

³¹ **Ibid**, pág. 71.

³² **Ibid**, pág. 77.



3.5. Funciones del Estado

La integración del territorio con la población y el sistema político, se ve matizada por los rasgos culturales objetivos y subjetivos, que dan base a una cosmovisión particular de la población, dentro de un orden institucional estable, permanente y democrático, con apego al derecho y a la plena vigencia de los derechos humanos, actuando el Estado como integrador, conductor y ente previsor.

La función integradora se sustenta en el reconocimiento de la dignidad de la persona, como individuo y como colectividad, dotada de derechos inherentes a su libertad e igualdad, y tiene su fuerza en el deber de solidaridad de los habitantes; la función conductora implica la toma de decisiones para lograr los objetivos nacionales, en un marco de orden jurídico y equilibrio social.

Asimismo, la función previsorá comprende la administración de los medios para garantizar a los habitantes su bienestar, detectando aquellas circunstancias que afecten la consecución de los legítimos intereses nacionales.

Estos intereses, como aspiraciones permanentes o deseos de la sociedad, guían la acción del Estado, con el propósito de lograr el bien común y una condición de seguridad. Para su logro se formulan las políticas necesarias en el Estado, determinando los objetivos nacionales y estableciendo las estrategias correspondientes.

“Los objetivos nacionales están íntimamente relacionados con los intereses nacionales, ya que los primeros materializan a los segundos. Los objetivos nacionales son los enunciados que contemplan la finalidad hacia la cual se dirige el esfuerzo y los recursos de la nación, y que encierran los valores o propósitos fundamentales que pretende alcanzar o mantener, por considerarlos esenciales para el desarrollo y la convivencia libre y pacífica, dentro de un orden constitucional, para regir la coexistencia social y política de los integrantes del Estado.”³³

³³ **Ibid**, pág. 78.



El Estado guatemalteco, como titular permanente del poder, regula, fiscaliza y sanciona el quehacer social, para “garantizar a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”, en un régimen democrático, dentro de un ambiente de paz firme y duradera; siendo necesaria para el logro de esos objetivos la integración territorial, política, económica y social, en el marco del respeto a la diversidad étnica de la nación.

Estos objetivos, contenidos en la Constitución Política de la República, trascienden a los gobiernos y representan un punto de convergencia para todos los esfuerzos encaminados a su materialización, tomando en cuenta la experiencia histórica, la idiosincrasia del pueblo y los recursos disponibles y potenciales de la nación.

Los objetivos nacionales son permanentes y su continuidad en el tiempo comprende que son alcanzables y buscan las aspiraciones fundamentales de independencia, soberanía, integridad territorial, progreso intercultural y material, bien común y preservación de los valores de la sociedad.

De los objetivos permanentes surge la necesidad de una política de Estado que reconozca escenarios críticos vinculados con la defensa nacional.

Cuando las capacidades del poder nacional no son suficientes para alcanzar los objetivos nacionales permanentes, es necesario un esfuerzo para lograrlos por etapas, éstos cobran importancia y se constituyen en los objetivos nacionales actuales.

Estos objetivos se refieren exclusivamente a los antagonismos que se identifican, sea en el campo interno o internacional, sea en el frente de la seguridad o del desarrollo, como factores contrarios a la consecución y salvaguarda de los referidos objetivos nacionales permanentes.

Habrán, por consiguiente, según el campo donde se ubiquen, objetivos nacionales actuales de seguridad y objetivos nacionales actuales de desarrollo, estos objetivos son de consecución inmediata y representan así la “cristalización” de los intereses y



aspiraciones nacionales, consideradas a la luz de las limitaciones impuestas por las circunstancias y posibilidades del momento.

3.6. Definición de Estado

“Al hablar de Estado se puede señalar dos tipos de definiciones: las jurídicas y las sociológicas, sin embargo, en este punto los conceptos se encuentran sumamente matizados ideológicamente ya que la filosofía política entiende al Estado de una manera diferente; la visión sociológica monopoliza el uso legítimo de la fuerza en un territorio determinado; la visión jurídica comprende la comunidad de personas fijadas en un territorio determinado, legalmente independiente de control externo, y que posee un gobierno organizado que crea y aplica la ley sobre las personas y grupos dentro de su jurisdicción.”³⁴

Ahora bien, al hablar del concepto de Estado y sus diferentes visiones ideológicas se puntualizan los tres elementos componentes fundamentales del mismo, la población, el territorio y el poder. Por un lado la población es un elemento de suprema importancia porque es precisamente la convivencia entre los habitantes lo que el Estado como organización político-territorial va a normatizar, es importante señalar que existe diversidad de conceptos con respecto a los "recursos humanos" que integran al Estado, pero que nunca los conceptos pueblo, población y nación deben ser confundidos pues la nación engloba todos los conceptos desde las hordas hasta un población grande, pues este noción esta por encima de cualquier colectividad social, la cual va generar un vínculo con el Estado denominado nacionalidad.

En segundo lugar encontramos el territorio, porción del globo terráqueo donde se asienta el Estado, este debe considerarse en un sentido tridimensional. Es decir, el espacio sobre el cual el Estado ejerce su validez es un espacio de tres dimensiones que se extiende a lo ancho y a lo largo, en altura y profundidad.

³⁴ **Ibid**, pág. 84.



3.7. Elementos del Estado

Puesto que el Estado es una estructura político-jurídico, en su integración concurren una serie de elementos cuantitativos y cualitativos que le dan forma y característica propia.

Estos elementos se dividen en dos grupos: Elementos elementales y elementos atributivos, por su parte, le dan a una organización política determinada el carácter propio y específico de un Estado. Estos elementos son la soberanía y el orden jurídico.

Población: Es un elemento importante en la conformación del Estado, quizás más que el mismo territorio, algunos tratadistas del derecho admiten la posibilidad de que pueda existir un Estado sin territorio, pero definitivamente nadie admite que puede haber un Estado sin Población.

En tales condiciones, la población, la sociedad humana y jurídicamente organizada es la que le da base de sustentación, la razón de ser a la existencia de un Estado; entonces entendemos como población, que es el número de hombres y mujeres que componen un Estado.

- Función de la población:
 - a. Integrar un Estado para que este pueda se pueda formar.
 - b. Elemento humano principal o fundamental del Estado para que el mismo realice sus actividades.

- Característica de la población:
 - a. Sin población no se concibe un Estado.
 - b. La población no esta aislada, al momento de conformarse el Estado. Ya existe anteriormente un grupo de personas a un territorio.



- Importancia de la población:

Política: Es la base para saber la cantidad de electores y elegidos en una legislación electoral; es el punto de referencia para la creación de municipios y distritos metropolitanos y para determinar la cantidad de servicios públicos necesitados.

Económica: Determina la cantidad de personas que poseen trabajo estable y los efectos en el campo de la producción, así como comprobar las personas o población desocupada.

Social: Para el Estado es importante conocer con precisión la cantidad de personas asentadas en su territorio; para cuantificarlo se utiliza periódicamente censos.

Sociedad: Grupo en el cual individuos pueden compartir una vida social común.

Pueblo: Concepto más restringido, ya que se refiere a la parte de la población que tiene el ejercicio de los derechos políticos.

“Nación: La Nación tiene un concepto más emotivo, viene a ser el sentimiento de una solidaridad que vincula a los individuos en su voluntad de vivir en conjunto, un sentimiento ligado a las fibras más íntimas de nuestro ser. Existen diferentes opiniones cuando se trata de distinguir el elemento de este sentimiento; se discute sobre el principio fundamental de carácter nacional, para unos es la influencia de factores naturales: la raza, la lengua; para otros, lo primordial es el elemento espiritual: la religión, las costumbres, los recuerdos comunes, la voluntad de cumplir en conjunto grandes obras.

Los rasgos fundamentales de la nación con respecto al papel que juega en la formación del Estado pueden ser dos, el primero es que la nación esta por encima de cualquier otro tipo de colectividad, ya sean la horda, el clan, la tribu, la ciudad, pues la colectividad límite, abarca y engloba todas las otras, pero esta no es englobada por ninguna de ellas. El segundo rasgo viene representado por el precedente que nos permite conocer el papel fundamental que juega el objetivo social en el sentimiento



nacional, esto es el factor fundamental y decisivo de la solidaridad que une a los miembros del grupo.”³⁵

Patria: Es el conjunto sagrado de la tierra, la historia, la vida presente y las nobles aspiraciones del país y del pueblo al que nos une el nacimiento o la sangre de los padres.

- Diferencia entre nación y patria:

No es fácil establecer tal distinción. El patriotismo es el amor de los caracteres nacionales, de los símbolos que vemos tanto en los horizontes familiares, como en las más grandes emociones que provocan los nombres de nuestros antepasados.

- Diferencia entre la nación y el pueblo:

El concepto de nación releva más del espíritu que de la carne. En ella prevalecen los criterios humanos que se reducen a un querer vivir colectivo.

Sociedad civil: Son aquellas sociedades en las cuales no se persigue ningún ingreso monetario y se disuelven por la muerte de alguno de sus integrantes.

“Existe cuando la población se organiza política y jurídicamente. Los hombres se reúnen en sociedad para el logro de sus propios fines y por lo tanto dicha sociedad constituye el elemento orgánico primario del Estado, ya que no es posible concebir un Estado sin habitantes. Incluso puede afirmarse que la sociedad civil humana como elemento del Estado, da origen y razón de ser a los demás elementos. En la sociedad se presupone la existencia de una organización jurídica y política.”³⁶

Nacionalidad: Vinculo jurídico y político existente entre un Estado y los miembros del mismo. Se puede presentar la nacionalidad por el estado civil de la persona nacida o naturalizada en un país o perteneciente a ella por lazos sanguíneos de padre o madre.

³⁵ **Ibid**, pág. 91.

³⁶ **Ibid**. pag. 95.



- Naturaleza jurídica de la nacionalidad:
 - a. Teoría del contrato: En esta para poder tener nacionalidad debe existir un contrato entre la persona que adquiere la nacionalidad y el Estado que la otorga. Esta teoría es rechazada debido a que para poder realizar un contrato como tal la persona debe poseer capacidad jurídica y no es tomada en cuenta que los recién nacidos y los enfermos mentales no la poseen por lo tanto quedarían apartadas, de igual forma no se explica la nacionalidad por anexión territorial.
 - b. El territorio: Como elemento esencial del Estado ocupa dentro del campo de nuestra disciplina jurídica un tema de estudio especial ,en cuanto en cuanto que el no sirve de asiento a la masa poblacional que representa rasgos de unidad que le definen de una manera particular y donde convergen una pluralidad de situaciones sociales y políticas que forman parte de los asuntos y fines que deben ser atendidos por las instituciones del Estado sino que el territorio ha de ser considerado como el ámbito espacial dentro del cual el Estado ejerce su soberanía.
 - c. La relación jurídica que se establece entre el Estado y su territorio es de imperium para Carré de Malberg, pues el Estado no tiene sobre el territorio una potestad de dominación y no es propietario del suelo sobre el que ejerce la potestad estatal, lo cual sería el dominio.

El territorio, según esta teoría, vendría a determinar el marco dentro del cual el Estado ejerce la potestad estatal o Imperium, el cual es, por su naturaleza, un poder sobre las personas.

Para Kelsen el territorio tiene un sentido tridimensional, es decir que ejerce su validez en tres dimensiones, tiene largo, alto y profundo, la forma del espacio será la de un cono con su vértice en el centro de la tierra, junto a los vértices de los demás conos de los otros Estados.

- d. El territorio aunque parezca insólito tiene dos funciones, negativas y positivas, las primeras oponen una barrera a la acción estatal; esta barrera es lo que constituye las llamadas fronteras. De modo que la acción del Estado termina al encontrar tales fronteras.



Las funciones positivas se enderezan al mejoramiento económico y bienestar social de la colectividad que vive dentro del Estado. El Estado transforma su territorio y lo pone al servicio de la sociedad a los fines de mejorar su condición social.

"La necesidad de un territorio como elemento de Estado, apenas ha sido reconocida en los tiempos modernos. Anteriormente los teóricos del Estado se limitan a considerar como elemento esencial el de la comunidad de personas, cuya identidad no iba a estar necesariamente unida al lugar de residencia de estas ninguna definición de Estado concedía en la antigüedad nombra al territorio, como uno de sus elementos. Con este influjo, todos los conceptos de Estado hasta el siglo XIX ponían énfasis en el elemento de la población, aun Doguit mantiene que no es un elemento indispensable ya que dentro de su teoría el elemento fundamental en el Estado es la diferenciación política entre gobernantes y gobernados. La cual puede producirse independientemente de que existe un territorio."³⁷

Hoy en día existe casi unanimidad en considerar al territorio como uno de los elementos esenciales, sin el cual el Estado no podría existir. No significa esto que el Estado requiera de un territorio fijo su extensión puede variar y de hecho lo hace por diversas causas como las conquistas supremas, los tratados de límites, las anexiones etc, lo fundamental sobre el cual se asiente la población y se ejerza el poder de Estado.

El Poder: "El poder puede tener varias concepciones, primeramente podemos decir entonces que el poder es el conjunto de instituciones que garantizan que los ciudadanos se sometan a un Estado determinado, podríamos decir que el poder tiene forma de regla porque muchas veces no emplea la violencia, es decir cuando un grupo domina a otro grupo. En el diccionario encontramos situación estratégica compleja en una sociedad determinada, El poder según Weber es el dominio sobre otros, unos mandan y otros obedecen. Según Arendz es una relación entre iguales que se basa en el dialogo y en le acuerdo."³⁸

³⁷ **Ibid**, pág. 121.

³⁸ **Ibid**. pág. 124.



Por otro lado tenemos otros conceptos con respecto a su sentido amplio: Es la capacidad de influir en el comportamiento ajeno. Ejemplo: Padres-consejo; profesores-conocimientos. Sentido estricto: Es la capacidad de modificar el comportamiento ajeno, lo podemos modificar de muchas formas, incluso con la fuerza.

En realidad el poder aparece como una necesidad natural en la existencia del Estado, ya que es difícil construir una organización política sin una autoridad que dirija todas las situaciones y actuaciones en que se encuentran los integrantes de esa organización.

Dabin expresa que: "El poder es querido por la naturaleza en el sentido de que la sociedad política, que corresponde al ímpetus naturales de los individuos humanos, no podría existir ni cumplir su misión sin un gobierno director."

Mientras que para Hauriou el poder es "Una libre energía que, gracias a su superioridad asume la empresa del gobierno de un grupo humano por medio de la creación constante del orden y del derecho".

Por ello podemos decir entonces que el poder es entendido como la realización de la facultad de mando que tiene el Estado como, es decir, que el poder se representa en la autoridad a cuya orden se encuentran sometidos los habitantes o la población de un Estado, la cual junto con el territorio forman los tres elementos del mismo.

- Tipos de poder:

- a. Poder coercitivo "termino de coacción".
- b. Poder persuasivo "termino de persuasión".
- c. Poder retributivo "termino de retribución".

- a. Poder coercitivo: Ésta relación de poder se basa en que el súbdito obedece por que el individuo que tiene el poder amenaza con su integridad física o propia libertad del individuo. Ejemplo: poder estatal, de aquí emana el Derecho penal. El Estado restringe la libertad personal. El tributo o la esclavitud.



- b. Poder persuasivo: Ésta relación de poder se basa en la convicción de identificación de ideas o de creencias entre el que ejerce el poder y los súbditos. El que ejerce el poder da una serie de ideas u opiniones como las mejores y los súbditos la aceptan como la mejor. Ejemplo: partidos políticos y sindicatos con sus afiliados. En las huelgas la identidad entre convocadores y convocados. En las Iglesias y sus seguidores.
- c. Poder retributivo: Ésta relación de poder se basa en obedecer a cambio de una retribución. Ejemplo: relación laboral.
- Mannheim y Burdeau han clasificado al poder de las siguientes formas básicas:
 - a. Mannheim: Según Kart Mannheim el poder se ha ejercido históricamente bajo las siguientes modalidades básicas:
 - Libre desahogo: Consiste en la pura violencia, desatada sin orden ni concierto, que no persigue ningún propósito preestablecido. Conduce a la destrucción imprevista.
 - Destrucción organizada: Consiste en el ejercicio de la fuerza y la violencia con un propósito determinado y programado dirigido a la destrucción, por ejemplo la guerra.
 - Poder canalizado: Es el ejercicio del poder en forma ordenada, conforme a principios jurídicos; típico de la sociedad civilizada, que busca construir un orden superior y mas justo cada vez.
 - b. Burdeau: Tomando en cuenta las representaciones de las fuerzas que se combinan en la relación en la relación política, considera dos tipos de poder:
 - Poder no institucionalizado y poder institucionalizado: El primero de ellos "se funda integralmente en la personalidad de quienes lo ejercen; el segundo se basa en una institución, que es el Estado."
 - Poder cerrado y poder abierto: El primero es aquel "que se pone al servicio de una representación del orden deseable definitivamente establecida, impermeable a las modificaciones que podría aportarle la conciencia colectiva"



- Características del poder político:
 - a. Afecta directa o indirectamente a toda la sociedad, las tres anteriores no afectaban a toda la sociedad.
 - b. Todos los individuos están sometidos al mismo poder y no pueden evitar obedecerlo como en el persuasivo. Ejemplo: dejar el sindicato.
 - c. Es superior al resto de fórmulas o tipos de poder que hemos visto, ya que esas tres existen por que el poder político lo permite, sobre todo el persuasivo.
 - d. Es el único poder legitimado para el uso de la fuerza. Ejemplo: los piquetes no están permitidos. La pena de muerte.

- Legitimidad del poder político:

Definición de legitimidad: Es la cualidad del poder de ser considerado como justificado por aquellos que están sometidos al mismo. Aquí el poder es legítimo cuando aquellos que están sometidos lo obedecen y aceptan voluntariamente.

Texto de Max Weber “sociólogo alemán”: La legitimidad del hombre es libre y esclavo. Ningún hombre puede ejercer fuerza sobre los demás. ¿En qué se basa la legitimidad? ¿Cuándo?.

- Enfoques de la legitimidad:
 - a. Enfoque subjetivista.
 - b. Enfoque objetivista.
 - c. Enfoque del realismo político.
 - d. Enfoque del constructivismo normativo.
 - a. Enfoque subjetivista: El poder es legítimo cuando los súbditos están convencidos de que esta justificado el poder, aceptándolo y obedeciéndolo. Basándose en las convicciones de los súbditos o dicho en otras palabras la resignación.
 - b. Enfoque objetivista: Un poder es legítimo cuando sus resultados son conformes a las convicciones socio-culturales del momento, es decir, un gobierno y su actuación



es crear leyes que están dentro de la pauta sociocultural de la época. Ejemplo: cuando salió la ley del aborto en España en la segunda república, fue una ley fuera del contexto socio-cultural de aquel momento, es decir, salió antes de tiempo para aquella sociedad. Estos dos enfoques se parecen en que las dos se basan en las convicciones de los súbditos. Y se diferencian en que el subjetivista está en el plano gobernante-gobernado mientras que el objetivista está en el plano de las convicciones de los valores socio-culturales de la época.

- c. Enfoque del realismo político: Un gobierno es legítimo si consigue el bienestar socio-económico.
- d. Enfoque del constructivismo normativo: El poder es legítimo si se basa en el marco “constructivo” normativo establecido.

- Tipos de legitimidad según Max Weber “Enfoque Subjetivista”:

- a. Legitimidad tradicional.
- b. Legitimidad carismática.
- c. Legitimidad legal-racional.

- a. Legitimidad tradicional: Consiste en que se acepta el poder por tradición o costumbre. Es la legitimidad típica que existe en las sociedades y monarquías antiguas. Se obedece el poder del jefe o del Rey que siempre ha sido así. No tiene carácter nacional sino que se repite de época en época, pero no significa que este poder sea ilimitado, el poder tiene límites y éstos límites los dicta la propia costumbre. Ejemplo: ancianos o hechiceros en la tribu.

- b. Legitimidad carismática: Se basa en las cualidades personales de un líder “inteligencia, fuerza con la que expresa sus ideas...”. No tiene autolimitación, por ello ha habido excesos. Ejemplo: dictaduras “Hitler...”, Gandhi, Madre Teresa de Calcuta.

- c. Legitimidad legal-racional: Los individuos van a dictar el poder por que existen unas normas generales iguales para todos y validas para toda la sociedad sin ninguna distinción. Es el tipo predominante actualmente aunque con un componente democrático, es decir, que estas normas deben ser elaboradas por unos representantes elegidos por el pueblo.



- Legitimidad de origen y de ejercicio:

El poder es legítimo en cuanto a su origen cuando procede de alguno de los tipos de dominación establecidos por Weber. Pero el poder legítimo en su origen puede llegar a convertirse en ilegítimo en cuanto a su ejercicio.

“En efecto, la calificación de legítimo no podrá darse a todo poder, aún cuando haya procedido de un origen admitido como tal. Para que ello ocurra así se requiere que el ejercicio del poder se conforme en todo poder, aun cuando haya procedido de un origen admitido como tal. Para que ello ocurra así se requiere que el ejercicio del poder se conforme en todo momento, no sólo a los requisitos legales que pudieran exigirse de acuerdo con el sistema establecido, o sea el aspecto formal; si no exige igualmente una actuación adaptada a principios de justicia.”³⁹

Soberanía: La Idea de soberanía surge en medio de una lucha del poder real por conquistar su independencia de los poderes externos “poder de la iglesia y los restos del sacro imperio romano germano”, y la supremacía sobre los poderes internos “feudalismo”, esta estructura política encabezada por el rey reemplaza a la estructura política anterior como lo era el feudalismo.

- Soberanía del Estado:

El poder soberano forjado históricamente por el soberano fue un poder individualizado. Al surgir el Estado moderno el poder soberano se institucionaliza en el Estado, es decir se traspa de la persona física del soberano a la persona jurídica del Estado, quien es el único titular del poder soberano del Estado.

Dentro de la soberanía del Estado se distingue la interna y la externa.

- Interna: Supremacía por sobre los demás poderes sociales existentes en el territorio estatal, el Estado no reconoce otro poder igual o superior.

³⁹ **Ibid**, pág. 136.



- Externa: Para relacionarse con los otros Estados soberanos, el Estado es un ente independiente igual jurídicamente a los otros Estados soberanos, que no reconoce superiores, solo iguales.

Soberanía en el Estado: Consiste en determinar quién dentro del Estado debe ser reconocido como el soberano, quien posee la competencia de las competencias, tratando de dar una respuesta se han formulado una serie de teorías:

- teorías que no conocieron los derechos humanos como limite infranqueable al poder estatal:
 - a. Jean Bodin.
 - b. Tomas Hobbes.
 - c. J.J Rousseau.
- teorías que reconocen en cierta medida los derechos humanos como limite al poder estatal:
 - a. Jhon Locke
 - b. Soberanía nacional
 - c. Soberanía popular
 - d. Cruzamiento de ambas soberanías.

“Jean Bodin: Es el primero en tratar el tema de la soberanía, el reconoce la institucionalización de la soberanía en el Estado, de hecho al definir Estado, le atribuye a este la cualidad de ser un poder soberano "Republica es un recto gobierno de varias familias y de lo que les es común con poder soberano", cabe destacar que al referirse a un recto gobierno de varias familias, Bodin justifica la monarquía de su época.”⁴⁰

Bodin señala que el derecho del rey a ser soberano emana de una donación que libremente el pueblo le hizo y que tiene las cualidades de ser irrevocable e incondicionada.

⁴⁰ **Ibid**, pág. 143.



Soberanía absoluta: La soberanía que adquirió el rey es absoluta, por lo cual el rey está absuelto del poder de las leyes, está por sobre ellas; el rey no está sometido al mando de otro y el rey sólo debe prestar juramento a Dios, ya que solo él juzgará sus actos.

Sin embargo, el rey debe respetar las leyes fundamentales del reino, las que no puede modificar, estas son:

- La corona: Tiene dominio sobre si misma es inalienable, indivisible e imprescriptible.
- Titular: Masculinidad, legitimidad, primogenitura y catolicidad.
- Estados generales: Para defender el Estado, imponer impuestos y reunir fuerzas.

Marcas de la soberanía: El principal signo de la soberanía es el poder "hacer y derogar la ley", ya que teniendo esta facultad se desligan las tantas existentes tales como: hacer la guerra o la paz, hacer justicia en el grado máximo, acuñar monedas, etc.

Tomas Hobbes: Para explicar el Estado y la soberanía parte suponiendo al hombre en un estado de naturaleza.

Estado de naturaleza: Los hombres han sido creado por la naturaleza en igualdad de condiciones, las diferencias entre uno y otros son mínimas "fuerza, inteligencia, entre otras".

"Debido a esta igualdad no existe razón alguna para que uno alcance un beneficio que otro no pueda obtener, así surgen las primeras discrepancias, los hombres comenzaran a utilizar la fuerza y su astucia para someter o bien no ser sometidos por otros , en esta constante guerra la sociedad puede surgir ya que los hombres temen morir. Así se da una consecuencia, de que nada puede ser injusto, debido a que no existe un poder común capaz de establecer la ley, por lo tanto si no hay ley, no hay justicia. En este Estado el hombre anhela la paz y es la inteligencia quien le muestra como alcanzarla, firmando el pacto social."⁴¹

⁴¹ **Ibid**, pág. 144.



- No hay ninguna teoría donde establezca que el poder estatal viole los derechos humanos.

Pacto social: Los hombre como individuos y sociedad transfieren el derecho a gobernarse a sí mismos y autorizan los actos como si fueran de su propia autoría al monarca quien gobernara con poder soberano.

Aquí hay un solo pacto, en el cual han participado los hombres libremente, pero no ha participado el soberano, por lo que no se le puede reclamar nada, solo se le debe obediencia.

- Efectos del pacto social:
 - a. Crea el Estado: Persona ficticia jurídica que defiende a los súbditos y cada acto del Estado es reconocido por los súbditos como propio.
 - b. Funda la soberanía: Para que el pacto se haga efectivo es necesario que el monarca cuente con un poder soberano (ilimitado) para detener a quien intente quebrantar este pacto.
 - c. Designa al soberano: Soberano es el órgano supremo del Estado.

Monarquía: El soberano es un hombre.

Aristocracia: El soberano es una minoría.

Democracia: El soberano es una asamblea de todos cuantos quieran participar de ella.

Hay una transferencia de derechos y existe representatividad: los individuos al celebrar el pacto social transfirieron todos sus derechos al soberano, quedando este como representante de estos individuos, así la voluntad del soberano será siempre la de los súbditos, ya que estos deben reconocer los actos del soberano como propio.

“Soberanía absoluta: Para que el pacto sea constante y obligatorio es necesario que exista un poder soberano, este es absoluto o ilimitado, no se puede pretender limitar o sancionar a quien ejerce indebidamente la soberanía ya que los súbditos transfirieron



todos sus derechos libremente y por lo tanto han quedado obligados a reconocer los actos del soberano como propios. Sin embargo Hobbes señala como limite ha este poder el que el soberano no puede enajenar o donar a un extranjero su derecho a gobernar.”⁴²

La soberanía absoluta y la iglesia: Hobbes señala que no pueden coexistir dos poderes soberanos dentro del Estado “temporal y espiritual”, es necesario que uno de los dos se someta al otro y esto se explica en la confusión que se produciría en los súbditos ya que estarían obligados a obedecer a dos poderes y en caso de entra en conflicto no sabrían a cual obedecer.

Para hobbes la única soberanía absoluta es la temporal, por lo cual la espiritual deberá someterse a esta, así el soberano será jefe de Estado y del poder espiritual, si el soberano lo considera adecuado podrá encomendar al papa el gobierno de los súbditos en materia religiosa, así como también podrá removerlo cuando lo estime conveniente. La soberanía deviene en un poder supremo e irresistible, que se posiciona por encima de todas las demás instancias y organizaciones.

En su dimensión interna la soberanía se afirma como poder supremo frente a cualquier otra instancia en el ámbito estatal. El poder del Estado deviene así en un poder legítimamente irresistible.

El constitucionalismo debe procurar que el poder soberano del Estado no se convierta en un poder despótico.

“Los derechos inalienables de la persona como límites a la soberanía estatal. La soberanía significa también independencia frente a cualquier otro poder externo.

El derecho internacional se basa en el presupuesto de independencia e igualdad soberana de todos los estados miembros de la comunidad internacional. Consecuencias de la interdependencia y las organizaciones internacionales tienen para el principio de independencia. La soberanía no se configura como una cualidad

⁴² **Ibid.** pág. 154.



inalterable, que pueda definirse de una vez para siempre, con un contenido permanente e insoluble.”⁴³

- Características de la soberanía:

Es esencial al Estado, ya que éste para ser Estado, para que podamos calificar a un grupo social como Estado tiene que tener dentro de sí un poder soberano. Si su poder de mando se encuentra subordinado, entonces tendremos ante nuestro análisis un grupo social diferente; no existe, en esa hipótesis, un Estado soberano.

Esto no quiere decir que dentro de la estructura constitucional de diversos Estados, el poder no tenga diferentes manifestaciones y que no existan diferentes estructuras de autonomía dentro del Estado, como sucede en el Estado federal.

Pero aun en estos casos en que existen esferas de autonomía, como son los Estados particulares, los llamados Estados miembros de las federaciones, siempre existe un órgano, que es el que posee el poder supremo, por encima de esos poderes particulares.

Existe jerarquía y en lo alto de esta jerarquía, la cúspide del poder, se encuentra la soberanía. La jerarquía de las órdenes, según dice Dabin, "está determinada por la jerarquía de los fines".

“El fin supremo que es, en el orden de las comunidades políticas, el fin del Estado, cuyo contenido ya estudiamos, reclama para su obtención un poder de la misma jerarquía; un poder supremo.

El fin más alto que le es dado alcanzar a una comunidad social, que es el bien público, sólo puede obtenerse empujando en el desarrollo de la actividad encaminada a conseguirlo un poder del mismo rango: Un poder supremo.”⁴⁴

⁴³ **Ibid.** pág. 156.

⁴⁴ **Ibid,** pág. 157.



El bien público, fin del Estado, tiene por su calidad general un rango superior al bien particular o individual. En esta forma, la idea de bien público contiene en potencia la idea de soberanía.

El organismo que tiene a su cargo obtener la paz y la tranquilidad, la creación y el cumplimiento de las leyes, tiene que poseer un poder, un mando que le permita imponer de manera obligatoria sus decisiones.

En conclusión la soberanía, constituye en relación al poder del Estado una cualidad del mismo, que lo determina de una manera absoluta, de manera que la forma ideal del poder es con la posesión plena de la soberanía y de esta manera se califica total y absolutamente, por eso en tal sentido se caracteriza por ser inalienable, infalible, absoluta e indivisible.



CAPÍTULO IV

4. Aplicación de la fase de conciliación en el proceso laboral por parte del Estado de Guatemala y como consecuencia violación al principio de igualdad constitucional.

4.1 Aspectos generales

A partir de 1996, Guatemala inicia un período notablemente histórico, el cual marca a partir de la firma de la paz un proceso de reconstrucción de la sociedad guatemalteca de manera integral. Este proceso lleva implícito el compromiso del Estado asumido en el marco de los acuerdos de paz, para promover, ejecutar y concretar medidas en áreas específicas como derechos humanos, salud, educación, vivienda, trabajo, desarrollo humano, participación ciudadana, etc.

Debe reconocerse que el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, ha sido particularmente difícil, frente a la precaria situación económica del país, ocasionada por el elevado déficit fiscal y cuenta corriente, así como las alzas en el nivel de precios que ha existido en Guatemala en los últimos años.

No obstante los obstáculos enfrentados, el Estado de Guatemala está plenamente consciente de la importancia que exigen dichos derechos para mejorar los niveles de desarrollo humano y social de toda la población guatemalteca. En este sentido, deben subrayarse las acciones ejecutadas que permiten en la actualidad visualizar algunos logros en distintas áreas de los derechos económicos, sociales y culturales de los guatemaltecos.

Dentro de los avances significativos, podemos indicar, que en el área de salud, se han implementado medidas que han permitido la inmunización de grupos de alto grado de pobreza, muchos de los cuales habían permanecido al margen de los servicios básicos de salud.

En educación, se ha iniciado un proceso de reforma educativa orientada hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia, la paz y la interculturalidad. En cuanto a los temas de



género, niñez, vivienda y laboral, el presente informe detalla algunos avances que fundamentalmente están orientados a la modificación de leyes, y promoción de nuevas leyes, así como políticas y estrategias específicamente dirigidas a estas áreas, con las cuales se considera que se alcanzarán mejores condiciones para el adecuado ejercicio de estos derechos.

La situación del empleo en Guatemala se caracteriza por la tendencia a que la población empleada sea subocupada o labore en condiciones por debajo de lo normal. La participación en el empleo con relación a la población económicamente activa "PEA", es porcentual y con tendencia creciente, ya que de 89,2% en 1987, equivalente a 2,1 millones, en 1997, se llegó a 3,1 millones, es decir el 94,4% de la PEA.

En tal sentido, el nivel de desempleo abierto llegó al 10,8% de la PEA en 1987, bajo una tendencia decreciente hasta 1994, cuando se situó en 3,3% de la PEA, habiendo concluido 1997 con un 5,6% de la PEA.

En 1987, el déficit ocupacional total fue de un 50,4%, equivalente a 1,2 millones de trabajadores. En 1992 se registró un aumento de 1,4 millones de trabajadores, lo que representó un decrecimiento en la participación de este segmento social a 48,2% de la PEA. De tal manera, en 1997 el déficit ocupacional alcanzó un 47,2% de la PEA, que equivale a 1,6 millones de trabajadores.

El Ministerio de Trabajo estableció que los departamentos de la República de Guatemala que son vulnerables o desfavorecidos por la ocupación de mano de obra en cualquiera de las actividades económicas, en su orden, son: Totonicapán, Jalapa, El Progreso, Baja Verapaz, Jutiapa, Sololá, Quiché y Zacapa.

En Guatemala la situación laboral se refleja en el crecimiento poco dinámico de la demanda total de mano de obra y en el desarrollo desigual del país, lo cual ha generado un patrón de demanda de empleo que favorece únicamente a sectores minoritarios de la población.



Lo anterior se evidencia en la existencia de un sector económico formal y otro sector informal. El sector formal se desarrolla en un marco de contratos y regulaciones laborales que representan en términos prácticos estabilidad y acceso a mayores beneficios para los trabajadores.

En tanto el sector informal se caracteriza por el predominio del subempleo de la mano de obra y por su naturaleza insegura e irregular. La población que representa el sector formal lo constituye la población que cotiza en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social "IGSS".

La población comprendida en el sector formal constituye una parte minoritaria del empleo total y equivale a poco más de la cuarta parte de la PEA. Considerando que la política del sector laboral está orientada a crear las condiciones que permitan alcanzar niveles crecientes sostenibles de ocupación y reducción del subempleo estructural, el Estado de Guatemala ha apoyado acciones y programas tendentes a modernizar y ampliar la cobertura de la previsión social, ajustando la tasa de cotización que asegure un financiamiento adecuado de las prestaciones a mediano y largo plazo.

La estrategia general, adoptada a través del Ministerio de Trabajo y Previsión Social para mejorar la situación del empleo en Guatemala, se fundamenta en lo que para el efecto establece el artículo 40 de la Ley del Organismo Ejecutivo, literal f "Administrar descentralizadamente sistemas de información actualizada sobre migración, oferta y demanda en el mercado laboral, para diseñar mecanismos que faciliten la movilidad e inserción de la fuerza laboral en el mercado de trabajo"; y literal h "Diseñar la política correspondiente a la capacitación técnica y profesional de los trabajadores. La ejecución de los programas de capacitación será competencia de los órganos privados y estatales correspondientes".

La implementación de la estrategia general comprende los siguientes aspectos:

- a. Modernización: Comprende la ampliación de la cobertura del Ministerio a través de la descentralización de los servicios, principalmente hacia el interior del país;



- b. Reorientación de los recursos: Con lo que se pretende racionalizar el gasto público mejorar la calidad de los servicios, destinándolos a las finalidades y coberturas geográficas prioritarias;
- c. Aumento del nivel de bienestar de los trabajadores y trabajadoras y sus familias. Mediante el mejoramiento de los sistemas de remuneración al trabajo, de los servicios de colocación de empleo, de recreación, promover la justicia en las relaciones obreros patronales y la participación de la mujer en el mercado laboral.

Durante 1998, se designaron recursos para implementar diversos programas en el ámbito laboral, como:

- a) Políticas activas de empleos: Bajo la coordinación del Ministerio de Trabajo y Previsión Social se desarrollaron las siguientes acciones:
 - Ferias del empleo: Estos eventos fueron organizados para vincular de manera ágil, directa y efectiva la oferta y la demanda de empleo, concentrando en un espacio físico determinado a las empresas que buscan trabajadores adecuados a sus necesidades y a la población demandante de puestos de trabajo vacantes. Se realizaron dos ferias del empleo en la ciudad de Guatemala y una en el departamento de Escuintla, durante 1999;
 - Mecanismos de información del empleo: Consiste en la divulgación de ofertas de trabajo, realizada por el Departamento Nacional del Empleo, a través de los medios de comunicación escritos, una vez a la semana; publicidad a través de trifoliales, cuñas radiales y eventos informativos realizados en las diferentes sedes regionales. También se abrió la pagina Web en Internet para acceder a los servicios de empleo;
 - Orientación vocacional y laboral: En las ferias del empleo se han instalado módulos de orientación vocacional y ocupacional, dirigidos a personas desempleadas, donde se les capacita para elaborar una hoja de vida, actitud ante una entrevista, se les orienta sobre los lugares en los cuales se tramitan los documentos necesarios para la obtención de empleo, y la forma más adecuada de presentarse a consultar sobre un puesto vacante en una empresa;



- b) Migraciones laborales: Se ha mejorado el procedimiento de registro y control de los trabajadores agrícolas guatemaltecos que ingresan a territorio mexicano para laborar en las fincas de la zona del Soconusco, producto del acuerdo entre los funcionarios del Ministerio de Trabajo y de Migración de México y Guatemala. Se ha dado también asistencia personalizada a extranjeros y empleadores en la gestión de autorizaciones para el trabajo de extranjeros en el país y fuera de éste, logrando la substanciación de tales procedimientos de manera más ágil;
- c) Medidas legislativas y administrativas: Dentro de las acciones impulsadas por el Estado de Guatemala tendientes a fortalecer y modernizar el Ministerio de Trabajo y Previsión Social como ente rector de la política laboral, el Congreso de la República aprobó el Decreto 35-98, que contiene las reformas al Código de Trabajo, las cuales se fundamentan en la necesidad de fortalecer la naturaleza tutelar del derecho laboral, de agilizar la resolución de conflictos laborales, de consolidar las disposiciones mínimas en materia de higiene y seguridad en el trabajo, así como de expeditar y aclarar los procedimientos relativos al reconocimiento y pleno ejercicio del derecho de sindicalización;
- d) Programas de facilitadores en la solución de conflictos laborales: Para mejorar la calidad de los servicios que presta en el área de inspección de trabajo, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, desarrolló un diplomado de Facilitadores en la Solución de Conflictos Laborales, a través de la Escuela Superior de Mediación y Conciliación, dirigido a inspectores de trabajo y otros funcionarios del Ministerio de Trabajo y Previsión Social con el propósito de promover la práctica de la negociación y, en particular, la capacitación de los interlocutores para dirimir disputas y concertar acciones en beneficio de las partes involucradas;
- e) Capacitación para el trabajo: Entre las medidas adoptadas por el Estado para que el trabajo sea más productivo, se ha impulsado la capacitación para el trabajo, a través del Instituto Técnico de Capacitación y Productividad "INTECAP", que es una entidad descentralizada que actúa como organismo técnico del Estado en el adiestramiento, formación profesional y perfeccionamiento de los recursos humanos. La coordinación de sus actividades con la política general estatal se efectúa por medio del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. En tal sentido, es el INTECAP la institución encargada de



la labor técnica en el cumplimiento de los Acuerdos de Paz, con relación a la formación y capacitación de los 200.000 trabajadores propuestos como meta para el año 2000. Considerando que actualmente en el mundo cada vez más competitivo, los avances tecnológicos requieren de la tecnificación de la fuerza laboral para superar los niveles econométricos que se plantean para enfrentar los retos del nuevo milenio.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 102, garantiza la igualdad entre los trabajadores y reconoce la igualdad de salario para igual trabajo. Con relación a la orientación y la formación profesional, el empleo y la ocupación según la raza, el color, el sexo, la religión y el origen nacional, el mismo instrumento legal reconoce que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, por lo que no existe distinción alguna referente a estas categorías.

La Constitución de la República de Guatemala establece en el artículo 102 una serie de derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo, entre los cuales aparece lo relativo a la igualdad de salario para igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad.

En el mismo artículo se instituye la protección a la mujer trabajadora y regulación de las condiciones en que debe prestar sus servicios, estableciéndose asimismo que no se debe hacer diferencias entre casadas y solteras en materia de trabajo.

Con relación a la igualdad de oportunidades para el ascenso en el trabajo, se aplica el principio constitucional plasmado en el artículo 4 que estipula que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, el hombre y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades.

En Guatemala no existe ningún grupo de trabajadores que sean privados del principio de igualdad de oportunidades. Las mujeres actualmente tienen igual acceso a los mismos puestos de trabajo que los hombres, y las mismas oportunidades de ascender.



- La Procuraduría General de la Nación:

Para hablar de los antecedentes históricos de la Procuraduría General de la Nación, es necesario abordar el tema del Ministerio Público en sus orígenes a través del tiempo, ya que ambas formaron parte de un solo organismo, siendo su denominación es ese entonces: “Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación”, instituciones que formaron un solo ente, hasta que se dio la división constitucional de 1993, por consulta popular, se ordeno por medio de Acuerdo Legislativo 18-93 que estas dos instituciones se independizaran, y constituyeran dos órganos totalmente distintos. Uno pasó a formar la Fiscalía General de la Republica, como una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas y, la Procuraduría General de la Nación, le fue fijada la función de asesoría y consultaría de los órganos y entidades estatales, especialmente, la defensa de los intereses y bienes del Estado.

En Guatemala, el origen del antiguo Ministerio Público lo encontramos en la época de la Colonia, época en que la Real Audiencia, era la encargada de la administración de justicia en las colonias españolas. La Real Audiencia estaba formada por el Presidente, los oidores y un fiscal de la audiencia, este último intervenía en la resolución de los asuntos y juicios en los que tenía interés el fisco, ocupaba esta plaza un abogado el cual no tenía que residir en la jurisdicción de la audiencia, con el tiempo se decretó por la Corte de España, que la audiencia en Guatemala estuviera integrada por dos fiscales para el mejor desenvolvimiento de la administración de justicia y la mayor protección a los intereses de la Corona.

Posteriormente, por medio del Reglamento 1832, el tribunal superior de justicia, vino a sustituir a las Real Audiencia, también allí existió la plaza de fiscal. Por Decreto de Gobierno de 3 de agosto de 1954 se creo la plaza de abogado Fiscal ya por nombramiento del Presidente con funciones propias, funciones que por Decreto No. 23 de la Asamblea Constituyente de fecha 17 de 1839 correspondían al fiscal de la corte suprema de justicia.

En la actualidad la Constitución política de la Republica de Guatemala, de 1985, reformada por la Consulta Popular y el Acuerdo Legislativo 18-93, se da la división



institucional del ya conocido Ministerio Público y de la Procuraduría General de la Nación, quedando delimitadas las funciones de cada institución en los artículos 251 y 252.

Artículo 251.- Ministerio Público. “El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica.

El Jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Deberá ser abogado colegiado y tener las mismas calidades que los magistrados de la Corte Suprema de justicia y será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación, integrada por el Presidente de la Corte Suprema de justicia, quien la preside, los Decanos de la Facultades de Derecho de Ciencias jurídicas y Sociales de las Universidades del país, el Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho colegio.

Para la elección de candidatos se requiere del voto de por lo menos las dos tercera partes de los miembros de la Comisión.

En las votaciones tanto para integrar la Comisión de Postulación como la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación.

El Fiscal General de la Nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El Presidente de la Republica podrá removerlo por causa justificada, debidamente establecida”.

Este artículo constitucional se ve desarrollado en la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto 40-94 del Congreso de la República, la cual fue promulgada a efecto de que se cumpla eficientemente con las funciones que le atribuye el artículo 251 de la



Constitución política de la Republica, y siendo mandato constitucional dicha institución debía organizarse conforme a principios de autonomía y jerarquía para que los órganos de la institución puedan cumplir con las funciones que las leyes les imputan.

Por otra parte se encuentra la Procuraduría General de la Nación, regulada en el Artículo 252 de la Constitución política de la República de Guatemala, de la siguiente manera:

Artículo 252.-Procuraduría General de la Nación. “La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica.

El Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado y es el Jefe de la Procuraduría General de la Nación. Será nombrado por el Presidente de la República, quien podrá también removerlo por causa justificada debidamente establecida. Para ser Procurador General de la Nación se necesita ser abogado colegiado y tener las mismas calidades correspondientes a magistrado de la Corte Suprema de justicia.

El Procurador General de la Nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia”.

- Funciones:

- a. Ejercer la representación de Estado.
- b. Representar provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces, mientras estos no tengan personero legítimo y supervisar y dirigir el ejercicio de la representación y cuidado de menores, incapaces y los que se encuentren internos en cualquier institución.
- c. Intervenir ante los tribunales de justicia en todos aquellos asuntos en los que interés el Estado de Guatemala o en que deban defenderse intereses de la población, o



específicamente confiados a su cargo estando legitimada para hacerlo en todo tipo de procesos.

- d. Promover las gestiones necesarias tanto judicial como extrajudicial para la efectiva protección de la persona y de la familia por parte de todos los órganos del Estado.
- e. Asesorar de oficio a la administración pública.
- f. Evacuar las consultas que le sean formuladas por los órganos del Estado nacional e internacionalmente.
- g. Defender judicial y extrajudicialmente los intereses del Estado, nacional o internacionalmente.
- h. Intervenir en la defensa del ambiente, en los asuntos relacionados con la integración centroamericana y en todos los demás negocios que la ley determine.
- i. Dar seguimiento a las resoluciones emitidas por el Procurador de los Derechos Humanos, prestando a los órganos del Estado la pertinente asesoría para su debida observancia a cuyo efecto el Procurador de los Derechos Humanos remitirá al Procurador de la Nación copia de todas las resoluciones, recomendaciones, censuras, requerimientos y pronunciamientos que emita.

Debido a las reformas al Decreto 512 del Congreso de la República las funciones de la Procuraduría General de la Nación en la actualidad son las siguientes:

- a. Asesorar a los órganos y entidades del Estado.
 - b. Ejercer la representación del Estado de Guatemala.
- Asesorar a los órganos y entidades del Estado de Guatemala:

La procuraduría General de la Nación asesora a los Ministerios de Estado y dependencias del organismo Ejecutivo, órganos, entidades y toda dependencia del Estado en todos aquellos asuntos en que, sin tener intervención obligatoria, se solicite su opinión. Los dictámenes contendrán la opinión de la Procuraduría General de la Nación. Dicha consultoría es ejercida, según su ley orgánica vigente, por el jefe de Sección respectivo, los abogados consultores adscritos a los ministerios y dependencias del Ejecutivo y cualesquiera otros abogados que llame el Procurador General de la Nación para dictaminar en casos específicos.



- Ejercer la representación del Estado:

El ejercicio de la personería del Estado comprende las siguientes funciones:

- Representar y defender los derechos de la Nación en todos los juicios en que parte, de acuerdo con las instrucciones del Ejecutivo y promover la oportuna ejecución de las sentencias que se dicten en ellos.
- Intervenir si así lo dispusiere el Ejecutivo y conforme a las instrucciones de éste, en los negocios en que estuviere interesada la Nación, formalizar los actos y suscribir los contratos que sean necesarios a tal fin.
- Cumplir los deberes que, en relación con esta materia señalan las leyes del Procurador General de la Nación.

El ejercicio de la personería de la Nación por parte del Procurador General de la Nación puede ser delegado por él, en casos específicos, en otros funcionarios de la Procuraduría General de la Nación o a través de poderes especiales a personal externo de la institución. En tales casos, quién ejerza la personería deberá proceder de acuerdo a las instrucciones que en cada caso les sean giradas.

El Procurador General de la Nación tiene además de las funciones señaladas, atribuciones específicas, tales como:

- Representar provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces, mientras estos no tengan personero legítimo conforme el Código Civil y demás leyes.
- Intervenir ante los tribunales de justicia en todos aquellos asuntos en que esté llamado a hacerlo por ministerio de la ley.
- Promover ante los tribunales de justicia en todos aquellos asuntos en que este llamado a hacerlo por ministerio de la ley.
- Investigar de oficio cualquier negocio en que esté interesada la nación y dirigirse, en su caso, al ministerio correspondiente solicitando instrucciones sobre el particular.
- Rendir informes de los asuntos en que esté interviniendo, cuando se lo pida el Organismo Ejecutivo o cuando lo crea necesario que se de las instrucciones pertinentes.



Con lo que respecta a nuestro tema analizaremos el artículo 19 del Decreto 512 del Congreso de la República y comenzaremos mencionando que el Decreto 512 del congreso de la Republica, contiene la ley orgánica del Ministerio Publico, no así la ley orgánica propiamente de la Procuraduría General de la Nación, no obstante ello, aún no ha sido aprobado el proyecto de ley orgánica presentando al Congreso de la Republica, en conocimiento de tal situación se cita el artículo antes mencionado, para el efecto se transcribe su contenido para que la tarea sea más fácil y comprensible.

Artículo: 19.- “Sin expresa autorización del correspondiente Ministerio de Estado, el Procurador General no puede absolver posiciones ni contestar demandas, pedir el sobreseimiento de los asuntos, celebrar transacciones o compromisos, o desistir de los juicios o recursos que promueve en ejercicio de la personería de la Nación. Tampoco podrá dejar de promover los recursos pertinentes contra las resoluciones desfavorables, en todo o en parte, a los intereses que represente en ejercicio de esa misma personería. Los tribunales en ningún caso podrán declarar confesa a la Nación en rebeldía del Procurador General, pero éste está en la obligación de concurrir a la diligencia de posiciones”.

Es claro este artículo al limitar la actuación del representante del Estado Guatemala, “procurador General de la Nación” para tomar decisiones dentro de los juicios en que actúa como tal, es tajante la disposición al indicar que no puede:

- Absolver posiciones.
- Contestar demandas.
- Pedir sobreseimiento de los asuntos.
- Celebrar transacciones o compromisos.
- Desistir de los juicios o recursos que promueve en ejercicio de la personería de la Nación.
- Dejar de promover los recursos pertinentes contra las resoluciones desfavorables, en todo o en parte, a los intereses que represente en ejercicio de esa misma personería.



Si el ministerio de Estado a que corresponda no lo autoriza expresamente, limita al Procurador General de la Nación, y por consiguiente, de sus agentes auxiliares, en quienes delega a su vez la representación de Estado.

Protege al Estado al no permitir que se declare confeso al Estado de Guatemala, en rebeldía del Procurador General, sin embargo éste está en la obligación de concurrir las diligencias de posiciones.

Al respecto me permito manifestar total desacuerdo, ya que el artículo 19 del decreto 512 del Congreso de la Republica, riñe con el contenido del artículo 13 del mismo cuerpo legal de referencia, ya que en el ejercicio de la personería de la Nación, a la Procuraduría le corresponde:

- Representar y defender los derechos de la Nación en todos los juicios en que fuere parte, de acuerdo con las instrucciones del Ejecutivo, y promover la oportuna ejecución de las sentencias que se dicte en los mismos.
- Intervenir si así lo dispusiere el Ejecutivo y conforme a las instrucciones de éste, en los negocios en que estuviere interesada la Nación, formalizar los actos y suscribir los contratos que sean necesarios a tal fin; y,
- Cumplir los deberes que, en relación con esta materia, señalan otras leyes al Ministerio Público o al Procurador General de la Nación.

Lo anterior se señala toda vez que siendo el procurador General de la Nación el representante del Estado de Guatemala, tiene que sostener los derechos de la Nación en todos los juicios en que fuere parte, no es necesario que el Ejecutivo intervenga ya que por ley se le ha delegado una representación que lo obliga a actuar conforme a la protección de los intereses que representa. Debe por consiguiente sostenerse el criterio dirigido a mantener el ejercicio en todas las funciones de la Procuraduría General de la Nación en todos los juicios en que intervenga.





CONCLUSIONES

1. Dentro de la población existe desconocimiento respecto a la falta de aplicación de la fase de conciliación en el proceso laboral, que llevan a cabo los juzgados o salas de trabajo y previsión social, cuando el Estado de Guatemala es una de las partes que participan en el proceso, y como consecuencia de la falta de aplicación de la misma, se viola el principio de igualdad constitucional.
2. La falta de aplicación de la fase de conciliación en el proceso laboral por parte del Estado de Guatemala y básicamente del derecho laboral, contribuye a que las personas individuales o jurídicas sean perjudicadas por dicha fase, derivado del vínculo laboral que ha existido o existe entre la dependencia estatal y trabajadores, debido a la protección de la norma jurídica que en determinado momento la auxilia a estas dependencia o al mismo Estado de Guatemala, que establece que no puede llegarse a una acuerdo entre las partes.
3. Las dependencias encargadas de verificar el cumplimiento de la fase de conciliación en el proceso laboral, como son los jueces de primera instancia y previsión social, conocen básicamente asuntos relacionados con todas las áreas laborales existentes en el territorio guatemalteco, pero difícilmente asuntos relacionados a las conciliaciones que se deben de realizar entre el Estado de Guatemala y las personas individuales o jurídicas.
4. El sector guatemalteco desconoce que existe una violación al principio de igualdad constitucional en el territorio nacional, por parte del Estado de Guatemala y sus dependencias específicamente en un proceso laboral cuando



se llega al momento procesal de la fase de conciliación en el mismo, La Constitución Política de la República de Guatemala garantiza que es de cumplimiento obligatorio y no opcional, y su fin es llegar a un ambiente libre de litis.

5. Debido a la naturaleza jurídica de la Procuraduría General, como representante general del Estado de Guatemala y demás instituciones públicas, sin previa autorización de los mismos, no puede llegar a un acuerdo laboral con la parte demandante como lo establece la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto 512 del Congreso de la República 1997, y como resultado de la aplicación de esta ley se llega a una última instancia dentro del proceso laboral y que por lo complejo de los procesos, la parte demandante que, por lo regular son personas individuales, desisten o se allanan en el proceso.



RECOMENDACIONES

1. Es necesario que se dé a conocer por parte del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, la aplicación de la fase de conciliación a las personas individuales y jurídicas, que son parte dentro de un proceso laboral en contra del Estado de Guatemala o sus dependencias; para que no se violen los principios constitucionales que están en riesgo y, así, al estar conscientes de esta realidad, puedan hacer algo al respecto.
2. El Ministerio de Trabajo y Previsión Social, debe de realizar un proceso de sensibilización al sector laboral, sobre el papel que juegan las autoridades administrativas, al aplicar el procedimiento de la fase de conciliación; así como conocer el derecho laboral en toda su dimensión y, de esta manera, entender que con la aplicación del mismo, no se está violando ningún precepto establecido en la ley, sino lo que busca es devolver a la sociedad la seguridad pero, sobre todo, el resarcimiento de los daños.
3. Es de suma importancia que la Inspección General de Trabajo de a conocer, a través de talleres, diplomados y capacitaciones, lo concerniente a la aplicación de la fase de conciliación en el proceso laboral; el cual lo que hace es proteger a los trabajadores, teniendo en cuenta que al aplicar dicha ley no se estaría violando ninguna norma, ya que el propio Estado de Guatemala lo reconoce como ley.
4. Que se busquen a través de encuentros entre autoridades laborales y los encargados de la aplicación de la fase de conciliación, mecanismos de



coordinación y cooperación para realizar el procedimiento correspondiente en un proceso laboral entre el Estado de Guatemala y personas individuales o jurídicas, y así darle una mayor eficacia para poder complementarse entre sí.

5. La Procuraduría General de la Nación, como representante general del Estado de Guatemala o sus dependencias afines, debe de realizar un estudio especializado conforme a la información que se le proporcione, a fin de que la misma pueda llegar a la conclusión de hacer posible la fase de conciliación en un proceso laboral y así no poner en duda el fin supremo del Estado de Guatemala, el cual es la realización del bien común



BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1988.
- CALDERON MORALES, Hugo. **Derecho administrativo I**. Ed. Estudiantil Fenix, Guatemala, 2003.
- CHACÓN DE MACHADO, Josefina y Carmen María Gutiérrez de Colmenares. **Introducción al derecho**. Guatemala: (s.e.), 1987.
- DE FINA VARA, Rafael. **Diccionario de derecho**. Ed. Porrúa, S.A., México, 1984.
- FRANCO LÓPEZ, César Landelino. **Manual del derecho procesal del trabajo**. Ed. Estudiantil Fénix, Guatemala,(s.f).
- GARCÍA MAYNES, Eduardo. **Introducción al derecho**. Ed. Porrúa, S.A., Argentina, 1984.
- LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. Cooperativa de Consumo Integral R. L., Tomo I, Guatemala, 1995.
- LÓPEZ MAYORGA, Leonel Armando. **Introducción al estudio del derecho**. Ed. Lovi, V.2. Guatemala, 1999.
- OSORIO SANDOVAL, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1981.



PÉREZ, Pascual Marín. **Introducción a la ciencia del derecho.** Ed. tecnos, Madrid España, 1974.

PEREIRA OROZCO, Alberto. **Introducción al estudio del derecho.** Guatemala: (s.e.), 2000.

PÉREZ DÍAZ, Edgar. **La técnica jurídica.** Guatemala: (s.e.), 2001.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Introducción al estudio del derecho.** Ed. Porrúa S.A., México, 1967.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código de Trabajo, Decreto 1441, Congreso de la Republica de Guatemala. 1971.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 512 del Congreso de la Republica. 1997.