UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

DERÓGUESE EL ARTÍCULO 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RESPECTO DE LA FALTA DE AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL.

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

AUTORA: GABRIELA CECIBEL CABRERA LEÓN

DIRECTOR: DR. GUÍLBER RENÉ HURTADO HERRERA, MG. SC.

LOJA – ECUADOR

2016

CERTIFICACIÓN

DR. GUÍLBER RENÉ HURTADO HERRERA, MG. SC.
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DEL ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICA:

Que, luego de haber dirigido y revisado minuciosamente el trabajo de investigación, intitulado: **"DERÓGUESE EL ARTÍCULO 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RESPECTO DE LA FALTA DE AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL",** de la autoría de la señorita Gabriela Cecibel Cabrera León, previo a optar por el grado de Licenciada en Jurisprudencia y título de Abogada, cumple con los requisitos de fondo y forma exigidos por las normas generales para la graduación en la Universidad Nacional de Loja; por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Honorable Tribunal de Grado para la sustentación y defensa.

Loja, 10 de Febrero de 2016

DR. GUÍLBER RENÉ HURTADO HERRERA MG. SC.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

AUTORÍA

Gabriela Cecibel Cabrera León, declaro ser autora del trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja, y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repertorio Institucional Biblioteca-Virtual.

AUTORA: Gabriela Cecibel Cabrera León

FIRMA:

CÉDULA: 1105041865

FECHA: Loja, febrero de 2016

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Gabriela Cecibel Cabrera León, declaro ser autora de la tesis titulada: **"DERÓGUESE EL ARTÍCULO 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RESPECTO DE LA FALTA DE AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL"**, como requisito para optar al grado de ABOGADA; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el **RDI**, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, firmo en la ciudad de Loja a los 10 días de febrero del 2016 firma la autora:

Firma:
Autora: Gabriela Cecibel Cabrera León.
Cédula: 1105041865
Dirección: Loja. Ciudadela Colinas Lojanas
Correo electrónico: gabricecicabreleon@hotmail.com
Teléfono: 2110416-0993956819

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Guílber René Hurtado Herrera, Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Dra. Rosario Paulina Moncayo Cuenca Mg. Sc. PRESIDENTA
Dr. Leandro Peña Merino Mg. Sc. VOCAL
Ab. Andrea Aguirre Bermeo Mg. Sc. VOCAL

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación, lo dedico a los miles de anónimos que bajo el peso de la ley han sido condenados injustamente, por los cuales quise ser abogada. A mis compañeros de ideales y lucha cuyo camino inacabado me inspira avanzar; como a los amigos y amigas que se prendaron en mi corazón. A mi familia que ha sido el pilar que me ha sostenido desde siempre.

La autora

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja, Carrera de Derecho del Área Jurídica, Social y Administrativa, en donde conocí de cerca la impotencia y la gloria. A su planta docente cuyas prácticas templó mi carácter, e inculcó la búsqueda del conocimiento. A mi madre por sus consejos, su comprensión y amor sin igual. Finalmente agradezco al señor Dr. Guílber René Hurtado Herrera, Mg. Sc. por su predisposición en la dirección académica y profesional para la pronta culminación de mi Tesis.

La autora

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. AFILIACIÓN

4.1.2. SEGURIDAD SOCIAL

4.1.3. EMPLEADOR

4.1.4. TRABAJADOR

4.1.5. EL PRINCIPIO

4.1.6. EL IUS PUNIENDI

4.1.7. LA PENA

4.1.8. LA INCONSTITUCIONALIDAD

4.1.9. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

4.1.10. DESARROLLO ECONÓMICO

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. RESEÑA HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA EN MATERIA DE DERECHO LABORAL.

4.2.2. LA SEGURIDAD SOCIAL.

4.2.3. NEOCONSTITUCIONALISMO, ECUADOR UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA.

4.2.4. EL CONTROL PUNITIVO DEL ESTADO, Y LAS CLASES DE PENA SEGÚN LA LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

4.2.5. TENDENCIA DEL DERECHO PENAL Y SU VÍNCULO CON EL FIN DE LA PENA.

4.2.6. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE: LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD SOCIAL.

4.2.7. LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN APLICARSE ANTES DE IMPONER AL EMPLEADOR LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR FALTA DE AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR AL SEGURO.

4.2.7.1. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

4.2.7.2. PRINCIPIO DE LESIVIDAD

4.2.7.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. EL TRABAJO, LA SEGURIDAD SOCIAL, Y LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD, CONFORME A LO CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

4.3.2. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD; EL DERECHO AL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL, CONFORME A LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES.

4.3.3. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL RESPECTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

4.3.4. LEY DE SEGURIDAD SOCIAL RESPECTO DE LA AFILIACIÓN

4.3.5. CÓDIGO DE TRABAJO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR SOBRE EL CONTROL DE LA AFILIACIÓN

4.3.6. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.3.6.1. LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

4.3.6.2. LEGISLACIÓN CHILENA.

4.3.6.3. LEGISLACIÓN BOLIVIANA

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MATERIALES

5.2. MÉTODOS

5.3. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

6. RESULTADOS

6.1. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

6.2. RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

6.3. ESTUDIO DE CASOS

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

7.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS, DOCTRINARIOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1. LINKOGRAFÍA

11. ANEXOS

Índice

1. TÍTULO

DERÓGUESE EL ARTÍCULO 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RESPECTO DE LA FALTA DE AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL.

2. RESUMEN

La presente Tesis comprende un estudio jurídico de la inconstitucionalidad de aplicar la pena privativa de libertad al empleador que no afilie a su trabajador al Instituto de Seguridad Social.

Problemática que se relaciona con el principio de especialidad, como también de supremacía constitucional que muestra incongruencia con lo establecido en la Constitución de la República en su artículo 1, donde se declara: *"El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia"*[1]. Lo que comprende su aplicación directa para efectivizar los derechos. Al analizar el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, respecto la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en su inciso segundo se manifiesta que se privará de la libertad al empleador que no pague dicha afiliación. Lo que muestra un Estado que hace ejercicio del Ius Puniendi eminentemente sancionador y que por otro lado contradice la normativa constitucional donde se estipula claramente que dentro de los derechos de libertad se reconoce y garantiza a las personas, en el artículo 66 numeral 29 literal c) *"Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias"*[2]. Siendo este precepto constitucional relevante para la aplicación eficaz de la norma positiva. La excesiva carga punitiva que ejerce el Estado Ecuatoriano a través de las sanciones que se imponen al empleador no responde al principio de

[1] ECUADOR, CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial 449 del 20 de Octubre del 2008, Art. 1, Pág. 16.
[2] Ibídem. Art. 66, Núm. 29, Lit. c), Pág. 47.

ponderación de ser el caso. Y se afecta derechos fundamentales, como la libertad.

Otro aspecto relevante es considerar que al ejercer el Ius Puniendi eminentemente punitivo, no se resguarda el interés del trabajador, pues el empleador para evitar sanciones deja de contratar personal y se da afectaciones económicas. Y así la aplicación de esta ley se vuelve inaplicable y poco eficaz. Sin duda la presente investigación analiza a profundidad la problemática y presenta un estudio de relevancia en el ámbito jurídico.

2.1. ABSTRACT

These Thesis is a study, from the law point of view, in case an employer, who didn't pay the Social Security fees of his employees, have to go to jail and that means a violation of the constitutional rights of the employer.

This is an issue, related with the "Principle of Especiality", as well as "Constitution supremacy", showing incongruity with the Ecuador Constitution in the article number 1 that states: "Ecuador is a Constitutional State based in rights and Justice", this means, a direct application to make that rights works.

Analizing the article 244, into the "Código Integral Penal", (Penal Ecuador Codification), in the part related to the lack of afiliation to the Social Security, part number 2 shows: the employer who don´t affiliate the employees into de Social Security System" will be put in prison. This shows an State using the IUS PUNIENDI (using his righ to punish) in contradiction to the Constitution article that clearly say into the rights and freedoms recognized and guarantee to the Ecuadorians in the article 66, part 29 letter c) *"Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias".* "That no person shall be deprived of his liberty for debt, fines, taxes or any other obligation, except in the case of paternity". This being relevant to the effective implementation of the constitutional provision positive rule.

The excessive punishment to the employer, from the Ecuadorian Government, throutgh sanctions, not have relation with the weighing of the case and affects fundamental rights like the right to freedom.

Another important aspect to consider is: If the IUS PUNIENDI is used in the most strong way, the rights of the employee are also broken, because, the employer in order to avoid any punishment, will not hire employees and an economical effect is the first one to be noticed. So, to apply the law will be impossible and ineffective. This investigation analyzes this problem in a deep way and introduces an important point of view from the legal point of view.

3. INTRODUCCIÓN

El Código Orgánico Integral Penal que entró en vigencia luego de su publicación en el Registro Oficial Nº 180-lunes 10 de febrero de 2014, se constituyó en generador de inquietudes por parte de la Sociedad ecuatoriana y generó múltiples debates sobre incluir dentro de un mismo Código las normas sustantivas y adjetivas penales. Y precisamente del análisis nacido del estudio del Derecho podemos encontrar algunos problemas jurídicos. Siendo materia de mi investigación la Tesis titulada "Deróguese el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, respecto de la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social".

Que a través del presente estudio ha demostrado que esta norma no tiene una justificación para su aplicación dentro del Derecho penal. En cuanto que la norma constitucional claramente dentro de los derechos de libertad reconoce y garantiza a las personas en el artículo 66 numeral 29 literal c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. Mientras que el actual Código Orgánico Integral Penal, estipula en el artículo 244 que: *"La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. Las penas previstas se*

impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada"[3].

Establecida de esta forma la problemática es preciso explicar que el presente trabajo investigativo se encuentra integrado por los siguientes contenidos temáticos: Primeramente dentro de la revisión de literatura se inicia con el marco conceptual donde se estudian y analizan términos como: la afiliación, la seguridad social, empleador, trabajador. Como también el "Ius Puniendi".

Así mismo se estudia los diferentes criterios jurídicos de autores y tratadistas cuyos conceptos y doctrinas son abarcadas dentro del marco doctrinario, tales como: La seguridad social, la supremacía constitucional, el neoconstitucionalismo, el derecho al trabajo, los bienes jurídicos protegidos, entre otros elementos indispensables para la sustentación y comprensión de manera óptima el tema de investigación.

En la parte que trata del estudio comparado, se aborda el análisis de la protección del derecho a la seguridad social, así como también la sanción al empleador por su incumplimiento al no afiliar al trabajador; y el organismo encargado de sancionar. Para ello me apoyé en la legislación de Colombia, Chile y Bolivia.

[3] ECUADOR CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb-2014 Estado: Vigente. Quito-Ecuador. Art. 19, Pág. 39

En lo referente a los resultados de la investigación de campo, se realizó un análisis e interpretación de los resultados obtenidos en las encuestas, lo que permitió la representación gráfica de los resultados de las encuestas con lo que se sustenta esta investigación, ya que con esto se logra corroborar los objetivos propuestos. Los resultados obtenidos en las entrevistas, han sido sometidos al análisis, y permitieron contrastar diferentes posturas que enriquecieron la investigación.

En la discusión, se procedió a verificar, contrastar y comparar positivamente los objetivos e hipótesis propuesta en el proyecto de tesis, lo que me permitió fundamentar jurídica y doctrinariamente la propuesta de derogación al Art 244 del Código Orgánico Integral Penal.

Finalmente me permito señalar las conclusiones y recomendaciones obtenidas como resultado de la investigación realizada. De forma que con la presente investigación brindo mi aporte de tipo académico y a la vez planteo la solución a un problema jurídico.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

En el desarrollo de este trabajo investigativo es imprescindible analizar los conceptos de los siguientes términos: Afiliación, seguridad social, empleador y trabajador. También es necesario el estudio de diferentes nociones sobre: principio, Ius Puniendi y la pena. A la vez es trascendente profundizar los conceptos de inconstitucionalidad, supremacía constitucional y desarrollo económico. Estas categorías son claves para una compresión adecuada de la investigación.

4.1.1. AFILIACIÓN

En la presente investigación es necesario empezar por conceptualizar la afiliación. El Diccionario Jurídico Espasa señala que: *"Es un acto administrativo mediante el cual la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce la condición de incluida en el Sistema de Seguridad Social a la persona física que por primera vez realiza una actividad determinante de su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo*"[4]. Es importante señalar que el concepto referido del diccionario jurídico Espasa corresponde a las leyes del Gobierno de España, particularmente al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, donde se reconoce que la afiliación es un acto administrativo mediante el cual se incluye a una persona dentro del Sistema de Seguridad Social, ello comprende que este acto administrativo es el medio por el cual la Administración pública plasma su compromiso de satisfacer los intereses de la sociedad a través de las formas

[4] DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., España 2001, Pág. 110

legales establecidas para el efecto, cumpliendo entonces con una imposición unilateral, imperativa y con consecuencias jurídicas, en el caso de la afiliación esta debe hacerse dentro de la Tesorería General de la Seguridad Social que es el ente con la competencia para conocer la afiliación, altas y bajas de los trabajadores.

En cuanto a la actividad determinante se contempla que: “A efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, están incluidos dentro del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, y cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, todos los españoles que residan en España, y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional, y que estén incluidos en alguno de los siguientes apartados: Trabajadores por cuenta ajena; trabajadores por cuenta propia o autónomos; socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado; estudiantes y funcionarios públicos, civiles o militares”[5]. También otras normas especiales que comprenden distintas actividades, lo que muestra toda la articulación para que la afiliación de una persona que se incluye dentro del Sistema de Seguridad Social goce de la protección y beneficios que esta ofrece. Por último cabe señalar que no se hace alusión a que el empleador deba afiliar puesto que su normativa es mucho más amplia como efectiva y por ello contempla que esta se haga por parte del empresario, del trabajador o de oficio.

[5] http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/Afiliacion/Informaciongeneral/index.htm#4164 Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Gobierno de España. Consulta: 25 de octubre de 2015

Otro concepto general es el contenido en el diccionario enciclopédico donde de manera amplia se indica que afiliar es "*Hacer entrar a una persona como miembro en una sociedad, corporación, institución, entre otros*[6]". Este concepto de manera general señala que la afiliación comprende la adherencia de una determinada persona a instituciones de distinta índole donde debe cumplir con sus obligaciones como miembro y también en consecuencia puede hacer ejercicio de derechos y beneficios.

También podemos encontrar conceptos donde se manifiesta que *"Es el acto y el resultado de afiliar. Este verbo, que deriva del vocablo latino affiliāre, hace referencia a la acción de adherir, apuntar, anotar o sumar a un individuo a una asociación u organización[7]".* Precisamente en este concepto se señala que se adhiere a un individuo algún tipo de organización. Por lo que de los conceptos analizados considero que la afiliación es un acto administrativo por el cual una persona es adherida a un sistema de seguridad social de acuerdo a la normativa legal para el efecto donde debe cumplir obligaciones y ejercer sus derechos.

4.1.2. **SEGURIDAD SOCIAL**

La seguridad social es un reto universal, que debe satisfacer las necesidades básicas de la población, es decir brindar cobertura en caso de riegos como

[6] Diccionario Enciclopédico Vox 1. © 2009 Larousse Editorial, S.L.
[7] http://definicion.de/afiliacion/ Consulta: Lunes, 26 de octubre de 2015

accidentes de trabajo, gastos de salud, vejez, etc. Según la Conferencia Internacional del Trabajo realizada en el año 2001 *"Sólo el 20 por ciento de la población mundial tiene una cobertura adecuada en materia de seguridad social mientras que más de la mitad no dispone de ninguna forma de protección social. Aquellos que no están cubiertos tienden a formar parte de la economía informal"*[8]. Es importante entonces profundizar acerca de la seguridad social, puesto que la efectiva protección que se dé a una sociedad en materia de seguridad muestra el nivel de vida digna alcanzado.

Para profundizar en el sobre la seguridad social he tomado en cuenta criterios como el del estudioso Wouter Van Ginneken[9], PhD en Economía del Desarrollo, Economía Laboral, Economía del Bienestar; quien ha realizado importantes estudios en: Indonesia, México, Pakistán, Tanzania, Francia, Alemania, etc. Para Ginneken: *"Una definición de seguridad social podría ser la provisión de beneficios a los hogares y a los individuos a través de acuerdos públicos o colectivos con el objeto de otorgar protección contra los bajos o declinantes niveles de vida como producto de varios riesgos (desempleo, Invalidez y retiro) y de satisfacer necesidades básicas por la sociedad*[10]*".* Este concepto permite analizar sobre la provisión de beneficios es decir prevenir mediante un sistema de seguridad social, las eventualidades que puedan

[8]Organización Mundial del Trabajo, Resolución y Conclusiones Relativas a la Seguridad Social, Conferencia Internacional del Trabajo, 2001, Pág. 1.

[9]Es un miembro ex – funcionario de la Oficina Internacional del Trabajo. Ha publicado extensamente sobre el empleo, la distribución del ingreso, la tecnología y la seguridad social en los países desarrollados, en transición y países en desarrollo. Ha sido consultor de diversas organizaciones internacionales, como la OIT, la AISS, UNRISD, la UE y el Consejo de Europa. Él es el vice-presidente del Consejo Editorial de la Revista Internacional de Seguridad Social.

[10] VAN, Ginneken, W., "Social Security for the Informal Sector: a New Challenge for the Developing Countries", Año 1999. Pág. 49-69

producirse en el trabajo, por ejemplo; hacer uso de la licencia por maternidad cuando así lo requiera la trabajadora, o poder tener acceso a la asistencia médica. Y aún más la seguridad social es transcendente para proteger al trabajador en caso de retiro; como inhabilitación para realizar sus labores producto de algún accidente de trabajo, entre otros de este tipo que limiten la satisfacción de las necesidades básicas. Tomando en consideración que toda sociedad necesita cubrir necesidades básicas como: alimentación, vestimenta, salud y otros. Por ello comprendo que la protección principalmente es para los sectores más vulnerables a través de políticas públicas para el efecto.

Otro concepto muestra la siguiente consideración: "*La seguridad social es un complejo fenómeno que se relaciona con el surgimiento del Estado benefactor, aquel Estado que se encarga de otorgar a los sectores más humildes de la sociedad el acceso a derechos tales como empleo, vivienda, seguridad, alimentación, educación. Esto nos permite establecer a la seguridad social como un fenómeno característico de diferentes momentos del siglo XX ya que previamente los Estados no tomaban conciencia de la importancia de cumplir con estos elementos*[11]*".* Este concepto es muy interesante, pues señala al Estado con la característica de benefactor, es decir que sus dependencias, y todo el conjunto de instituciones bajo su cargo, están destinadas a elevar la calidad de vida de la población, reducir la desigualdad social, para lo cual se ejecutan políticas sociales incluyentes, es decir se busca ofrecer pleno empleo, una legislación laboral que regule de manera eficiente la relación entre las

[11] http://www.definicionabc.com/social/seguridad-social.php Consulta el 20 de octubre de 2015

partes, y un sistema de seguridad social que proteja a los sectores desfavorecidos.

Así mismo respecto de la seguridad social se encuentra claramente definida en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los instrumentos de la ONU de lo que se colige que *"La seguridad social es la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia*"[12]. De este concepto se muestra que la seguridad social depende en medida de la protección que una sociedad garantice y proporcione, lo principal es brindar acceso adecuado a la asistencia médica como también prever que estén aseguradas las personas en los casos de enfermedades, accidentes de trabajo e incluso cuando se trata de la pérdida de quien sustente el hogar.

Para cerrar estás ideas analicemos otro concepto: *"La seguridad social es un conjunto de medidas que la sociedad proporciona a sus integrantes con la finalidad de evitar desequilibrios económicos y sociales que, de no resolverse, significarían la reducción o la pérdida de los ingresos a causa de contingencias como la enfermedad, los accidentes, la maternidad o el desempleo, entre otras*[13]". En este concepto se muestra que la seguridad social es una medida que busca equilibrar desequilibrios, y a la vez reducir pérdidas causadas por

[12] http://www.ilo.org/global/publications/lang--es/index.htm. Consulta el 20 de octubre de 2015
[13] http://www.seguridadsocialparatodos.org/node/1 Consulta miércoles 28 de octubre de 2015

enfermedades o accidentes. Cuando se señala las contingencias como el desempleo me es propicio recordar que hay grupos vulnerables que se encuentran fuera del mercado laboral, de los que en la actualidad la política de gobierno se preocupa, sin embargo falta mucho que hacer en materia de seguridad social no sólo para los trabajadores en específico sino para toda la sociedad ecuatoriana en general.

Del análisis de todos estos conceptos considero en primera instancia que los países con bajo nivel de desarrollo no alcanzan a cubrir un seguro obligatorio y en consecuencia mucho menos han logrado satisfacer las necesidades básicas de la población, lo que refiere que el trabajador no pueda tener un empleo seguro que le asegure la provisión de la subsistencia como la de su familia, y es que la actualidad muestra un fenómeno complejo, por debajo de la expectativa de alcanzar mayor afiliación al seguro social esta se reduce a consecuencia de las crisis económicas, lo que hace que existan empleos ocasionales, pero no seguro.

También me parece relevante comprender que quien no se encuentra incluido dentro de un sistema de seguridad, está precisamente excluido socialmente, es decir que a pesar de tener la capacidad para ocuparse no tenga fuentes de empleo para hacerlo es mucho más grave que el tema de la no afiliación, en ese sentido señalo que si bien la Constitución

ecuatoriana protege los derechos de una vida con dignidad, ésta deja de ser tal cuando no se extiende a toda la población; por lo que me parece absurdo querer proteger a toda costa al trabajador de la falta de afiliación imponiendo penas privativas de la libertad al empleador; cuando no ha logrado ocuparse de las necesidades básicas de la población en general.

Finalmente manifiesto que sin duda todos estos conceptos nos brindan argumentos sólidos para edificar una apreciación profunda. Siendo entonces la seguridad social la protección que el Estado debe brindar a la sociedad entera, pero en especial a los sectores de mayor desprotección para que estos tengan acceso eficaz a contingencias como enfermedades, accidentes, vejez, y otras. Sin embargo debe ampliar de manera eficaz su cobertura en seguridad y satisfacción de necesidades básicas, ello será muestra de un país de avanzada.

4.1.3. **EMPLEADOR**

El diccionario jurídico contempla como empleador a la *"Persona individual o colectiva que ocupa a uno o varios trabajadores dependientes, mediante el pago de una remuneración[14]".* De este concepto en primer lugar se colige que el empleador a diferencia del trabajador puede ser tanto una persona física como una persona jurídica. Otro elemento básico es que el empleador crea o brinda puestos de trabajo en los que se ocupan a una o más personas, bajo su

14 CONSULTOR MAGNO, Diccionario Jurídico, Editorial Goldstein, Buenos Aires, 2008, Pág. 245

mando o dependencia; por lo cual está obligado a realizar el pago de remuneración al trabajador y todo lo que nazca de la relación laboral exigido en las normas.

De manera sencilla se puede comprender que el empleador es aquel que da empleo, para Urureta en su trabajo la noción jurídica del empleador ante el derecho del trabajo manifiesta: *"Desde la óptica laboral, el empleador no corresponde necesariamente a la idea de un empresario de características económicas, sino que en él se confluyen nociones básicas de una persona natural o jurídica (así como de un ente de hecho), que utiliza actual o potencialmente los servicios de un tercero en virtud de un negocio jurídico que les une previamente, mediante una retribución y bajo dependencia jurídica. Por tanto, el empleador es una parte del contrato de trabajo frente a la que se asume la obligación de trabajar y el derecho a ser remunerado.[15]"* De estas nociones puedo señalar que siendo actividades lícitas por las que se genera el vínculo entre empleador y trabajador, entre estos se generan obligaciones y derechos, así el empleador obtiene la fuerza de trabajo (se apropia de los frutos de la actividad del trabajador). Mientras que a cambio el trabajador es retribuido a través de un pago o una remuneración. Sin embargo, cabe poner de manifiesto que siendo una relación de dependencia supone una subordinación del trabajador, lo que muestra una condición ya de desigualdad entre las partes, por ello el derecho laboral permanentemente adecua sus normas a la realidad y con ello aspira proteger las conquistas de los derechos laborales logradas a favor del trabajador.

[15] URURETA, Pedro, "La noción jurídica del empleador ante el derecho del trabajo", Santiago de Chile, 2014, Pág, 260.

Este concepto permite fortalecer mi criterio pues se considera que: *"Es empleador aquella persona que da empleo. Es un concepto íntima y esencialmente relacionado con el de empleado, que es el otro sujeto de la relación laboral. Como la ley supone que se encuentra en una situación de poder sobre el empleado que debe aceptar sus directivas en cuanto al trabajo a realizar, es este último el que está protegido por las leyes laborales"*[16]. En este sentido no cabe duda que la relación laboral entre empleador y trabajador muestra condiciones de desigualdad, por lo cual las leyes deben prever la protección de los derechos del trabajador; para evitar el abuso de poder, y equilibrar la correlación de fuerzas. Entonces es el Estado tutelando que no se vulneren los derechos del trabajador a través de sus diferentes instituciones.

Finalmente en el Código de Trabajo ecuatoriano en su artículo diez, también se muestra un concepto donde se estipula como empleador a *"La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador. El Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales*.[17]" Es básico señalar el concepto que se brinda en el Código de Trabajo puesto que no hay que confundir a los servidores públicos con los trabajadores, sin embargo en el caso del empleador, este puede ser el mismo Estado (sus instituciones) y ha de sujetarse a lo que se estipula en el referido código.

16 http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/empleador Consulta: Miércoles 28 de octubre de 2015

[17] CÓDIGO DE TRABAJO, Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic-2005.Ultima modificación: 26-sep-2012. Corporación de estudios y publicaciones. 2012. Art. 10.

Con el análisis de estos conceptos puedo establecer que el empleador es la persona o entidad (natural o jurídica), que ocupa a uno o varios trabajadores, bajo relación de dependencia, a los que se les retribuye con un pago económico. La relación laboral entre trabajador empleador se encuentra regulada en las leyes con derechos que ejercer y obligaciones que cumplir.

4.1.4. TRABAJADOR

El concepto de trabajador es de suma importancia, pues ha estado presente como una de las figuras más antiguas de la sociedad y sobre todo son las masas trabajadoras las que dieron un nuevo significado a las relaciones laborares con su lucha por el respeto de sus derechos. Un primer concepto estipula que "*Se denomina trabajador (o su variante en femenino, trabajadora) a la persona que presta servicios que son retribuidos por otra persona, a la cual el trabajador se encuentra subordinado, pudiendo ser una persona en particular, una empresa o también una institución*[18]*".* De este concepto podemos resaltar que el trabajador dependiente trabaja bajo un régimen normativo de horas y beneficios sociales estipulados por el gobierno de turno pero siempre conforme a lo estipulado en la Constitución. Y es relevante decir que el empleador tiene poder en cuanto es él quien posee los materiales y herramientas de trabajo y no son de propiedad del trabajador, quien lo contrata se las provee.

[18] http://definicion.mx/trabajador/Consulta: Miércoles, 28 de octubre de 2015

En el Código chileno se estipula como *"Trabajador a toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo*".[19] Este concepto marca algo importante cuando se dice que el servicio puede ser intelectual o material. No se genera ninguna distinción o categorización por el intelecto o la fuerza sino que se da la valoración al servicio como tal. También en este concepto es importante reconocer la relación de dependencia, que en este caso es ostensible en virtud de un contrato de trabajo, lo que significa que al empleador le corresponde abonar un salario como retribución del trabajo realizado por el trabajador y este último se obliga prestar su servicio.

Analizar estos conceptos hace necesario referirse al pensamiento de uno de los primeros hombres que incluyó estudios detenidos sobre la materia que estoy tratando, me refiero a Karl Marx para quien: "*El trabajo no ha sido siempre trabajo asalariado, es decir, trabajo libre. El esclavo no vendía su fuerza de trabajo al esclavista, del mismo modo que el buey no vende su trabajo al labrador. El esclavo es vendido de una vez y para siempre, con su fuerza de trabajo, a su dueño. Es una mercancía que puede pasar de manos de un dueño a manos de otro. El es una mercancía, pero su fuerza de trabajo no es una mercancía suya. El siervo de la gleba sólo vende una parte de su fuerza de trabajo. No es él quien obtiene un salario del propietario del suelo; por el contrario, es éste, el propietario del suelo, quien percibe de él un*

[19] CÓDIGO DEL TRABAJO, Dirección de Trabajo, Santiago de Chile, 2015. Art. 3, Literal b). Pág. 17

tributo[20]". Y hago referencia a esto para indicar que el trabajador ha estado limitado únicamente a ofrecer sus servicios siempre bajo una relación de dependencia y por supuesto no siempre ha sido justo lo que ha obtenido por ella. Y en la actualidad siguen las condiciones precarias por lo que se hace necesario que las leyes les garanticen derechos. Y es deber de los funcionarios y quienes estén designados a esta tarea velar por su eficaz cumplimiento. Sin descuidar por ello la aplicación de los preceptos constitucionales.

Se puede analizar también el concepto de empleado contenido en el diccionario jurídico Cabanellas donde se refiere: "*Generalmente se designa con este nombre al funcionario técnico o profesional que presta su actividad al gobierno para la realización de fines de interés público. Este concepto era casi exclusivo hasta concluir el siglo XIX. En la actualidad, se distingue entre el empleado del Derecho Administrativo, el que acaba de definirse, y el del Derecho Laboral, donde tiende a oponerse a obrero, dentro del común denominador del vocablo trabajador"*[21]. De manera particular dentro de las terminologías, así como las distintas leyes existentes, se hace complejo generar una idea unificada del vocablo trabajador, puesto que existen similitudes con empleado, servidor, obrero. Sin embargo una vez estudiados los conceptos se puede distinguir que trabajador es aquella persona que presta sus servicios y es redistribuida por el empleador conforme las estipulaciones de

[20] MARX, Karl, "Trabajo asalariado y capital", Primera edición, Alemania 1849, Pág. 12
[21]CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, https://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres Consulta: Lunes 19 de octubre de 2015

un contrato, cabe indicar que no forma parte del sector público, por ello están sujetos al Código de Trabajo.

4.1.5. EL PRINCIPIO

Es trascendente estudiar que es el principio, puesto que en la aplicación del Derecho es fundamental; una primera definición se encuentra en el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas donde se contempla que: *"Un Principio es un axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y que en un momento histórico determinado informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado*"[22]. En este concepto hace referencia a una determinada valoración de justicia por parte de la sociedad, sin embargo es sumamente complejo determinar un valor a la justicia, es decir depende de los valores de cada sociedad y creencias individuales de las personas, por lo que se hace complejo establecer la misma valoración. Pero a pesar de ello hay principios universales, importantes por sus características y su aceptación genera la convicción de obligatoriedad. Por otra parte se manifiesta que sobre los principios se construyen instituciones del Derecho e incluso normas jurídicas; esto precisamente porque un principio permite un proceso creador de la norma principal; esto en cuanto los principios expresa la preexistencia de un valor fundamental y social, cuyo reconocimiento por la comunidad internacional genera una confianza de aplicación por lo tanto de obligatoriedad. Es decir sin los cuales no se pudiera subsistir, son valores de dignidad humana: de justicia, de paz, de vida, de seguridad. Mismos que si no se respetaran no permitirían

[22] http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/07/principio.html. Consulta lunes, 19 de octubre de 2015

pensar en una sociedad armónica y sin los cuales habrían muchas más guerras. He ahí la importancia de los principios cuya presencia es imprescindible dentro del Derecho.

En Ecuador siendo un estado constitucional de derechos y justicia social, los principios tienen aplicación directa, es decir no se exige condiciones para su ejercicio. Pues se trata de garantizar su goce.

Otro concepto contenido en el Diccionario Jurídico, Consultor Magno contempla como principio al: "*Fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia*[23]". Este concepto permite comprender que un principio es aquello de lo cual derivan todas las cosas, precisamente el punto de partida, el origen mismo. Por ello se refiere al fundamento que lleva rasgos propios. Cada principio tiene su fundamento, origen y debe ser comprendido como aplicado de manera idónea. La falta de ello genera contradicciones que afectan el goce de los derechos establecidos en los distintos cuerpos legales.

Dentro de la revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Colombia, se hace un análisis de la definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo, donde se manifiesta "*Los principios son las normas más universales constituyen una de las fuentes formales generales del ordenamiento internacional.[…] Comulgamos a plenitud con Robert Alexy, John*

[23] DICCIONARIO JURÍDICO, Consultor Magno, Editorial Goldstein, Buenos Aires, 2008, Pág. 448

Finnis, Rodolfo L. Vigo y Margarita Beladiez Rojo, para quienes los principios son los derechos humanos fundamentales, los bienes humanos básicos, los valores básicos, los valores jurídicos de la comunidad"[24]. Del presente concepto me permito analizar que al ser normas universales, se refiere a que son criterios a los que se debe ceñir en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones todos los Estados ya que se trata del bienestar común.

También se indica se son fuentes formales, esto significa que son las que proporcionan a las normas su forma, es decir le dan validez por ende su obligatoriedad jurídica. Siento entonces los principios los bienes humanos básicos, los valores que la humanidad acepta como inherentes y de relevancia. De lo expuesto considero que un principio, es un fundamento de carácter universal, que comprende derechos humanos reconocidos como valores básicos.

4.1.6. **EL IUS PUNIENDI**

El Derecho penal subjetivo se identifica con el *Ius Puniendi*, que significa el derecho o facultad del Estado para castigar. "*El Ius Puniendi sólo es potestativo del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena*[25]". Cuando se indica que sólo es potestativo del Estado, es porque se considera que es el único con la capacidad para resolver el conflicto criminal de manera pacífica, justa y

[24] REVISTA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. Vol.36, No. 106, Medellín – Colombia, 2007, Págs. 69-124.
[25] LÓPEZ, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, Edición 13, Editorial Porrúa, México, Pág. 65, 2007.

sobretodo asegurando el tutelaje de los bienes jurídicos fundamentales. Siendo el encargado de conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena, se evita la violencia privada o la autodefensa.

Para el reconocido jurista Zaffaroni es: "*La facultad que el estado tiene de definir los delitos y fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad, es el llamado "Ius Puniendi". Facultad porque solo el Estado por medios de sus órganos legislativos tiene autoridad para dictar leyes penales. Es deber porque es garantía indispensable en los estados de derecho la determinación de la figura delictiva y su amenaza de pena con anterioridad a toda intervención estatal de tipo represivo*"[26]. Este concepto es completo, pues cuando hace referencia a la facultad, Zaffaroni precisa que es por medio de los órganos competentes. Y cuando señala que en los estados de derecho para ser tales, deben determinar la figura delictiva hace alusión a la tipicidad y la legalidad. Finalmente muestra cual sería la repercusión de adecuarse a lo tipificado en la ley penal, proporcionando un elemento básico dentro de la tendencia del Derecho Penal liberal y democrático; y es que la pena establecida con anterioridad debe evitar la intervención estatal de tipo represivo. Ello comprende la contención del ejercicio abusivo del poder punitivo por parte del Estado y sus agencias de control, hay que buscar implantar un Derecho penal mínimo o de última ratio.

Considero que el concepto del Ius Puniendi se ha ido modificando conforme avanza la sociedad y su cultura, desde la percepción en donde el Estado tiene

[26] ZAFFARONI, Raúl, Derecho Penal. Parte general, Segunda edición, Buenos Aires, Argentina 2005

todo el poder del ejercicio punitivo, hasta una reducción del radio de acción del sistema penal. Es así que en otro concepto se manifiesta que es la: "*Expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. De forma desglosada por un lado, la expresión "ius" equivale a decir "derecho", mientras que la expresión "puniendi" equivale a "castigar" y por tanto se puede traducir literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar. La expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos*"[27]. Este concepto permite establecer el Ius Puniendi como el derecho de penar o sancionar ejecutado por el Estado, esto para que nadie ejecute por sí mismo la justicia en sus manos. Y es que también dentro del Derecho penal existen principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad, tipicidad y de prescripción; que permiten que los ciudadanos tengan confianza en la administración de justicia.

Es imperante comprender las distintas posturas de los juristas por ello dentro del Régimen Penal ecuatoriano se toma en cuenta el criterio de Ferri y Manzini que califican el Ius Puniendi como : "Un atributo de la soberanía estatal; es decir admiten la potestad del Estado para incriminar determinadas conductas y aplicar las penas correspondientes[28]". Cuando se refiere a determinadas conductas, implica a las que causan alarma social. Teniendo presente el tipo donde siempre está presente el sujeto activo, la conducta y el bien jurídico. Pues si no se determinan las conductas o falta uno de estos elementos, supone que el hecho cometido no es delito, por no estar determinado como tal en los

[27] http://es.wikipedia.org/wiki/Ius_puniendi. Consulta: Martes, 27 de octubre de 2015
[28] CARRARA Francisco, Régimen Penal Ecuatoriano, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2002. Pág. 4

cuerpos legales. Es lógico entender que la ausencia de tipo impide dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descripta en la ley.

Con estas premisas cabe señalar que estas facultades por parte del Estado no siempre fueron ejercidas de la misma forma, la evolución de los derechos nos lleva a evidenciar que desde los siglos pasados las penas han ido transformándose. En sus inicios atendía al deseo de venganza, se permitía la crueldad en las penas, incluso según fuera el delito se debía hacer sufrir a quien cometiera el mismo. Sin embargo las sociedades van transformándose e incluso penas que eran sancionadas con la muerte ahora ya no constan en los sistemas penales, tales como la lapidación por adulterio (a excepción de algunos estados que aún la practican como Irán, Somalia, Nigeria, Indonesia).

A pesar de la existencia del derecho internacional cuya cobertura en derechos humanos es inmensa. Esto lleva a evidenciar que en la actualidad no únicamente los estados soberanos pueden aplicar leyes, si estas atentan contra los derechos fundamentales estarán bajo las sanciones internacionales conforme a los acuerdos adquiridos y convenios suscriptos.

En lo que se refiere a la presente investigación siendo el Estado quien tiene el control punitivo y ejerce el mismo. Debe en su ejercicio atender a alguna de las teorías sobre el fundamento del derecho de penar como: la doctrina absoluta, que pena al hombre porque ha delinquido; las relativas, que procuran que no delinca; y las mixtas, que trata de conciliar la utilidad y la justicia. Por lo referido el artículo 244 del Código Integral Penal muestra al Estado ecuatoriano como altamente sancionador y a la vez manifiesta un exceso en la aplicación

del Ius Puniendi. Puesto que la privación de la libertad del empleador por falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no es una conducta que deba ser sancionada dentro de la normativa penal.

4.1.7. LA PENA

Es de vital importancia comprender la pena, en tanto su análisis permite identificar si la misma es justa y respeta los derechos fundamentes, por ello empezaré su definición con el criterio del sociólogo francés Émile Durkheim quien considera que: *"La pena es la representación directa del orden moral de la sociedad y un ejemplo de cómo este orden se representa y sostiene; la pena es la reacción de los miembros de una sociedad, impulsada por sentimientos irracionales y emotivos, frente a una trasgresión contra el orden moral, que pretende restaurarlo*"[29]. Durkheim consideró el castigo como el objeto central del análisis sociológico pues la sanción penal representa un ejemplo de la conciencia colectiva, muestra lo que la sociedad comprende como valores importantes e inviolables. Y esto cambia sin duda dependiendo de cada sociedad puesto que sus prácticas y costumbres son distintas. Es por ello que señala a la moral como elemento importante para definir las penas, que representan la respuesta de sentimientos irracionales y emotivos, por ejemplo el adulterio se consideraba en la antigüedad moralmente reprochable y se podía matar a quien lo practique, aunque recalquemos que esta pena se imponía únicamente a las mujeres, y es que precisamente esto muestra las

[29] GARLAND, David, Castigo y sociedad moderna, Siglo veintiuno editores, México, 1999, Pág. 42.

construcciones social aceptadas; por ello concuerdo con Émile, al decir que la pena es la representación del orden moral. Finalmente cuando manifiesta que la pena intenta restaurar este orden que concibe la sociedad se puede decir que se cumple con el fin de la pena, es decir tener un funcionamiento óptimo.

Otro concepto se encuentra en Diccionario Jurídico Espasa que define a la pena como la: "*Privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito. Dos axiomas deben tenerse en cuenta, el primero, el principio de personalidad de las penas, que significa que las penas no pueden trascender a personas que no sean culpables del delito; el segundo, el principio de igualdad ante la ley penal, según el cual, las penas no pueden ser diferentes por la condición social de las personas*[30]". Este concepto identifica a la pena como una consecuencia jurídica del delito; siendo este, la conducta típica, antijurídica y culpable constitutiva de infracción penal. La ley penal prevé la privación o restricción de bienes jurídicos del autor del delito, de ahí el principio de personalidad. En cuando a la imposición de la pena esta debe darse por los órganos jurisdiccionales competentes, esto implica que la función judicial juzgue por ejemplo, en razón de la materia penal y en atribución de un asunto concreto, con la potestad que le ha sido encomendada constitucionalmente. Por otro lado se manifiesta que las penas no pueden ser diferentes por la condición social, que suele referirse generalmente al poder económico o capacidad adquisitiva de las personas, y que se vincula por ende

[30] DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., España 2001, Pág. 1105

con el extracto social que muestra una jerarquía o clasificación tradicionalmente que toma en cuenta precisamente la posición económica. En este sentido considero que si bien se ha mantenido la idea que las penas son impuestas para los pobres, esto no debe implicar una práctica dentro del sistema judicial. Pues toda decisión debe establecerse conforme a lo establecido en la Constitución, por otro lado, en el caso del empleador que no haya pagado la afiliación del trabajador al seguro, a mi parecer en el afán de protección por parte del Estado al trabajador, también implica que se está haciendo ya una diferenciación por la condición social.

El diccionario jurídico Magno presenta un concepto en donde la pena es un: *"Mal que se impone a quienes han cometido un delito. Amenaza contenida en la ley. Sanción prevista por el Derecho Penal que puede ser de reclusión, prisión, multa e inhabilitación*[31]." En este concepto se hace una diferenciación, como una suerte de clasificación de la pena. Y a la vez muestra que la ley penal tiene tipificaciones y sanciones que amedrentan precisamente para que no se cometan.

Otro concepto marca que es el "*Castigo señalado por la ley para restablecer el orden jurídico que el delito ha perturbado. La pena ha sido uno de los conceptos jurídicos más discutidos, y en su evolución histórica ha pasado por varias fases, siendo las más importantes la fase de la venganza privada, la venganza divina y pública y la humanitaria, defendida por Beccaria, y la*

[31] CONSULTOR MAGNO, Diccionario Jurídico, Editorial Goldstein, Buenos Aires, 2008, Pág. 418

científica contemporánea, en que la pena se impone como un acto de defensa social o de reeducación"[32]. Sin duda la pena se convierte en un referente del avance de una sociedad, ejemplo en algunos países abortar está permitido, sin embargo en países como el nuestro aún sigue siendo penado su cometimiento. Así la pena es reflejo de la sociedad y se la impone conforme a la realidad de cada pueblo.

De estos conceptos discurro que pena es el castigo que implica la restricción o privación de bienes jurídicos, por haber afectado el orden jurídico, cuya sanción que ha sido establecida por el Derecho Penal; la impone el órgano competente. Por otro lado es importante entender que la pena no debe seguir usándose como un castigo, tiene que tener una función específica que nos permita la prevención de los delitos más allá de la retribución (castigo) por el mal cometido. Se debe considerar que no se puede incluir cualquier conducta dentro del tipo penal, para ello se debe respetar los principios de la materia penal, que limitan y procuran que no se castigue más allá del hecho cometido. Teniendo siempre presente que el delito está clasificado por el resultado, en consecuencia analizar que conductas merecen penas privativas de la libertad, esto en función del bien jurídico tutelado y aplicando el poder punitivo de última ratio.

4.1.8. LA INCONSTITUCIONALIDAD

Generalmente se habla de la inconstitucionalidad de las normas, por ello es necesario hacer un estudio detenido, una primera aproximación se la encuentra

[32] Diccionario Enciclopédico Vox 1. © 2009 Larousse Editorial, S.L.

en el diccionario jurídico Magno que contempla que es la: "*Antinomia generada entre un acto y la Constitución*[33]". En este caso al referirse a una antinomia se hace alusión a un conflicto o contradicción entre dos partes, en este una norma que no está conforme a la normativa constitucional de un Estado. Por ende es contraria a ella.

En primer término se discierne que la inconstitucionalidad se debe aplicar como un recurso, a las leyes que atenten contra lo establecido en la norma suprema, es el caso de Ecuador me refiero a la Constitución. Es por ello que tomo en consideración lo que el profesor de Derecho, el italiano Celotto manifiesta: *"La existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los otros derechos fundamentales. Ésta postula en primer lugar la existencia de procedimientos específicos y eficaces tales como para asegurar la protección inmediata de tales derechos ya sea en relación con las normas, ya sea en relación con los actos inconstitucionales de los poderes públicos o de los sujetos privados"*[34]. Ello quiere decir que la confianza que genere la aplicación de la norma constitucional es esencial para la verdadera protección de los derechos fundamentales, menciona justamente la garantía de la libertad. Para con ello explicar que deben haber procedimientos eficaces para proteger lo consagrado en la norma constitucional. Velar que ante la inconstitucionalidad de las normas, se asegure la protección de los derechos, que la anomalía de otra norma haya vulnerado.

[33] DICCIONARIO JURÍDICO, Consultor Magno, Editorial Goldstein, Buenos Aires, 2008, pág. 319
[34] CELOTTO, Alfonso, La Corte Constitucional, Argentina, 2010, Pág. 6

En criterio de Huerta Carla en su estudio de la acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos, "*Las normas constitucionales gozan de una eficacia directa que además significa que los órganos que aplican el derecho deben tomar la Constitución como premisa de su decisión, tanto al aplicar, como al interpretar las normas constitucionales, pero principalmente al crear otras normas. La Constitución además de ser norma sobre normas, es una norma aplicable, es una fuente del derecho que regula la producción normativa*[35]*".* Cuando Huerta se refiere a la eficacia directa esto significa que cualquier persona puede invocar ante los órganos judiciales, la aplicación de una norma constitucional, cuando así lo requiera. Pues la idea del Estado constitucional de derechos nos permite gozar y resguardar el derecho consagrado. Recordando que cada norma constitucional es aplicable por sí misma. Por otro lado señala que los órganos encargados de aplicar el Derecho deben tomar como premisa lo establecido en la Constitución, principalmente al crear otras normas, esto sin duda para evitar que una nueva norma contradiga los preceptos constitucionales vigentes. Es importante recordar entonces el carácter de norma creadora de normas de la Constitución.

Entonces cabe notar que la inconstitucionalidad siendo la falta de concordancia de alguna norma con lo que se establece en la Constitución, genera una aplicación incorrecta de las mismas. Por lo cual debe atenderse a la supremacía de la constitución como al orden jurídico jerárquico para no generar anomalías jurídicas.

[35] HUERTA, Carla, La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos, México, 2003, Pág. 931

4.1.9. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

En la actualidad es generalizada la idea de este término, para Bermeo Anibal en su trabajo sobre la supremacía constitucional, manifiesta que: *"La Supremacía Constitucional es un principio teórico del Derecho Constitucional que postula, originalmente ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todas las demás normas jurídicas, internas y externas, que puedan llegar, a regir sobre ese país. Esto incluiría a los tratados internacionales ratificados por el país y cuyo ámbito de aplicación pueda ser también sobre las relaciones jurídicas internas".* [36]Considero que este concepto expresa a la Constitución como la norma de mayor jerarquía, en cuanto se considera que una constitución es la fundación de algo, que contiene lo esencial, en el caso de un Estado, es justamente donde se estipulan las normas fundamentales, expresión de la voluntad de un pueblo soberano. Por ello es que son de importancia jerárquica. Es necesario entonces comprender que la Constitución siendo la norma de mayor jerarquía de un país. Establezca en su mismo cuerpo las normas para prevalecer sobre las demás de aplicación interna o externa.

Ahora bien la Constitución de la República del Ecuador, es clara en determinar en sus artículos; 424 y 425, la jerarquía de las normas jurídicas que textualmente manifiesta en su "*Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones*

[36] BERMEO, Anibal, "Supremacía Constitucional", Cuenca. Ecuador, 2010.

constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica[37]*".* Sin duda al manifestar que las normas que no mantengan conformidad con las disposiciones constitucionales es de importancia, porque se indica que no tienen eficacia jurídica, lo que es de suma importancia en la presente tesis.

Analizar también que *"La concepción del orden jurídico como un sistema escalonado en el que la norma superior determina los contenidos y procedimientos de creación de las normas inferiores es el presupuesto del control jurídico de las normas. De tal modo que, en virtud de su función, la Constitución se ubica como la norma suprema por ser la primera norma positiva del sistema, puesto que establece los procesos y órganos de creación, y los contenidos debidos de las normas inferiores, configurándose así en parámetro de validez formal y material del sistema jurídico*[38]*".* Este concepto me recuerda que el conjunto de las normas jurídicas ordenas según su jerarquía componen el llamado orden jurídico, que ya enuncié que están contenidas en el artículo 425 de la Constitución, en donde se indica la jerarquía, empezando desde la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; etc. Entonces la fuerza de una norma consiste en la posibilidad que tenga para derogar o modificar lo establecido por otra norma, así la Constitución por ser la primera norma suprema establece el parámetro de validez de un sistema jurídico.

[37] ECUADOR, CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit, Art. 424
[38]HUERTA, Carla, La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos, Ob, Cit, Pág. 930

Es básico comprender que la supremacía constitucional comprende como norma máxima del ordenamiento jurídico y otros cuerpos legales a la Constitución, y que por ende toda norma debe ser conforme a ella, esto permite la validez formal y material del sistema jurídico.

4.1.10. DESARROLLO ECONÓMICO

Existen diversas concepciones que explican que es el desarrollo, en un estudio contenido en la Revista Internacional del Mundo Económico, se estima que: *"El desarrollo económico se define como el proceso en virtud del cual la renta real per cápita de un país aumenta durante un largo período de tiempo. En otros términos, el desarrollo es un proceso integral, socioeconómico, que implica la expansión continua del potencial económico, el auto sostenimiento de esa expansión en el mejoramiento total de la sociedad. También se conoce como proceso de transformación de la sociedad o proceso de incrementos sucesivos en las condiciones de vida de todas las personas o familias de un país o comunidad[39]".* Concuerdo con que el desarrollo es un proceso integral, ello a mi parecer comprende no sólo el crecimiento en cifras económicas como tal, sino en una elevada construcción colectiva, en donde las personas vivan dignamente, con las necesidades básicas satisfechas. Coincido entonces al manifestar que esa expansión significa el mejoramiento total de la sociedad. Me parece adecuado señalar que es un proceso, en cuanto el desarrollo no se puede sucintar precipitadamente, por el contrario es precisamente el

[39] CASTILLO, Patricia, Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho Volumen III, "POLÍTICA ECONÓMICA: CRECIMIENTO ECONÓMICO, DESARROLLO ECONÓMICO, DESARROLLO SOSTENIBLE"(2011) Págs. 1-12

incremento sucesivo de la mejor en las condiciones de vida. Por ejemplo cuando se habla de desarrollo económico y no se refleja este en los sectores populares no hay tal, por ejemplificar, los sectores campesinos deberían tener vías de acceso en condiciones dignas y acceso a salud, entre otros, esto en una sociedad desarrollada.

El desarrollo económico es un proceso de transformación, así se relaciona en el siguiente concepto donde se manifiesta como la "*Transición de un nivel económico concreto a otro más avanzado, el cual se logra a través de un proceso de transformación estructural del sistema económico a largo plazo, con el consiguiente aumento de los factores productivos disponibles y orientados a su mejor utilización; teniendo como resultado un crecimiento equitativo entre los sectores de la producción. El desarrollo implica mejores niveles de vida para la población y no sólo un crecimiento del producto*[40]*".* En esta definición se reafirma que es una transición de nivel económico, a uno más avanzado y que debe ser a largo plazo. Esto lo relaciono con la consecución de un mejor nivel de educación, nivel de ocupación, de patrimonio. Pero al mismo tiempo considero que el desarrollo no debería generar la estratificación económico-social, que separa a la sociedad por varios segmentos: alto, medio y bajo. Se debe hablar de desarrollo económico pero se debe considerar el verdadero sentido de este, no se debe reflejar únicamente en la producción de bienes materiales para determinados sectores, sino de toda la sociedad en su conjunto.

[40] http://www.eco-finanzas.com/diccionario/D/DESARROLLO_ECONOMICO.htm Consulta: miércoles 28 de octubre de 2015.

En este sentido, considero que el desarrollo económico se puede definir como un proceso integral donde se manifiesta la capacidad que tiene un país para crear, promover y mantener el bienestar económico como social de sus habitantes, en la transición a un nivel más avanzado, que supone políticas de incentivo para fomentar innovación y a la vez la inversión.

Tomando en cuenta que "*El origen de las iniciativas de desarrollo económico local en América Latina no responde a una sola causa. Buena parte de dichas iniciativas han surgido como reacción a las situaciones de crisis económica local y la falta de políticas apropiadas desde el nivel central del Estado para enfrentar dichas situaciones. Una iniciativa de desarrollo económico local no es únicamente un proyecto exitoso en un territorio. Se requiere una concertación institucionalizada de los actores públicos y privados locales más relevantes con una estrategia de desarrollo común*[41]*".* Cuando se revisa el origen de las cosas, esto permite entender cómo se desarrolla un entorno, por ejemplo se considera que América Latina es subdesarrollada, en cuanto no posee mercados en los que predomine, y siendo precisamente quien ofrece las materias primas no ha logrado tener los medios para procesarlas por sí misma. Y ello genera una dependencia externa. Así se basa la economía de en cada país en determinados productos, sean estos por nombrar algunos: el café, el azúcar, las flores, el cacao, minerales, petróleo, tecnología, etc. Por esto es importante este concepto en cuando manifiesta que el desarrollo es el aumento de los factores productivos disponibles, mejor utilizados. Esto refiere por ejemplo a tener la materia prima y procesarla para obtener mejores recursos. En el caso

[41] ALBURQUERQUE, Francisco; Desarrollo económico local y descentralización en América Latina, Revista de la CEPAL No.82; Año 2004. Pág. 180

de Ecuador poseer petróleo pero no poder procesarlo por falta de refinerías se constituyó por mucho tiempo en una limitante para la economía, pues dependíamos de otros países. Sin duda el desarrollo de manera general es un tema amplio como complicado y depende de la perspectiva que se imponga.

Es justificable explicar que en el desarrollo económico intervienen tanto actores públicos como privados y sin duda estos deben cooperar para que se den condiciones propias para la sociedad.

Es clave explicar estas ideas, pues dentro de la presente investigación se maneja la hipótesis que las penas privativas de libertad por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es un tipo penal inconstitucional que afecta el desarrollo económico del país. Y con los conceptos que se han desarrollado se manifiesta que las políticas tienen que incentivar el crecimiento económico para favorecer al país y el bienestar de su ciudadanía.

Para cerrar las ideas sobre el desarrollo me parece propicio señalar los índices de desempleo en Ecuador, que a mi parecer son reflejo del avance o deterioro de las políticas de gobierno. “El desempleo en Ecuador se ubicó en 3,84% en marzo 2015, 1,01 puntos menos que lo registrado en marzo del 2014 cuando llegó a 4,85%, y el empleo inadecuado alcanzó el 52,06% frente al 49,41% del mismo mes del año anterior, según la última Encuesta Nacional de Empleo y Desempleo (ENEMDU) del Instituto Nacional de Estadística y Censos

(INEC)[42]". Considero que para tener un estudio real debemos basarnos en las estadísticas, y estas muestran que hay un nivel de mejora en cuanto a las plazas ocupacionales pues el desempleo se ha reducido. También muestra que hay una cifra altísima de empleo inadecuado, es esta la cifra que debe preocuparnos, pues ello implica que estas personas no tienen asegurado un salario básico mensual, para el sustento propio o de sus familias, mucho menos va a tener un sistema de seguro social reconocido. Son personas con la capacidad para emplearse pero que no tienen la oportunidad para hacerlo, y las políticas como la impuesta pena privativa de libertad al empleador que no asegure al trabajador al seguro limitan la contratación, no genera un ambiente propicio para una relación laboral adecuada, es también un sentimiento generalizado el que no existen plazas laborales en el Ecuador, y esto lamentablemente no se refleja en las estadísticas.

Por otro lado respecto de la seguridad social en un estudio realizado acerca de la extensión de la cobertura de la seguridad social publicado en el año 2010 manifiesta que: "En los últimos 40 años, el régimen de seguridad social a favor de los trabajadores rurales del Ecuador ha ido aumentando la cobertura de cuidados de salud. Este régimen, que inicialmente cubría a 500 familias, cubre actualmente a más de 200 000 y proporciona cobertura de cuidados de salud a cerca de un millón de personas, de una población total de 14 millones"[43]. Y me

[42]http://intranet.oit.org.pe/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=40&Itemid=1155 Consulta: noviembre 2015.
[43] Van, Ginneken, "Extensión de la cobertura de la seguridad social: examen de datos recientes", Autor(s) Compilación de los artículos, AISS Revista Internacional de Seguridad Social, vol. 63, 1/2010 Publicado por Blackwell Publishing Ltd, Oxford, USA, 2010, Pág. 68.

parece que esto es totalmente cierto, se ampliado el seguro social a las personas, entre ellas a quienes hacen el trabajo dentro del hogar, sin embargo considero que las políticas para hacerlo con no sólo poco idóneas sino que no se adecuan a nuestra realidad, son un retroceso al llamado estado constitucional de derechos y justicia social. Por otro lado vale analizar si es que el seguro cubre los riegos de manera efectiva, por mencionar algo en nuestro país no hay ningún seguro que proteja a las personas contra el desempleo, y es sabido por todos que a una persona que se la contrata, cada dos años no se le renueva el contrato para no tener que establecerla laboralmente. Lo que es lamentable, por ello considero que siendo deber del Estado la protección de derechos de los y las ciudadanas y ciudadanos, respecto de la seguridad social, se puede manifestar que esta tiene que llegar a todos y todas, y esto aún no se ha logrado.

Debo rescatar que en Ecuador se destinado un porcentaje del PIB (Producto Interno Bruto) para gasto en salud, podemos hacer un análisis de los datos brindados por la Organización Mundial de la Salud que muestra que "*Ecuador para el año 2000 tenía un gasto de salud del PIB de: 3,6, en el año 2005 de: 4,9; en el año 2010 de: 6,0; en el año 2011 de: 6,0; en el año 2012 de 6,7; y para el año 2013 de: 7,5*[44]". Lo que muestra un incremento importante en salud si tomamos el año 2000 el gasto en salud era apenas el 3,6 mientras que en 2005 al llegar a 4,9 se había dado un aumento de 1,3. Sin embargo para el año

[44] Base de datos de cuentas nacionales de salud de la Organización Mundial de la Salud, Consulta: http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.TOTL.ZS

2013 habido un incremento del 7.5. Lo que es alentador pues si se goza con servicios públicos de calidad no sería necesario que todos estuvieran afiliados al seguro; pero también es verdad que falta un largo trecho para tener un sistema de salud de calidad.

Respecto del desempleo según la Organización Mundial de Trabajo en Ecuador la proporción de la población activa que no tiene trabajo pero que busca trabajo y está disponible para realizarlo ha sido en el "*año: 2000 de 7,2; el año 2005 de 6,6; el año 2010 de 5,0; el año 2011 de 4,2; el año 2012 de 4,1 y para el año 2013 de 4,2*[45]*"*. Considero que las cifras muestran un progreso pero en los momentos actuales la tensión mundial ha generado estragos en muchos países, y el bajo precio del petróleo, fuente económica importante del país se ha visto reducido, por lo que se ha empezado incluso a despedir empleados públicos, y esto sin duda no se refleja en las estadísticas. Considero entonces que a pesar de tener una perspectiva de progreso, la población ecuatoriana siente malestar por la falta de empleo y la carencia de la vida en estos tiempos. Y es que desde el año 2015 se mantiene en el país la idea de una crisis económica. Que se prevé detonará en el año 2016. Vale la pena recordar que las generaciones actuales necesitaremos nuevos puestos de trabajo que nos permitan la inclusión al mercado laboral y si no hay políticas estatales adecuadas para el efecto, esto será una limitante. Por ello mantengo mi idea de que la prisión privativa por no afiliación limita nuevas contrataciones.

[45] Organización Internacional del Trabajo, base de datos de Indicadores principales sobre el mercado laboral Consulta: http://datos.bancomundial.org/indicador/SL.UEM.TOTL.ZS

4.2. MARCO DOCTRINARIO

Para el estudio doctrinario de mi trabajo de investigación, es pertinente iniciar con una reseña histórica de la legislación ecuatoriana respecto del Derecho laboral, y de la seguridad social. Siendo también tema imprescindible el estudio del neoconstitucionalismo, cuya doctrina sirve de base de las nuevas corrientes del pensamiento respecto de la importancia de la Constitución.

Se analizará la tendencia del Derecho penal, que principios han de aplicarse en el Derecho sustantivo y adjetivo de acuerdo a los bienes jurídicos protegidos. Y los tipos de penas acordes a las conductas tipificadas.

4.2.1. **RESEÑA HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA EN MATERIA DE DERECHO LABORAL.**

Ecuador como en la gran mayoría de los países latinoamericanos se vivió un proceso de colonización, donde la explotación era practicada de la manera más inhumana. Basta recordar lo que señala Enrique Ayala Mora en su libro Resumen de Historia del Ecuador: "*1492 fue un año clave para América, España y la humanidad. Con la llegada de la expedición de Cristóbal Colón y el inicio de la subyugación violenta de los pueblos aborígenes comenzó una época nueva para nuestro continente. La colonización se dio en dos procesos. Por una parte, el sojuzgamiento e inicio del despojo de los indígenas. Por otra, la resolución en beneficio del poder metropolitano, del conflicto creado por los*

primeros colonos que intentaron retener buena parte del control local[46]". Parto de la idea de que sin duda 1492 se constituye en un año clave, que sin duda costó la vida de muchos de nuestros ancestros, explotados bajo el yugo español para mantener a flote su economía que sin la subyugación a la que sometieron a nuestros pueblos no habrían podido levantar. También me parece propicio indicar que desde entonces ya se dada la concentración de poder en las metrópolis que buscada acaparar el control local.

Cconsecuencia de este "descubrimiento", es que a los indígenas se les obligó a realizar trabajos de mitas y encomiendas, donde ni siquiera cabía la posibilidad de un salario justo, o jornadas adecuadas para realizar sus actividades. Mucho menos había los medios propicios que aseguren su seguridad. Y lamentablemente, *"Desde fines del siglo XVI se abre un nuevo período de la dominación colonial en la Audiencia de Quito. La estrategia española orientada a hacer de América un centro proveedor de metales preciosos, se definió una relación de explotación metrópoli-colonia, en la cual las riquezas producidas iban en parte a manos de los grupos dominantes locales y fundamentalmente a alimentar el funcionamiento de la economía española, que a su vez era crecientemente dependiente de los centros más dinámicos de la manufactura y el comercio europeos*[47]". Sin duda pasamos a ser la mina de oro de la corona española y es necesario explicar esto pues quienes habitaban en lo que hoy denominamos territorio ecuatoriano debieron luchar para recuperar la condición de hombres y mujeres libres.

[46] AYALA, Enrique, "Resumen de Historia del Ecuador", Tercera edición, Corporación Editora Nacional, Ecuador, 2008, Pág, 13.
[47] AYALA, Enrique, "Resumen de Historia del Ecuador",Ob Cit, Pág, 14.

Es así que luego de la independencia aún se mantenía esta realidad de explotación, simplemente nuevas clases dominantes se establecen y en la vida republicana continúa la brecha en las esferas socioeconómicas. Sin embargo en el continente americano ya maduraban las ideas de igualdad, que en inicio fueron inspiradas por la revolución Rusa (1917) que proclamaba con el socialismo la construcción de un mundo más humano, cuyos conductores debía ser el proletariado.

Este antecedente y otros factores como la caída del precio del cacao desembocaron en Ecuador la masacre del 22 de noviembre de 1922, que bien se podría establecer como la primera demanda de los derechos del trabajador, donde precisamente fue la Federación Regional de Trabajadores del Ecuador quien convocó a huelga general por la carestía de los medios para la supervivencia.

Es importante señalar la historia pues a través de ella podemos ser testigos de las conquistas y luchas que se han tenido que librar para gozar de los derechos que hoy ejercemos.

Y es que la pugna de intereses siempre ha existido; quien ostenta el poder es el encargado de responder a la clase que representa. Siendo el Estado el encargado del desarrollo armónico de la vida de la nación debe generar los medios para la consecución de sus fines. Es así que en lo referido a la protección de los derechos de los trabajadores, en diferentes gobiernos se han

dictado leyes que protegen a la clase trabajadora, a pesar de ello no se ha logrado su total cumplimiento.

Haciendo una apreciación cronológica *"El presidente Baquerizo Moreno, con fecha 11 de septiembre de 1916, sancionó la Primera Ley Obrera del Ecuador, donde se establecía la jornada máxima de ocho horas diarias de trabajo para todos los trabajadores y obreros en general. La segunda Ley Obrera fue sancionada por el presidente Tamayo el 22 de septiembre de 1921, contemplaba la indemnización a favor de los trabajadores, expidiéndose la reglamentación pertinente para su aplicación, el 29 de abril de 1922, la misma ley, determina además, el significado jurídico de obrero, jornalero y patrono; instituye una similitud referente al contenido como el alcance entre Accidente de Trabajo Y Enfermedad Profesional; establece el derecho del trabajador al pago de sus indemnizaciones, cuando sufriere de incapacidad para el trabajo parcial o total o en caso de su fallecimiento en beneficio de sus familiares*[48]". La primera ley obrera de nuestro país sin duda era reflejo de la lucha de la Revolución Industrial en Gran Bretaña, (Mediados del siglo XVIII). Y sin duda la explotación a que se sometía a los trabajadores sin establecer horarios laborales limitada no sólo su rendimiento en el trabajo, sino su calidad de vida. Por lo que este fue un primer gran logro. Que sin duda abría las puertas a otras conquistas que mejoraran el nivel de vida de los trabajadores, como salarios, vivienda, educación, seguridad, higiene, entre otros. Respecto de la segunda

[48] SAMANIEGO, Víctor, Derecho Laboral, Universidad Nacional de Loja, Editor: Imprenta del Área Jurídica, Social y Administrativa de la UNL. Primera edición. Loja-Ecuador. 2003 Pág. 13

ley obrera es transcendental en cuanto estipula ya un tipo de indemnización como un derecho del trabajador cuando este sufriere un daño que lo incapacite. Sin embargo me es irrenunciable exponer que estas normas ya existentes desde 1916 son la fuente que corrobora que las leyes no siempre se aplican de manera eficaz, para ello basta recordar que luego de un año de la segunda ley obrera (1921), se daba el 22 de noviembre de 1922 la masacre obrera.

Sin embargo cronológicamente muestran un avance en materia de derechos pues se reconoce ya un horario de trabajo, como indemnizaciones. Brinda una conceptualización de términos obrero y patrono. Y sobre todo contempla ya las primeras normas sobre el alcance de accidente de trabajo.

Continuando con los avances en leyes para los trabajadores, "*En el año de 1927 la promulgación de la Ley de prevención de accidentes de trabajo dedicada especialmente a proteger la salud y la vida de los trabajadores. Pero para octubre de 1928 se promulga la Ley por responsabilidad por accidentes de trabajo, que concede al patrono el derecho a construir un Seguro, en beneficio del trabajador*[49]*".* La primera promulgación hace referencia a la protección al trabajador y la segunda hace referencia al seguro que puede adquirir el empleador para no ser responsable directo en el caso de algún accidente al trabajador.

Es de suma importancia analizar el desarrollo del Derecho Laboral en nuestro país pues considero que pareciera que existe una tendencia a proteger al

[49] SAMANIEGO, Víctor, Derecho Laboral,Ob Cit. Pág.20

empleador. Por ejemplo al promulgarse la Ley de prevención de accidentes de trabajo, esta responsabilizaba directamente a los empleadores de los hechos que de dichos accidentes se generaran, por lo cual se venían en la obligación de tomar medidas de seguridad que hicieran posible la protección de sus subalternos. Es decir cuidado en la higiene, vestimenta, iluminación, y otras de este tipo, según sea la condición del lugar y del trabajo que se realizara.

Con la promulgación de la Ley por responsabilidad por accidente de trabajo, se pone de manifiesto que hay accidentes que ocurren por culpa del trabajador por lo cual el empleador no es responsable. Por lo cual se concede al empleador la posibilidad de constituir un SEGURO, en beneficio del trabajador.

Es así como nace el seguro en nuestro país, finalmente cabe indicar que *"En 1938, en el Registro Oficial Nº 78 al 81, correspondientes del 14 al 17 de noviembre, fue promulgado el Código de Trabajo ecuatoriano*[50]". Sin duda este Código fue el fruto de las conquistas de miles de trabajadores, en él se cristalizaron las aspiraciones de la clase trabajadora.

4.2.2. LA SEGURIDAD SOCIAL.

Me parece propicio iniciar con un análisis de un estudio realizado por la Revista Internacional de Seguridad Social donde: "*Se calcula que entre el 70 y el 80 por ciento de la población mundial no tiene acceso a prestaciones monetarias significativas. Viven en una situación de «inseguridad social» más o menos grave. Dentro de este 70 a 80 por ciento, el 26 por ciento vive en condiciones*

[50] SAMANIEGO, Víctor, Derecho Laboral, Ob Cit. Pág.28

de extrema pobreza, es decir, con menos de 1,25 dólares estadounidenses al día (en función del poder adquisitivo de 2005)"[51]. Parto de esta estadística pues es lógico comprender que si no se tiene acceso a una remuneración que asegure al menos el sustento básico, mucho menos se puede pensar en mantener una seguridad social. Que vivan en una situación más o menos grave, en mí sentir y pensar, ya es gravísimo. Mucho más lo es la situación de quienes viven en extrema pobreza.

Por lo antes indicado es importante saber en realidad que debe abarcar la seguridad social y a quienes debe extenderse, así analizo una primera noción: *"El término fue usado por primera vez en la Ley de Seguridad Social de los Estados Unidos, de 1935. Se terminó de acuñar en el Informe Beveridge (1942) en Inglaterra, donde se partía del principio de brindar servicios de seguridad social "desde la cuna hasta la tumba" y de ampliar los esquemas de políticas para el logro de un mayor progreso social*[52]". Es interesante reconocer la cuna de los términos, puesto que nacen precisamente en los lugares donde mayor presencia de explotación al trabajador se suscitaba, y por ello es que bajo la presión social se empieza a incluir dentro de los cuerpos legales estos términos que tenían por fin la protección social en respuesta a una sociedad que avanza en la consecución de mejores días para la misma.

[51] Van, Ginneken, "Extensión de la cobertura de la seguridad social: examen de datos recientes", Ob. Cit., Pág.64.
[52] UNIVERSIDAD ESPIRITO SANTO, Centro de Investigaciones, Análisis sobre la Seguridad Social, Ecuador 2004, Pág, 10.

Sin duda el término seguridad social brinda la primera referencia de protección al trabajador dentro del campo laboral. Otro referente es que en "*1919, al concluir la Primera Guerra Mundial, se fundó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y esta estableció el seguro social como instrumento fundamental de protección de los trabajadores y sus familias contra ciertos riesgos sociales*[53]". Sin duda las condiciones precarias en las que se ha mantenido a la clase trabajadora han producido que en determinados momentos esta se revele y reclame sus derechos. Ello se manifiesta en la necesidad de organizarse así la Organización Internacional del Trabajo se crea como organismo especializado de la ONU, para promocionar la justicia social y el reconocimiento de las normas fundamentales del trabajo, mejorar las condiciones laborales y crear oportunidades de empleo. Sin duda cuando hay una entidad preocupada de la defensa de los derechos estos cobran mayor relevancia.

Por otro lado me parece necesario que se vislumbre que las sociedades actuales han comprendido que si dejan de producir bienes materiales están condenadas a desaparecer, por lo tanto la producción se convierte en la base de la vida como en el desarrollo de la misma sociedad. Para la producción de bienes se necesitan: los medios de trabajo (entendidos como aquellos objetos que permiten la transformación de las materias, como las maquinarias); la fuerza de trabajo (acción realizada por el hombre o mujer); la materia (objeto que es procesado o elaborado).

[53] Lago, C. M. Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social. Chile, 2004

Sólo el trabajo asegura la permanencia del ser humano sobre la tierra. En ese sentido generar riqueza es algo que le interesa a un empresario, por encima de la explotación o no del trabajador y de la naturaleza misma. En cuanto al Estado debe responder a la ciudadanía. *"Las funciones del gobierno en la economía son fuente de grandes discusiones. Una función más o menos clara es la provisión de bienes públicos. Estos bienes se definen como aquellos que son importantes para la sociedad, pero no son negocio, por lo que la iniciativa privada no los proveerá"*[54]. Señalar esto es fundamental puesto que el desarrollo de la economía es algo que procuran alcanzar todos los países, sin embargo la propiedad privada de los medios de producción está en manos de pequeños grupos, por lo que su participación define los alcances de este desarrollo.

Es así, que el gobierno ecuatoriano asume la responsabilidad de proteger los derechos de los ciudadanos, de impartir justicia, resolver conflictos; todo ello a través un marco jurídico. Cuyo precedente está en la Constitución.

La seguridad social se convierte en parte de la protección de los derechos del trabajador y cobra importancia puesto que bajo una relación de dependencia, el trabajador se obliga a ofrecer su fuerza de trabajo a falta de los medios de producción que están en poder del empleador. Evidenciado las desigualdades económicas y sociales entre estos dos. Según el jurista alemán Radbruch*: "La idea central del derecho social se inspira no en la idea de la igualdad de las personas, sino de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; la*

[54] SCHETTINO, Macario, Sociedad, Economía y Estado, Primera edición. México 2003, Pag, 314.

igualdad deja de ser, así, punto de partida del derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico"[55]. Concuerdo con Radbruch cuando expresa que la idea del derecho social es corregir las desigualdades que existen entre las clases sociales, por ello el objetivo de proteger a las personas en situación de vulnerabilidad. Sin duda se convierte en una aspiración común que todos y todas gocen de los mismos derechos, ya que de no ser esto posible, esto genera una injusticia y una inequidad social inadmisible. Por lo que concuerdo con que la igualdad deja de ser un punto de partida del derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico, esperemos que esto nos sea posible, por el bien de nuestra sociedad.

Por otro lado vale tener presente que la relación de dependencia es parte del modus vivendi de las personas. Sin embargo hay que encontrar el equilibrio para generar beneficios económicos sin desmedro de los derechos del trabajador, en este contexto siendo la fuerza de producción dotada por el ser humano, este se convierte en sujeto de derechos, por lo que debe asegurarse su protección frente a los riesgos sociales, como enfermedades, y otros. Sólo así se asegura que el trabajador o trabajadora esté en la capacidad de cumplir a cabalidad con las tareas encomendadas.

A inicios la seguridad social buscaba proteger a grupos o sectores específicos, como empleados públicos, militares y maestros. Sin embargo según el primer estudio realizado sobre la seguridad social por CEPAL, *"En 1984 se cumplieron respectivamente 70 y 60 años desde que se cubrieron a los obreros contra los*

[55] RUBINSTEIN , Santiago, Fundamentos del Derecho Laboral, Editorial Depalna, Buenos Aires, 1988, Pag,3

riegos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Uruguay y contra los riegos de vejez, invalidez, muerte y enfermedad común en Chile"[56]. Esto es alentador pues son ya más de 70 años en que países de Latinoamérica han considerado transcendente incluir a los trabajadores dentro de un sistema de seguridad básico, como lo son los accidentes de trabajo, vejez, invalidad, muerte, y enfermedad. A pesar de los avances dados desde entonces no todos los países Latinoamericanos han logrado una seguridad social satisfactoria. Esto debido a que cada país mide el costo de su seguridad social según su capacidad económica.

En el caso ecuatoriano se intenta asegurar en mayor cobertura a la población, es así que conforme lo que establece la Constitución en su artículo 34 el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. Por ello contempla que se garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo. Sin embargo la normativa constitucional y su aplicación no siempre suele darse de manera efectiva.

A pesar de la existencia de los seguros obligatorios la seguridad social no forma parte de la cultura de la sociedad ecuatoriana. Es por ello que se trata

[56] Pobreza, desigualdad de oportunidades y políticas públicas en América Latina. –Rio de Janeiro. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012. Pág. 23

de imponer sanciones que aseguren que no se incumplirá la norma, como la contenida en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 244 que señala *"La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días[57]".* Con esta norma se pretende proteger de manera eficaz al trabajador, pero se demostrará en la presente obligación que el endurecimiento de las penas no siempre es la mejor solución.

4.2.3. NEOCONSTITUCIONALISMO, ECUADOR UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

En cuanto al constitucionalismo, el sociólogo Bonaventura de Sousa Santo menciona que hay tres tipos. *"El primero, el constitucionalismo antiguo, que existió hasta el siglo XVIII, y era un constitucionalismo informal que ratificaba el modo en que los pueblos que ya estaban constituidos organizaban sus vidas. El segundo es el constitucionalismo moderno, rompe con esa tradición que se manifestó al inicio, y por el contrario, crea algo nuevo: el Estado moderno, que se basa en un acto libre de los pueblos que se imponen una regla a través del contrato social para vivir en paz y que conlleva la idea de igualdad de todos ante el Estado. Cabe aludir que este constitucionalismo fue una emergencia de la sociedad civil en Europa, pero en nuestra América fue impuesto desde arriba, la independencia no fue conquistada por las poblaciones nativas sino*

[57] ECUADOR CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb-2014 Estado: Vigente. Quito-Ecuador. Art. 19, Pág. 39

por los descendientes de los conquistares. Finalmente hay un tercer tipo de constitucionalismo, el contemporáneo el mismo que está surgiendo, este empezó en los años 80 y se caracteriza por la innovación, además cabe recalcar que emerge en América del Sur[58]". Es importante partir de estas premisas, pues para hablar del neoconstitucionalismo es necesario el conocimiento del constitucionalismo, como explica Sousa tiene tres manifestaciones. Cuando hace referencia al constitucionalismo antiguo manifiesta que ratificaba el modo en que ya estaban constituidos los pueblos, es decir que simplemente se reconocía a través de la Constitución las prácticas diarias, es decir primaban los derechos fundamentales como tales o los principios que hoy tienen los cuerpos constitucionales. Cuando hace alusión al segundo ya este muestra un avance refiriéndose ya al contrato social que es un acuerdo que asumen los miembros de una sociedad con el fin de lograr una convivencia pacífica y armónica. Finalmente el tercero que contiene una innovación con lo que estoy de acuerdo pues nace en América del Sur y se involucra el reconocimiento de nuestros pueblos ancestrales, su lengua, tradiciones, y derechos de avanzada como en el caso de los derechos de la naturaleza. Sin duda nuestro país forma parte actualmente de la tercera constitucionalidad siendo un Estado constitucional de derechos y justicia.

En el neoconstitucionalismo busca responder a las realidades del Estado, quien en su conjunto tiene una función instrumental, pues debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales, esto es básico comprender. Así

[58] SOUSA, Boaventura, Las paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad, 1era Edición, Ediciones Abya-Yala, Quito- Ecuador, febrero del 2009, Pág. 10.

un Estado para organizar la vida de un pueblo determinado, proclama los postulados mediante los cuales los individuos se comprometen a respetar las leyes y con ello se crea un ordenamiento jurídico en el cual prima el respeto a los principios fundamentales de convivencia pacífica.

En Ecuador la línea contemporánea de derecho, que promueve un estado constitucional garantista, se ha denominado "neoconstitucionalismo"[59]. *"El nuevo constitucionalismo defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir, que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar reglas limitativas del poder político pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía*"[60]. Es relevante que se manifieste que en el nuevo constitucionalismo el contenido de la Constitución sea coherente con su fundamentación democrática, es decir lo que ha sido reconocido por la voluntad del pueblo soberano, y que por lo mismo debe generar mecanismos para que los y las ciudadanas y ciudadanos participen directamente de sus derechos y no sólo como enunciados, sino que sea visible en la realidad, pues se debe garantizar que tengan vigencia y que

[59] ÁVILA, Ramiro, EL NEOCONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR, Ediciones Abya-Yala,Quito. Ecuador, 2011.
[60] Corte Constitucional del Ecuador, Nuevo Constitucionalismo en América Latina, ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. Pág. 96.

no sean limitados de ninguna manera, sólo ello permite la legalidad y legitimidad en su aplicación.

4.2.4. **EL CONTROL PUNITIVO DEL ESTADO, Y LAS CLASES DE PENA SEGÚN LA LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.**

Extensas discusiones ha provocado analizar los límites del Estado en cuando al ejercicio de la facultad punitiva, pero sin duda analizar la lesividad del bien jurídico protegido nos puede mostrar cual es la forma propicia para su ejercicio, así me parece necesario partir desde la explicación del bien jurídico; Franz Von Liszt expresa: "*Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico*[61]". Se dice que el bien jurídico tutelado es el límite y razón del Ius Puniendi, por ejemplo la vida es importante como tal, no habría necesidad de poner de manifiesto lo importante que es ésta dentro de una norma, porque es de conocimiento general que la vida es de suma importancia, sin embargo si este valor que le da la sociedad a la vida, no es protegido por el Derecho, no se convierte en bien jurídico. Es precisamente los bienes jurídicos los que se deben proteger y siendo de interés vital se establecen los mecanismos para su protección, generándose un tutelaje para este bien, muestra de ello es que para proteger el bien jurídico como lo es la vida,

[61] VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho penal, trad. de la 20a ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho penal español por Quintilliano Saldaña, t. II, 4a ed., Reus, Madrid, 1999, Pág. 6.

quienes atenten contra ella serán limitados de su libertad; cabe decir que este es otro bien preciado pero es justamente en medida del caso que se debe aplicar el poder punitivo del Estado siendo este justo y racional. En el caso de la privación de la libertad por la falta del pago de afiliación a seguro no justifica la sanción. Ni opera el principio de proporcionalidad a mi parecer.

Por ello en la actualidad existen fuertes sectores de la doctrina que cuestionan la aptitud del concepto de bien jurídico a los efectos de limitar el poder punitivo y, asimismo, su concreta eficacia en la protección de los bienes. En consecuencia, ponen en crisis su capacidad para fundar el orden penal. Como lo que ha ocurrido en la construcción del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, donde por unificar en un solo cuerpo legal han incluido conductas y normas que no pertenecen al ámbito penal.

Es conocido que la única fuente productora del Derecho Penal es la ley. Expresada mediante la voluntad popular contenida en la Constitución, en donde se establecen los delitos a sancionar. Como también los derechos protegidos, garantías, y otros. Y es también al Estado a quien se le faculta la potestad de castigar.

Una de las discusiones más amplias surge precisamente cuando se hace referencia al castigo. ¿Por qué castigar? Hay doctrinarios que defienden la una abolición total y en otros casos la defienden y justifican. Ferrajoli señala que la

interrogante puede ser entendida en dos sentidos: el por qué existe la pena (función de la pena) o el por qué debe existir (fines de la pena).

Sin duda las doctrinas son el reflejo complejo del pensamiento como también ideología de quien las promulga y muchas de las veces sin tener el sustento científico se convierten en una referencia valorativa. Así para Ferrajoli sobre el fin de la pena manifiesta: *"A propósito de las tesis sobre los fines de la pena, de 'teorías absolutas' o 'relativas', de teorías 'retributivas' o 'utilitarias', de 'teorías de la prevención general' o 'teorías de la prevención especial', o similares, sugiriendo la idea que la pena posee un efecto (antes de un fin) retributivo o reparador, o que ella previene (antes de que deba prevenir) los delitos, o que reeduca (antes que debe reeducar) a los condenados, o que disuade (antes de que deba disuadir) a la generalidad de los ciudadanos de cometer delitos.*[62]". Recordemos en primera instancia que la pena es una sanción o castigo que el Estado impone por un delito al culpable, la finalidad con que hace esto, es lo que nos interesa. Hay distintos postulados al respecto, Ferrajoli nos explica algunos, por ejemplo la pena puede ser en la imposición de un mal por el mal cometido, es decir no busca otro fin; sin embardo para otros la pena tiene un fin de proteger a la sociedad de los delincuentes, imponiendo la pena como prevención. Pero sin duda la importancia radica en la aplicación de la pena en virtud del bien jurídico tutelado observando los principios del derecho penal y por su puesto bajo el ejercicio del Ius Puniendi de última ratio.

[62] FERRAJOLI, "El derecho penal mínimo", Italia, 2006. Págs. 26-27

Así en el caso de Von Liszt adjudica a la pena como: "*Parte de un Estado intervencionista, un fin preventivo especial, rechazando el retribucionismo. Tal prevención tiene, a su juicio, un triple contenido: corrección de los delincuentes corregibles y necesitados de mejora, no intervención en caso de delincuentes no necesitados de mejora y la inocuización de los delincuentes no susceptibles de mejora o incorregibles. Defiende así la pena indeterminada. En todo caso, ya admite la doble vía penal: penas más medidas de seguridad"*[63]. Precisamente se muestra en este criterio que la pena tiene una finalidad como la corrección, pero se habla así mismo de delincuente, es acaso un empleador delincuente o su conducta es tan reprochable como para merecer la privación de libertad, acaso el Estado no debe cumplir con una intervención mínima. Siendo el caso recordemos que hay distintas penas que se pueden aplicar precisamente ponderando los bienes jurídicos.

Las penas pueden clasificarse de muchas maneras pero en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 58 se manifiesta que las penas que se imponen en virtud de sentencia firme, con carácter principal o accesorio, y son privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad. Otras clasificaciones de las penas atienden al bien jurídico así para Carrara Francisco tenemos: "Pena de muerte o capital: afecta a la vida del condenado; Penas corporales: afectan a la integridad física del condenado; Penas infamantes: afectan al honor de la persona; Penas privativas de la libertad: afectan a la libertad individual en diversos grados y de diversas maneras; Penas interdictivas: afectan a la capacidad jurídica del condenado; Penas pecuniarias:

[63] http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_penal Consulta: Jueves 05 de junio de 2014.

afectan a su patrimonio, otras[64]". Sin duda estas penas se imponen en cuanto sea la afectación al bien jurídico, en el caso de la pena de muerte, es una de las que afectan un bien preciado como lo es la vida y estamos en contra de su aplicación, debe dejarse de practicar y poner en ejercicio otras penas existentes. Pues lo ideal es que se aplique justicia pero se respete en el proceso y ejecución los derechos fundamentales.

Por otra parte Asúa, en la Política criminal y prisión, discursos de justificación y tendencias actuales establece que: *"La legitimidad de la imposición coactiva se medirá no ya tanto por su eficacia para eliminar o reducir el delito, sino por su capacidad de hacerlo con el mínimo coste para los derechos de los afectados y para la paz jurídica. La forma, los medios o instrumentos del Derecho penal deben por lo tanto conformase de acuerdo con los principios generales de respeto a los derechos humanos y los valores que inspiran la convivencia democrática…La legitimidad del sistema penal estatal se asienta en las garantías que ofrece al delincuente de ser tratado con dignidad y sin excesos, de recibir protección frente a eventuales reacciones vindicativas. El garantismo sigue constituyendo el objetivo más plausible de la intervención penal. La propuesta de 'Derecho penal mínimo' expresada sugestivamente por FERRAJOLI ha logrado amplia aceptación, porque asienta la legitimidad de la fuerza legal en la minimización de la violencia, en su necesidad para prevenir la violencia del delito, pero también la violencia de la venganza, de las reacciones informales incontroladas, que de no intervenir el derecho se*

[64] CARRARA, Francisco. Régimen Penal Ecuatoriano, Ediciones Legales, Ob Cit. Pág. 184

desencadenarían[65]". Criterio con el que concuerdo plenamente pues una cosa es la legalidad y otra muy distinta la legitimidad, en cuanto expresa que no se base en la coacción o la fuerza sino en la obediencia por su eficacia. Es decir por la capacidad para restablecer la paz con el mínimo coste para los derechos afectados, y con esto se refiere también a los derechos de quien haya cometido el delito. Finalmente me adhiero a la propuesta de Ferrajoli en cuando al derecho penal mínimo, el Derecho penal debe servir como herramienta de protección de los sujetos frente al poder punitivo estatal y a la vez como un medio de protección social, es decir para evitar que se cometan más delitos, la idea fundamental radica en no provocar mayores males que aquellos que se pretende reparar. Y es por esta razón que la aplicación del Ius Puniendi debe tener sus límites, al ser el Estado a través de sus órganos quien realiza el control punitivo debe tener en cuenta la minimización de la violencia. Es decir establecer quién debe ser o no destinatario de las leyes penales, y los penas acordes a imponer.

Zaffaroni en el Manual de Derecho Penal explica que la tipicidad es *"La característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal"*.[66] Cuando refiere a que una conducta debe estar adecuada al tipo penal se refiere a su tipificación dentro de la ley penal. Por ello considero necesario referirme a los caracteres que debe tener esta ley penal que según Jiménez de Asúa son: *"a)*

[65] ASUA BATARRITA, Adela., "Política Criminal y Prisión. Discursos de justificación y tendencias actuales", en Revista de ciencias penales, Vol. 1, Nº 2 (1998), p. 293

[66] Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal (Parte General). Primera Reimpresión. Cárdenas Editor. México D. F., Año de Edición 1991. Página 373.

Ser exclusiva, puesto que sólo la ley crea delitos y establece sanciones. b) Ser obligatoria, todos han de acatarla. c) Ser ineludible. d) Ser igualitaria, ya que todos los individuos son iguales ante la ley. e) Ser constitucional, es decir las leyes nacionales que vayan en contra de lo estipulado en la Constitución se declararán nula"[67]. Conforme Asúa al ser exclusiva es deber del legislador a través de la ley crear delitos y establecer sanciones, recordemos ejemplo que el feminicidio se incluyo recientemente en el cuerpo penal en nuestro país. Por otra parte al ser ineludible implica el respeto a esa norma penal positiva y; al señalar igualdad, comprende que no se de diferenciación de las partes procesales, existiendo imparcialidad. Y al ser constitucional es relevante decir que no contradigan lo que establece en la carta magna. Cuidar que la creación de normas no entorpezca la aplicación del Derecho.

4.2.5. TENDENCIA DEL DERECHO PENAL Y SU VINCULACIÓN CON LOS FINES DE LA PENA

Es sin duda vital comprender los postulados vertidos sobre la tendencia del Derecho penal, más aún cuando esta responde a la época en la que se vive, y por tanto no se puede aplicar en todo el devenir del tiempo, pues debe adecuarse a realidades distintas, sin embargo hay principios que no deben cambiarse.

Recordemos que FERRAJOLI considera que la sanción penal bajo el concepto moderno surge como sustituta de la venganza y nunca en continuidad de la

[67] JIMÉNEZ, Luis, Principios de Derecho Penal. La ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Argentina.

misma. Por esa razón el Derecho penal debe asumir una doble función: como prevención general de los delitos y como prevención general de las penas arbitrarias y desproporcionadas. Pone de manifiesto "… *el fin de la prevención o incluso solo de la reducción de los delitos no sirve para fijar algún límite máximo a las penas, sino solo el límite mínimo por debajo del cual no es realizable y la sanción. Hay sin embargo otro tipo de fin al que cabe ajustar el principio de la pena mínima, y es que la prevención no ya de los delitos, sino de otro tipo de mal antitético al delito. Este otro mal es la mayor reacción – informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de las fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal, del que sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal. Pretendo decir que la pena no sirve solo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; que no se amenaza con ella y se la impone solo ne peccetur, sino también ne punietur; que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales públicas o privadas… la pena mínima necesaria de la que hablaban los ilustrados… no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito. Y a diferencia del de la prevención de los delitos, este fin es también idóneo para indicar, en razón de su homogeneidad con el medio, el límite máximo de la pena por encima del cual no se justifica el que se sustituya a las penas informales*[68]." Es interesante lo que considera Ferrajoli en cuando dice que el fin de la prevención no sirve para fijar límite máximo a las penas,

[68] FERRAJOLI, Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Madrid, 7ª edición, Trotta, 2005.cit., p. 332.

sino el límite mínimo. Ello significa que no se debe procurar castigar como tal, sino mantener el orden social, para esto basta con establecer penas adecuadas, que satisfagan a la sociedad es decir que consideren justas, porque de no ser el caso volverían a tomar la justicia por sus manos como en el pasado, y que a la vez esto disminuya la delincuencia. La justicia es una necesidad social y debe ser equilibrada tomar en cuenta que son bienes jurídicos los que se protegen o se limita.

Así mismo Ferrajoli expresa que frente a la crisis regresiva del derecho penal *"Es hoy necesaria y urgente una batalla política y cultural en torno a un programa de derecho penal garantista. Un programa de ese tipo, que he llamado de derecho penal mínimo, debería intentar restituir al derecho penal su naturaleza de instrumento costoso, como extrema ratio, y por otro lado su papel de ley del más débil dirigida a la minimalización de la violencia y a la tutela de bienes fundamentales"*[69]. Estoy de acuerdo con Ferrajoli cuando indica que hay una crisis regresiva del Derecho penal, pues el Estado cuando aplica el Ius Puniendi muchas de las veces no toma en consideración un programa de derecho penal garantista. Por el contrario lo aplica sin estudiar las conductas de manera minuciosa, como es el caso de la presente tesis, donde por la falta del pago del empleador al seguro implica que este tenga una pena privativa de libertad, sin duda considero que el Derecho penal debe estar dirigido a la minimización de la violencia y la prevención de penas arbitrarias, lo que necesitamos es pleno respeto de las garantías penales y procesales como

[69] FERRAJOLI, Luigi, "Criminalidad y Globalización", en Claves de razón práctica, Nº 152 (2005), p. 24.

condiciones irrenunciables de legitimación de la actividad punitiva estatal. Sólo apartándonos de un Derecho Penal eminentemente punitivo podremos asegurar una verdadera protección de los derechos y bienes más fundamentales.

Dentro de la Criminalidad y globalización Ferrajoli explica que: *"La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la de la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las mismas penas y porque mientras el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia inflingida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno"*[70]. Cuando vemos los fines de la pena, recordamos todos los avances que se han producido para ponderar los derechos que se limitan como los que se protegen con la imposición de las sanciones. En su inicio comprendía la pena hacer sufrir a quien la cometía en una especie de aflicción, en la actualidad se la enfoca con una imposición socioeducativa y también como de prevención de delitos. El castigo pretende precisamente amedrentar a quien adecua su conducta con lo que se tipifica como delito, es la manera en que se mantiene el orden de las relaciones sociales en armonía, o se pretende mantener.

Siendo la libertad un bien jurídico de importancia y del cual se ven limitados quienes cometan delitos, las penas han de ser acordes la tendencia del

[70] FERRAJOLI, Derecho y razón. Págs. 386-387.

Constitucionalismo por lo que fundamentalmente se da relevancia a los derechos y garantías de los ciudadanos. Es así que los principios que limitan al Derecho Penal tienen fuerza y vigencia, muestra de aquello es lo que señala nuestra Constitución en el artículo 66 numeral 29 literal c) “Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

La Constitución del Ecuador en este texto constitucional muestra la voluntad de utilizar la prisión como una medida de última ratio, con esto se colige que la tendencia del Derecho Penal se reserva a figuras que significativamente lesionen un bien jurídico protegido.

Es en este punto justo hacer una crítica al Código Orgánico Integral Penal, que ha centrado el endurecimiento de las penas, con lo que considero que este cuerpo normativo regresa a viejas escuelas que las historia, por lo que hay que señalar que el carácter eminente punitivo, es decir que la prisión no es la medida en la cual se asegure el respeto a la ley.

4.2.6. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD SOCIAL

En primer lugar corresponde señalar que son los derechos fundamentales, de manera general se indica que son aquellos de los cuales es titular el ser humano por el mero hecho de ser tal; de tal modo que estos derechos son inherentes al toda persona, cualquiera sea su raza, condición, sexo o religión.

Los derechos fundamentales están reconocidos, otorgados y garantizados por la Constitución ecuatoriana. Pueden ser exigidos, demandar su protección y respeto. Es por ello que el legislador debe tomar en cuenta cómo aplicar una norma sin el desmedro de los derechos fundamentales como la libertad. Así corresponde aplicar sanciones penales únicamente cuando la conducta sea de tipo penal. Por ello analizaré la libertad y seguridad social.

Gregorio Robles, estima que *"Los derechos fundamentales o derechos del hombre llamados clásicamente derechos naturales y en la actualidad morales, no son en realidad auténticos derechos;(protegidos mediante acción procesal ante un juez) sino criterios morales de especial relevancia para la convivencia humana, o mejor dicho, determinados derechos humanos, se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente y pasan a ser derechos fundamentales en un determinado ordenamiento jurídico*[71]". Este criterio es uno con los que no concuerdo, por la limitada tradicional observación que se hace, al denominarlos como los derechos del hombre, en donde sin duda se deja de incluir a lo mujer, o se cree que está inmersa dentro de este denotativo. Puede que sea mi posición solamente, pero estoy en el derecho de expresarla. En lo que si estoy de acuerdo es en que son criterios morales de especial relevancia para la convivencia humana, cuando estos están protegidos procesalmente dentro del ordenamiento jurídico.

[71] ROBLES, Gregorio, Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual; Editorial Civitas, S.A, Madrid, 1997, pág, 20

En este sentido podemos decir que todos los derechos establecidos en la normativa constitucional son derechos fundamentales los que podemos reclamar y ejercer.

Partiendo de estas premisas se puede decir que los derechos fundamentales son derechos garantizados por la Constitución, también atiende a los principios objetivos del orden constitucional que tiene influencia sobre el ordenamiento jurídico y legitima el poder estatal, generando su buena aplicación armonía en la sociedad.

Luigi Ferrajoli, expresa que derechos fundamentales son *"Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica*[72]*"* Cuando hace referencia a que le son inherentes a toda persona, es relevante señalar que no se hace ningún tipo de diferenciación, es propio que explique esta parte, pues si bien se dice que todos están en igualdad según las normas no siempre lo es en la igualdad material. Considero que en el afán de protección al trabajador, al empleador se le imponen penas no proporcionales.

Por ello los derechos se deben garantizar y hacer eficaz su ejercicio a través de los órganos jurisdiccionales. Ahora respecto de la libertad que tiene un

[72] FERRAJOLI, L. El fundamento de los derechos fundamentales, Madrid, 2005

espectro muy amplio, por lo que haré un esfuerzo para analizar de manera adecuada, así para Peces Barba “La libertad es el referente central y bóveda el fundamento de los derechos fundamentales al que apoyan, completan y matizan los otros valores de igualdad, seguridad jurídica y solidaridad”[73]. Esto lo dice en cuanto la libertad puede ser vista desde lo personal (ideología, movilidad, creencia religiosa) a lo social (asociación, organización, manifestación), y esta puede ser tanto subjetiva como objetiva, por ejemplo nuestros pensamientos, somos libres de pensar lo que deseemos (mientras estén en nuestra cabeza y no se exprese ese pensamiento, que podría ser una injuria a alguien), y en cuanto a la movilidad humana esta es objetiva y se interrumpe con la detención, por ejemplo por falta de una visa. Tenemos libertad de elegir nuestro trabajo, nuestra preferencia sexual, etc. La libertad tiene por idea obrar según la propia voluntad, respetando la ley y el derecho ajeno. Y como es tan amplia la gama de posibilidades que ofrece la libertad, es que para Peces es un referente central y bóveda a la que matizan otros valores fundamentales. Una de las consideraciones a tener en cuenta es que la libertad en un derecho fundamental importantísimo por ello es vital delimitar en el Derecho penal cuando se puede privar de la libertad a las personas, es así que considero que cuando hay medidas que aseguren el cumplimiento de obligaciones no debería recurrirse a la privación de la libertad, en el caso laboral, por ejemplo debería resolverse vía administrativa.

La categoría fundacional de la libertad permite desarrollar condiciones básicas para asegurar el desarrollo de la vida de la persona en sociedad. No implica

[73] PECES-BARBA, G. Curso de derechos Fundamentales. Teoría general. Madrid, 1999

que tenga una categoría de superioridad frente a otros derechos fundamentales, pero su privación o afectación debe ser aplicada por última instancia. En cuanto al derecho de seguridad social, su protección no puede ir en detrimento del derecho a la libertad, es decir que no se puede poner a sopesar dos derechos, cuando se ha entendido la categoría de cada cual.

Lo primero que hay que reconocer es que los derechos fundamentales son inherentes al ser humano, es decir que goza de un reconocimiento universal, y a pesar de estar o no dentro del ordenamiento de un país estos deberían ser respetados. Concuerdo plenamente con que a los seres humanos se les ha de reconocer sus derechos desde su existencia, sin embargo en la práctica, el ejercicio de estos derechos no se da de manera plena, lo que no implica que merme su importancia. Entonces considero que un estado es legítimo en tanto reconoce y garantice los derechos fundamentales.

En cuanto a la seguridad social que es otro derecho fundamental, se comprende que: "*El derecho a la seguridad social, es hoy un derecho plenamente reconocido por el Derecho Internacional de los derechos humanos. Se le reconoce a la persona por su sola condición de tal, de miembro de la familia humana, por tanto, inherente a su dignidad, a su valor de persona. No tiene ninguna relación con criterio profesional alguno. Este no es un derecho del trabajador, es un derecho de todo ser humano"*[74].Es importante este criterio y estoy totalmente de acuerdo, en cuando la seguridad social es un derecho humano básico no sólo reconocido a nivel internacional sino que también se

[74] NAVARRO, Román, El derecho fundamental a la seguridad social, papel del estado y principios que informan la política estatal en seguridad social, Vol.10 N.1, San José, 2002, Pág. 4

reconoce en la legislación de cada Estado. Y sin duda no es sólo para el trabajador sino para todos y todas. Concierne a toda la sociedad que debe estar protegida de riesgos.

Finalmente tomemos en cuenta los avances de derechos que han sido consecuentes con la lucha librada por distintos grupos humanos para reivindicar su derecho, en busca de mejores días para sí y sus familias. *"En la historia, cada conquista de derechos, cada progreso en la igualdad y en las garantías de la persona, han estado determinados por la revelación de una discriminación o de una opresión de sujetos débiles o distintos que se tornan, en cierto momento, intolerables. La persecución de los heréticos y la lucha por la libertad de conciencia al inicio de la edad moderna; luego, la de los disidentes políticos y la batalla por la libertad de imprenta y de opinión; más tarde, la explotación del trabajo obrero y las luchas sociales por los derechos de los trabajadores; después –todavía- la opresión y las discriminaciones de la mujer y las batallas por su emancipación y liberación. Siempre, en cierto momento, el velo de 'normalidad' que ocultaba las opresiones de los sujetos débiles ha sido desgarrado por sus luchas y reivindicaciones*[75]". Es importante reconocer que los derechos que se nos reconocen no han sido meros inventos de los legisladores, por el contrario ha sido parte de una lucha permanente de sectores que los reclamaban, sin duda los derechos obtenidos en la actualidad en el pasado nos fueron limitados o negados muchas de las veces por la condición social, cultural, económica, incluso religiosa. Es por ello que hay luchas permanentes para reivindicar los derechos fundamentales pues tienen

[75] FERRAJOLI, El garantismo y la filosofía…, cit., pp. 179-180. En el mismo sentido, FERRAJOLI, Luigi, "Jueces y política", en Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 7 (1999), p. 64.

una dimensión sustancial, que permite considerar la vida armónica, más justa y digna de una sociedad. Es oportuno señala entonces que la protección de un derecho no puede ir en detrimento de otro. Menos cuando no se justifica su restricción, me refiero precisamente a la presente investigación donde al empleador se le priva de la libertad, por el no pago correspondiente a la afiliación del seguro de su trabajador. Siendo estos dos derechos importantes se debe ser cauto con las medidas para asegurar su goce.

4.2.7. LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN APLICARSE ANTES DE IMPONER AL EMPLEADOR LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR FALTA DE AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR AL SEGURO.

Considero importante tomar en cuenta la aplicación de varios principios antes de aplicarse una pena, en el caso que me concierne, explicaré que antes de imponer la pena privativa de la libertad por la falta de afiliación del trabajador al seguro se podía primero analizar los principios de especialidad, lesividad y proporcionalidad.

EVANS Enrique, al respecto de la libertad manifiesta que: *"El derecho a la libertad personal se refiere a la libertad de la persona física en cuanto ser corporal en sí mismo, constituyendo un derecho matriz y residual, ya que protege las expresiones de libertad no asegurados específicamente por los demás derechos autónomos, posibilitando realizar todo aquello que es lícito. Disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad sin otras limitaciones que las que imponen el medio natural, los derechos de los*

demás y el ordenamiento constitucional.[76]" Cuando se hace referencia a la libertad personal se señala que es la libertad física de cada persona, quien puede hacer todo lo que desee mientras no atente contra las normas establecidas, es decir tiene libertad de movimiento, ello supone que podría viajar a donde esta le plazca, pero bien conocemos que existen requisitos para permanecer en determinados países, esto no desmerece la importancia de la libertad personal. La libertad precisamente corresponde a cada persona en tanto no afecte los derechos de los demás según lo establecido en los cuerpos legales.

Y en consecuencia de ser el caso de la restricción de la libertad, por el cometimiento de algún delito. Se debe tomar en consideración principios fundamentales. *"El efecto jurídico de los principios, principalmente como criterios de interpretación, es incuestionable y, en determinadas ocasiones se hace referencia expresa a ellos al determinar el razonamiento vinculante de los tribunales constitucionales con base en el tenor literal del texto, o en la Constitución en su integridad".*[77] Es el caso de empleador que se le priva la libertad, por la falta de pago de la afiliación al seguro del trabajador, que es una pena inconstitucional, precisamente porque no se toman en cuenta los principios como criterios de interpretación. Me refiero al principio de, especialidad, lesividad y proporcionalidad.

[76] NOGUEIRA Humberto, 2002, Pág.161
[77]Corte Constitucional del Ecuador, El nuevo constitucionalismo en América Latina, Primera edición, Quito, 2010.

Como parte de su modelo garantista considera que la pena privativa de libertad no debería tener un mínimo a imponer o al menos debería darse un mínimo bastante bajo y confiar en la fijación de la pena que realice el juzgador, considerando el caso concreto y los principios de lesividad necesaria y culpabilidad*: "Más difícil es medir el coste de las penas privativas de libertad: también una de estas penas breves puede en efecto procurar, aunque sólo sea por su carácter deshonroso, una aflicción superior a la ventaja proporcionada incluso por los delitos no leves. Por esta razón, las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley"*[78]. Es válida la apreciación que hace Ferrajoli, pues que las penas privativas de libertad dependen estar debidamente justificadas, y el tiempo que se les impone a quienes hayan incurrido en faltas debe estar conforme a todo un andamiaje de doctrinas y estudios jurídicos sobre la materia Por ello corresponde al Estado como el ejecutor del Ius Puniendi que analice las formas y criterios para determinar las sanciones, recordando que no todos los casos son homogéneos, y que sin embargo siendo la Constitución fuente principal de creación de normas todas han de adecuarse a sus preceptos. Así no se impondrán penas ni sanciones que sean inaplicables. Finalmente corresponde al juez la elección de la pena y esta debe ser justa como legítima.

[78] FERRAJOLI, Derecho y razón…, cit., p. 400. Para ÁLVAREZ GARCÍA esta propuesta es excesiva por considerar que deposita la confianza en jueces ideales y amplía los marcos penales desmesuradamente sin expresar los criterios que debería seguir el juzgador, lo que además podría generar desconfianza en la población acerca de las posibles reacciones del ordenamiento jurídico frente a una conducta infractor. (ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español, Granada, Comares, 2001, pp. 203- 205).

4.2.7.1. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Se debe aplicar la ley penal estrictamente aplicable al caso concreto. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

El principio de especialidad normativa como destaca N. BOBBI hace referencia *"a la materia regulada, al contenido de la norma, y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género*[79]*".* Es entonces la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad. Considero entonces que es innecesario aplicar la materia penal en el caso en que el empleador no cubre el pago de afiliación al seguro de su trabajador. Porque esto corresponde a la materia laboral. Y en el caso ecuatoriano dentro del Código de Trabajo existen las medidas que se deben tomar en caso de la faltas cometidas por el trabajador como empleador, es decir se regula la relación entre estas partes.

Por otro lado también es importante considerar que: "La norma especial está jerárquicamente supra-ordenada a la general. Hay casos en que la norma especial deroga a la norma general a ella subordinada, sin provocar su invalidez, (si la norma general fuese sin más invalida, entonces estaría

[79] N. BOBBIO: Contribución a la Teoría del Derecho, Ob. Cit., Pág. 344.

operando el principio jerárquico y no el criterio de especialidad)”[80]. Ello implica que no siempre se puede decir que va a generar la invalidez de otra norma simplemente ayuda a analizar cual norma es aplicable de preferencia según el caso.

4.2.7.2. PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

El principio de lesividad es también llamado de la objetividad jurídica. Este principio señala que para que una conducta determinada se configure como delito, primero debe de existir un daño a un bien jurídico legalmente protegido.

A través de este principio se controla la función de la creación de nuevos delitos, obligando al legislador a definir el bien jurídico que se quiere proteger a través de la ley penal. Su importancia radica en que la protección del bien jurídico es la razón que legitima la intervención penal. *“El principio de lesividad exige que el derecho penal sólo regule aquellas conductas humanas que sean socialmente relevantes. Por tanto, han de ser acciones que tengan un impacto social, que no se circunscriban únicamente a la esfera privada”*[81]. Valioso principio es el de la lesividad pues procura que las conductas realmente dañinas a la sociedad sean tratadas en el ámbito penal, no es deber del la ley penal contener conductas que pueden ser tratadas mediantes normas ordinarias. El principio de lesividad veta a su vez la prohibición y penalización de comportamientos meramente “inmorales” o de estados de ánimos o, incluso, apariencias peligrosas. Como es el caso que ocupa la presente investigación

[80] GUASTINNI, Riccardo, Antinomias y lagunas. México, 2000, Pág, 443
[81] https://iusinvocatio.wordpress.com/2011/03/06/principio-de-lesividad/ Consulta martes 20 de octubre de 2015

donde al empleador por no cumplir con la afiliación se le priva de la libertad. Es oportuno recordar que el bien jurídico tiene como función particular y preponderante la protección de las relaciones interindividuales y sociales. Y normas sin sustentos profundos generan anomalías jurídicas.

4.2.7.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Hay que distinguir que las penas establecidas por el legislador han de tener algunas exigencias como que la pena sea proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada y que la proporcionalidad se meda en base a la importancia social del hecho.

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. *"El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación, el único que interesará en este texto. El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina "ley de la ponderación" y que se puede formular de la siguiente manera: "Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro."*[82] Esta aplicación de la ponderación concierne a un alto grado de conocimiento de

[82] ALEXY, Robert, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. La fórmula del peso, Primera edición. Editor Miguel Carbonell, Quito. Ecuador, 2009

derecho y su racional aplicación. Justifica la limitación de algún derecho frente a otro, por ello debe ser usado de forma correcta. Alexy Robert nos brinda una forma para ponderar cuando señala que cuando mayor sea el grado de no satisfacción de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

Finalmente hay que tener presente que "…el principio de proporcionalidad opera como un límite a todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales, tiene rango constitucional. Tal derivación del Estado de Derecho, es en virtud del contenido esencial de los derechos que no pueden ser limitados más allá de lo imprescindible para la protección de los intereses públicos"[83]. Por ello el Estado no por procurar por cumplir con su rol de Estado benefactor debe imponer medidas que no estén justificadas, debe tomar en cuenta la Constitución ante todo para no limitar en ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

4.3. MARCO JURÍDICO.

En el marco jurídico el principal sustento sobre el cual se basa la presente tesis corresponde a la supremacía constitucional, pues la normativa deja claro que ésta prevalece y no ha de entrar en contradicción con normas que no se adecuen a lo que en ella establece. También el estudio del derecho internacional permite ver las normas que atienden a seguridad social, al trabajo y a la privación de la libertad.

[83] NOGUEIRA, Alcalá, Humberto, Dogmática constitucional, Talca, Editorial Universidad de Talca, 1997, Pág.184.

4.3.1. EL TRABAJO, LA SEGURIDAD SOCIAL, Y LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD, CONFORME A LO CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

Mencionaremos algunas de las normas de la Constitución ecuatoriana que hacen referencia al trabajo, seguridad social y la privación de la libertad. En primer lugar tenemos al artículo 32 donde se manifiesta "*La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física,* ***el trabajo, la seguridad social****, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir*[84]". En primer término se puede establecer que la salud es un derecho garantizado por el Estado, lo que se vincula con la protección del derecho al trabajo como de la seguridad social.

La sección octava respecto del trabajo y seguridad social en el Art. 33.- ***El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía****. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado*[85]*".* Concuerdo con este artículo pues reconoce que el trabajo es un derecho y un deber social, económico que permite que las personas logren su realización, siendo por tanto base de la economía. Es importante entonces la protección que para el Estado constituye el derecho al trabajo y la garantía que ser ejercido con dignidad.

[84] ECUADOR, CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 32. Pág. 13.
[85] ECUADOR, CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 33. Pág. 13.

Así mismo en la Constitución en el artículo Art. 34. "***El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado****. La seguridad social se regirá e por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo*[86]*".* Un artículo de importancia sin duda porque contempla que la seguridad social se debe dar a todos y todas, sus alcances los contempla para las personas que ejecutan el trabajo no reenumerado en los hogares y en la actualidad sabemos que ya existe el mecanismo para que ingreses al sistema de seguro. Este artículo permite dilucidar los principios con los que se debe ejecutar como el de obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, entre otros, y precisamente considero que al establecerse dentro de la norma penal las contravenciones al trabajo ya se genera una ineficiencia, puesto que su aplicación no corresponde a la materia penal y por otro el endurecimiento de las sanciones no asegura la efectividad de la protección del trabajador y su afiliación al seguro. .

Podemos también analizar también el articulado que protege a las amas de casa para que sean afiliadas, así el artículo 333 *"reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se*

[86] Ibídem, Art. 34. Pág. 13

*realiza en los hogares….**La protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar**, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley*[87]*".* Este artículo muestra el afán de asegurar a la población que ha sido históricamente olvidada, considero que este es un gran avance, puesto que a la mujer es a quien se le ha relegado la tarea de cuidar el hogar y nunca se le reconoció algún mérito por ello, pues se suponía que su único papel era el de casarse, criar a los hijos y cuidar del esposo, sin embargo en la actualidad los roles que ejecuta la mujer con de igualdad y ello implica también el derecho reconocido a la seguridad social.

En la sección tercera sobre la seguridad social en el Art. 367 se establece que "***el sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población**. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales*[88]*".* Es oportuno indicar que el sistema de seguridad social es público y universal por lo tanto se señala que se asegurará al mismo a través de los regímenes especiales para el efecto, esto por el fin de atender las necesidades que surjan respecto del ejercicio del trabajo que ejecuten, es decir para que todos y todas estén protegidos.

Dentro de nuestra Constitución en el Art. 368 se estipula que: *"El sistema de seguridad social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base*

[87] ECUADOR, CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 333. Pág. 59.
[88] Ibídem, Art. 367, Pág. 63.

en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia. El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social[89]*".* Es deber del Estado la seguridad social y por eso las normas, regulación y control lo ejecutarán a través de sus instituciones.

Otra norma constitucional está contenida en Art. 369. ***"El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley***[90]***".*** Es importante señalar que cubre el seguro, pues así el trabajador conoce en qué áreas será protegido y por supuesto los alcances de su seguro. En el caso ecuatoriano se establece claramente las contingencias que cubre el seguro.

Art. 371 "***Las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores***[91]*".* Por supuesto al tener bajo relación de dependencia un empleador al trabajador, ha de asegurarle conforme lo estipulado en la ley, y dar el rubro correspondiente.

Finalmente recordemos que en cuanto a las penas privativas de libertad la Constitución en el artículo 77 en el numeral 1 se estipula que "*la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el*

[89] ECUADOR, CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 368. Pág. 63.
[90] Ibídem, Art. 369, Pág. 64.
[91] Ibídem, Art. 371, Pág. 64.

tiempo y con las formalidades establecidas en la ley[92]*"*. Si bien es cierto que esta norma hace referencia al proceso penal, es una norma clara, pues dice que debe aplicarse excepcionalmente aún tratándose ya en el ámbito penal. Ni si quiera comprendería la materia laboral tener que ventilarse en procesos penales, al menos no en el caso de falta de afiliación al seguro.

4.3.2. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD; EL DERECHO AL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL, CONFORME A LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES.

Considero que los tratados y convenios internacionales son de importancia en cuanto a través de ellos podemos analizar los avances en materia de derechos que acontecen en otros países y a los que podemos adherirnos. Precisamente cuando estos ya están en un cuerpo legal destinado para su ratificación.

Por ello analizaremos algunos tratados y convenios en donde se contempla el derecho al trabajo y seguridad social, tomando como ayuda la información que ha sido copilada por las NACIONES UNIDAS COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. "*El Consejo de Administración de la OIT ha establecido que ocho convenios son "fundamentales". Estos abarcan temas que son considerados como principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Estos principios también*

[92] ECUADOR, CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 77 en el numeral 1. Pág. 22.

están incluidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). En 1995, la OIT lanzó una campaña para lograr la ratificación universal de estos ocho convenios. Existen en la actualidad más de 1.200 ratificaciones de estos convenios, lo que representa el 86% del número posible de ratificaciones[93]". Al existir un organización encargada de velar por los derechos de los trabajadores permite analizar sus avances, justamente en esta cita se nota cuales son los principales convenios que se procuraron ratificar, todos ellos se refieren a la libertad de asociación sindical, la negociación colectiva, eliminación de trabajos forjados e infantil; entre otros.

En uno de los instrumentos internacionales más importantes como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)**.** En el Artículo 22: "*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social***,** *y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*[94]". Importante sin duda que en la declaración universal de los derechos humanos se contemple la seguridad social, y se convide a las naciones a procurar el ejercicio pleno de estos derechos pues son indispensables para la dignidad del ser humano y bienestar.

También hay una selección de instrumentos pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo. Como el convenio sobre la seguridad social. 1954

[93] MARCO, Flavia, "Impacto de género de la reforma de pensiones en América Latina". Instrumentos internacionales que consagran el derecho a la previsión social. Chile, 2002.
[94] Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

que comprende las nueve ramas principales de la seguridad social, es decir, asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familia, maternidad, invalidez, y prestaciones de sobrevivientes.

Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012: Este instrumento proporciona orientaciones para establecer y mantener pisos de seguridad social y para poner en marcha pisos de protección social en el marco de estrategias de extensión de la seguridad social a niveles más elevados para el mayor número de personas posibles, según las orientaciones de las normas de la OIT relativas a la seguridad social.

Y otros convenios como sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982: Estos instrumentos disponen algunos derechos y prestaciones de seguridad social para los trabajadores migrantes que hacen frente al problema de pérdida de los derechos a las prestaciones de la seguridad social de que gozaban en su país de origen. La decisión 584 Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954).

El Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966): Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social. *"Derecho a la seguridad social y al seguro social. Se refiere al derecho a gozar de la red de servicios de seguridad social en casos de enfermedad, paternidad, viudez, desempleo,*

invalidez, etcétera, y al mecanismo que hace posible el sostenimiento del sistema, el abono continuo de los patrones sobre una parte del salario de los trabajadores, para que accedan a esas prestaciones[95]". Este pacto es importante porque señala la responsabilidad del "patrón" de abonar continuamente una parte del salario destinada al trabajador para el seguro. Esto es para que el trabajador esté asegurado en casos de enfermedad, desempleo y otros tipos de riesgos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) Artículo 16: "*Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia*[96]". Este es un artículo importante porque indica que toda persona tiene derecho a la seguridad social para estar protegido de eventualidades como el desempleo, o de consecuencias como la vejez, que impida física o mentalmente obtener su subsistencia.

4.3.3. CÓDIGO ORGÁNICO PENAL INTEGRAL RESPECTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

El Código Orgánico Integral Penal en su Artículo 19 determina.- Clasificación de las infracciones. "*Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones.*

[95] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Primera edición, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México. 2012
[96] DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948

Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días. Contravención es la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días"[97]*.* Considero que las penas y el tiempo correspondiente deben adecuarse al bien jurídico lesionado, en el caso del empleador que no abone el pago de afiliación del trabajador al seguro no justifica ninguna pena de tipo privativa de libertad.

Se debe tomar en cuenta que la pena privativa de libertad por lo general se la vincula con un proceso penal así*: "Se denomina pena privativa de libertad a un tipo de pena impuesta por un juez o tribunal como consecuencia de un proceso penal y que consiste en quitarle al reo su efectiva libertad personal ambulatoria (es decir, su libertad para desplazarse por donde desee), fijando que para el cumplimiento de esta pena el sentenciado quede recluido dentro de un establecimiento especial para tal fin".* [98] Es vital comprender que quien cumple con penas privativas de libertad lo hace en establecimientos especiales para este fin. Sin embargo en el país el sistema penitenciario muestra hacinamiento entre otros factores que no hacen propicio que se tenga precisamente que adecuar conductas al tipo penal. Pues no es necesario y esto conlleva agravar las problemática latente en los centros de privación de la libertad. Me refiero a que el empleador que por incumplir con la afiliación deberá permanecer en estos sitios. Y si el legislador pretende amedrentar con este tipo de sanciones es lamentable pues el derecho no es juego.

[97] ECUADOR, CÓDIGO INTEGRAL ORGÁNICO PENAL, Ley Cit. Art. 19, Pág. 39
[98] https://es.wikipedia.org/wiki/Pena_privativa_de_libertad Consulta el 20 de octubre de 2015

Artículo 51 referente a la pena. *"La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada*".[99] Explica que la pena afectará la libertad como a sus derechos en consecuencia de los actos que esta haya cometido, siempre y cuando mis mismos sean punibles. Por lo que son responsables de los mismos y han de recibir mediante el órgano competente una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Contravención contra el derecho al trabajo. Artículo 244.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- *"La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada[100]".* Si bien se la establece como contravención, este artículo no encuentra una justificación para estar contenido con pena privativa de libertad, pues la conducta del empleador no corresponde al tipo penal punible. Y desde otro punto de vista recordar que si bien no se pone de manifiesto que la prisión es por deuda, al manifestar "no abone" comprende la falta de pago por lo que recurrimos al texto constitucional donde claramente se manifiesta que no puede privarse de la libertad por deudas.

[99] ECUADOR, CÓDIGO INTEGRAL ORGÁNICO PENAL, Ley Cit. Art. 51, Pág. 18
[100] ECUADOR, CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Ley Cit. Art. 244

4.3.4. LEY DE SEGURIDAD SOCIAL RESPECTO DE LA AFILIACIÓN

La Ley de Seguridad Social en su Artículo 73 prevé.- INSCRIPCIÓN DEL AFILIADO Y PAGO DE APORTES.- *"El empleador está obligado, bajo su responsabilidad y sin necesidad de reconvención, a inscribir al trabajador o servidor como afiliado del Seguro General Obligatorio desde el primer día de labor, y a remitir al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince (15) días, con excepción de los empleadores del sector agrícola que están exentos de remitir los avisos de entrada y de salida, acreditándose el tiempo de servicio de los trabajadores únicamente con la planilla de remisión de aportes, sin perjuicio de la obligación que tienen de certificar en el carné de afiliación al IESS, con su firma y sello, la fecha de ingreso y salida del trabajador desde el primer día de inicio de la relación laboral. El incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con el Reglamento General de Responsabilidad Patronal[101]".* De la normativa expuesta podemos sacar algunas premisas importantes entre ellas en el caso de la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impone una pena si bien tipificada en el Código Orgánico Integral Penal, la misma no es acorde a lo estipulado en la Constitución del Ecuador. Por ello en el desarrollo formal de la investigación también analizaré el papel punitivo del Estado como la proporcionalidad de las penas entendiendo que el Sistema Penal es aquel control social punitivo institucionalizado, que abarca desde la sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena. En donde por las características propias del Derecho Penal se debe considerar su naturaleza propia.

[101] LEY DE SEGURIDAD SOCIAL, Registro Oficial Suplemento 465 de 30 de Noviembre del 2001, reformado al 26-sep-2012, Art. 73, Pág 52

Finalmente la ley debe demostrar su aplicabilidad a la realidad en la que nos desenvolvemos por lo que se tomará en cierta medida en cuenta la actual estructura del sistema penitenciario.

En Colombia la ley 100 "*El Sistema de Seguridad Social Integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten"*[102].Comprender que es para garantizar derechos irrenunciables, y esto no significa para su consecución limitar otros, como es el caso de la normativa ecuatoriana que con pena privativa de libertad pretende consolidar un sistema de seguridad social justo.

4.3.5. **CÓDIGO DE TRABAJO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR SOBRE EL CONTROL DE LA AFILIACIÓN**

Considero que corresponde la solución de conflictos que se generen entre empleador y trabajador, se han de discurrir en materia laboral y no penal, de ser el caso a las sanciones es menester del organismo encargado para el efecto la eficacia de las relaciones entre estos.

Y precisamente en el Código de Trabajo en el artículo 627 de *las "sanciones y multas que impongan las autoridades del trabajo deberán constar en acta, en la cual se indicarán los motivos que determinaron la pena. En todo caso, antes de*

[102] LEY 100 DE 1993, Colombia

imponerlas, se oirá al infractor[103]". En este artículo consta que corresponde a las autoridades del trabajo establecer las sanciones y multas, las mismas que deberán estar motivadas para determinar una pena.

Y siendo materia principal la afiliación se prevé en el artículo Art. 412 numeral 5 que "*se ejercerá control de la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y de la provisión de ficha de salud. Las autoridades que corresponde, bajo su responsabilidad y vencido el plazo prudencial que el Ministerio de Trabajo y Empleo concederá para el efecto, impondrán una multa de conformidad con el artículo 628 de este Código al empleador, por cada trabajador*[104]*".* Dentro del Código de Trabajo se estipulan las sanciones, y al contenerlas en el Código Orgánico Integral Penal esto entorpece la aplicación de las normas, sobre todo cuando se imponen sanciones que no son acordes.

Finalmente recordar que el articulo 627 manifiesta que en *"Caso de violación de las normas del Código del Trabajo.- Las violaciones de las normas de este Código, serán sancionadas en la forma prescrita en los artículos pertinentes y, cuando no se haya fijado sanción especial, el Director Regional del Trabajo…Para la aplicación de las multas, se tomarán en cuenta las circunstancias y la gravedad de la infracción, así como la capacidad económica del trasgresor".* Con esta norma se hace incensario lo contemplado en el COIP.

[103] ECUADOR, CÓDIGO DEL TRABAJO, Codificación 17, Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic-2005 Ultima modificación: 26-sep-2012, Estado: Vigente, Art. 627. Pág. 154
[104] ECUADOR, CÓDIGO DEL TRABAJO, Ley, Cit, Art. 412 numeral 5.

4.3.6. LEGISLACIÓN COMPARADA

Diferentes son las normativas encontradas en otros países respecto de la seguridad social y de la sanción para quien la incumpla, analizaremos precisamente tres países y su normativa. Colombia, Chile y Bolivia.

4.3.6.1. LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Según el Código Colombiano: Le corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a través del Director Técnico de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, imponer las sanciones.

En el Código Sustancial de Trabajo en el artículo 57 sobre las obligaciones especiales del empleador estipula que el empleador debe afiliar al Instituto de Seguros Sociales a todos los trabajadores. Decreto ley 1295 de 1994 "*La afiliación de los trabajadores dependientes es obligatoria para todos los empleadores*[105]". En este artículo se establece la responsabilidad del empleado de asegurar a sus trabajadores.

Y la sanción que prevén es que la no afiliación y el no pago de dos o más períodos mensuales de cotizaciones, le acarreará al empleador multas, sucesivas mensuales de hasta quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

[105] COLOMBIA, CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, Art. 57. Pág. 11.

En caso que no se hubiese corregido el riesgo, dentro de los términos que señale el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se procederá a ordenar la suspensión de actividades hasta por seis meses. Transcurrido este término, la Dirección Técnica de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social determinará el cierre definitivo de la empresa o actividad económica.

Del análisis de esta normativa considero relevante señalar que me parece un mecanismo eficaz para lograr que se asegure a los trabajadores y sobre todo las sanciones son adecuadas y hacen que finalmente se cubran las obligaciones del trabajador para con el trabajador. Cuando se dice el cierre definitivo esto asegura que se agoten las instancias previas para no llegar a esta sanción y me parece efectiva.

4.3.6.2. LEGISLACIÓN CHILENA

En su normativa se señala que corresponderá a la Dirección del Trabajo la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones.

Y en el Código de Trabajo en el artículo 209 se estipula que *"el empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*[106]". Es de relevancia señala que el empleador es el responsable de pagar las obligaciones para afiliar a los trabajadores

[106] CHILE, CÓDIGO DE TRABAJO Dirección del Trabajo, Chile. Edición actualizada al 31 de diciembre de 2015.

precisamente contra riegos de trabajo como accidentes y enfermedades profesionales.

Y de conformidad con lo previsto en el artículo 19 del D.L. Nº 3.500, de 1980, las cotizaciones previsionales deben ser declaradas y pagadas por el empleador en la Administradora de Fondos de Pensiones, dentro de los diez primeros días del mes siguiente a aquél en que se devengaron las remuneraciones. El inciso 5º del señalado artículo establece que si el empleador no efectúa oportunamente la declaración de las cotizaciones previsionales, o si ésta es incompleta o errónea, es sancionado por los Servicios del Trabajo con una multa a beneficio fiscal de 0,75 unidades de fomento por cada trabajador cuyas cotizaciones no se declaren o cuyas declaraciones sean incompletas o erróneas.

Esta normativa también me parece propicia y aplicable, pues se le irá aplicando multas y es que en Chile poseen una Superintendencia de Seguridad Social que *"es un organismo autónomo del Estado, a cargo de fiscalizar el cumplimiento de la normativa de seguridad social y garantizar el respeto de los derechos de las personas, especialmente de los trabajadores, pensionados y sus familias[107]".* Que sin duda dará cumplimiento a lo que estipulan las normas.

4.3.6.3. LEGISLACIÓN BOLIVIANA

En Bolivia existe un Decreto Supremo 21615, de 29 de mayo de 1987 donde se manifiesta que los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, sancionarán las

[107] http://www.suseso.cl/ Superintendencia de Seguridad Social de Chile. Consultado: Noviembre 28 de 2015.

infracciones a leyes sociales, con multas de BOLIVIANOS UN MIL A BOLIVIANOS DIEZ MIL, según los casos individuales de infracción. En este caso la legislación de Bolivia contempla una sanción de tipo pecuniaria.

También cuentan con una Ley General de Trabajo que en su artículo 97 estipula que "*se instituirá para la protección del trabajador en los casos de riesgo profesional, el Seguro Social Obligatorio, a cargo del patrono*[108]". Señala quien es el responsable de asegurar al trabajador indicando que es el patrono o empleador.

Y en ese sentido en el Código de Seguridad Social: artículo 3 "*se comprende que el Seguro Social tiene por objeto proteger a los trabajadores y sus familiares en los casos siguientes: a) enfermedad; b) maternidad; c) riesgos profesionales; d) invalidez; e) vejez; y f) muerte*[109]". Este artículo nos permite distinguir cuales son los beneficios del seguro en Bolivia, y los casos están señalados de manera específica.

Y en el Reglamento al Código de Seguridad Social. Artículo 592 se estipula que *"son infracciones imputables a los empleadores, en forma simplemente enunciativa, las siguientes: a. Incumplimiento de la inscripción patronal; y b. No asegurar ni afiliar oportunamente al trabajado*"[110]. Por lo que en el artículo 593 se manifiesta que las infracciones cometidas por los empleadores darán lugar a las siguientes sanciones: *"a. Multas de doscientos mil a cien millones de*

[108] LEY GENERAL DEL TRABAJO DEL 8 DE DICIEMBRE DE 1942, Art. 97. Pág. 13
[109] BOLIVIA, Código de Seguridad Social Ley de 14 de Diciembre de 1956, Art. 3. Pág. 2.
[110] REGLAMENTO DEL CÓDIGO DE SEGURIDAD SOCIAL Decreto Supremo 5315 (30-Septiembre-1959) (Vigente), Bolivia. Art. 592, Pág. 126

bolivianos de acuerdo a la gravedad de la infracción; b. Apremio hasta el cumplimiento forzoso de la obligación; c. Arresto de uno a treinta días de acuerdo a la gravedad de la falta o el desacato; d. Intervención o cierre definitivo de la empresa[111]".

De estas legislaciones se desprende algunos factores importantes entre ellos es que depende del Estado y su realidad la imposición de las penas, así en Colombia y Chile si bien el trabajador es protegido por los sistemas legales, la sanción al empleador es netamente pecuniaria, con la que concuerdo, pues el Estado a través de sus distintas instituciones puede hacer efectivo el cobro. Incluso se habla del cierre definitivo de la empresa en el caso Colombiano. Mientras que en Chile se aumentaría un rubro mientras no se haga efectivo el pago.

En Bolivia el caso es distinto, pues aquí si se establece penas que prevén arresto sin embargo no dice que sea por no afiliar al trabajador, deja a discreción del órgano competente analizar la gravedad de la falta. Considero que las tres normas son propicias y justas.

[111] Ibídem, Art. 593, Pág. 127

5. MATERIALES Y MÉTODOS

En el proceso de investigación jurídica utilicé los distintos materiales y métodos que la investigación científica proporciona, los mismos que me ayudaron a comprender y analizar de mejor manera la problemática planteada: "DERÓGUESE EL ARTÍCULO 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RESPECTO DE LA FALTA DE AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL."

De esta manera me permito indicar a continuación la aplicación de los distintos materiales y métodos utilizados en la presente investigación jurídica.

5.1. MATERIALES

En este trabajo de investigación jurídica lo argumenté de manera documental, bibliográfica y de campo, al tratarse de una investigación de carácter jurídica utilice textos y materiales relacionados con la supremacía constitucional, el Ius Puniendi, la seguridad social, el trabajo y el derecho penal en general.

Las fuentes bibliográficas fueron utilizadas acorde al avance y esquema trazado para la fundamentación de la presente investigación, es preciso mencionar que en la revisión de literatura, marco conceptual, se utilizó diccionarios, enciclopedias jurídicas y texto que ayudaron a la conceptualización de los diferentes términos que la investigación requiere.

En el marco doctrinario, utilicé libros y revistas de respetables juristas en el campo del Derecho constitucional, seguridad social y Derecho penal, conocimientos y criterios que permitieron realizar una fundamentación ordenada y pertinente respecto a la problemática investigada. En cuanto al marco jurídico utilice los cuerpos legales vigentes en nuestro país como la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Penal Integral, Ley de Seguridad Social, Código de Trabajo.

Internet es una valiosa fuente de consulta e investigación en el presente trabajo investigativo, me permitió agilidad en la información como variedad, puesto que reconocidas universidades a nivel internacional comparten su información a través de esta herramienta.

5.2. MÉTODOS

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica un proceso ordenado que ayuda a cumplir con los objetivos planteados, recordando que el método es el camino a seguirse en la investigación, pues nos permite llevar en forma responsable, ordenada y confiable el proceso de investigación científica.

En el presente caso realicé una investigación del Derecho penal en cuanto a las penas privativas de libertad por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, como se determina en la problemática. Al respecto me

permito describir los métodos utilizados y su influencia en este trabajo investigativo.

Método Científico.

La utilización de este método me permitió determinar el tipo de investigación jurídica a realizar, comprobar y determinar la hipótesis planteada. Pues luego de todo el proceso investigativo se obtuvo resultados.

Método Histórico.

La aplicación de este método me permitió vincularme con el conocimiento de la evolución histórica y tendencia actual del derecho laboral como el penal, así también poder entender el carácter con que se aplica la normativa constitucional.

Método Inductivo.

El uso de este método me permitió tener un conocimiento particular de los hechos, carente de prejuicios que utilice para determinar si existe la o no una afectación al desarrollo económico por la sanción de privación de libertad al empleador que no afilie a su trabajador.

Método Deductivo.

La utilización de este método permitió tener permitió abordar el estudio desde los conocimientos generales para poder llegar a la comprensión particular de los mismos, comprendió en análisis de las diferentes teorías y doctrinas para generar mi propio criterio.

Método Analítico.

La aplicación de este método en mi investigación me permitió realizar un análisis concreto sobre los datos obtenidos de la encuesta y entrevista aplicada.

5.3. **PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS**.

De manera general el material documental fue empleado mediante las fichas bibliográficas y nemotécnicas. También la investigación de campo, a través de la aplicación de 30 encuestas y cinco encuestas a una muestra de la población permitió valorar los resultados. La observación y la técnica estadística de presentación de datos, por medio de diagramas comparativos de sectores, donde los resultados se expresan en porcentajes. Me fue fundamental para sustentar mi investigación. Por supuesto las entrevistas a funcionarios del Ministerio de Trabajo como a abogados en libre ejercicio afianzaron criterios que se formularon en la investigación.

6. RESULTADOS

6.1. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.

En el desarrollo del presente trabajo investigativo he optado por la aplicación de encuestas para la recolección de información, las mismas que han sido aplicadas a treinta profesionales entre ellos abogados, juristas y docentes, que constaron un total de cinco preguntas. Esta metodología utilizada me permitió conocer las diversas opiniones que tienen los abogados, juristas y docentes respecto de su postura jurídica frente a la inconstitucionalidad de la pena privativa de libertad al empleador que por no haber afiliado a su trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

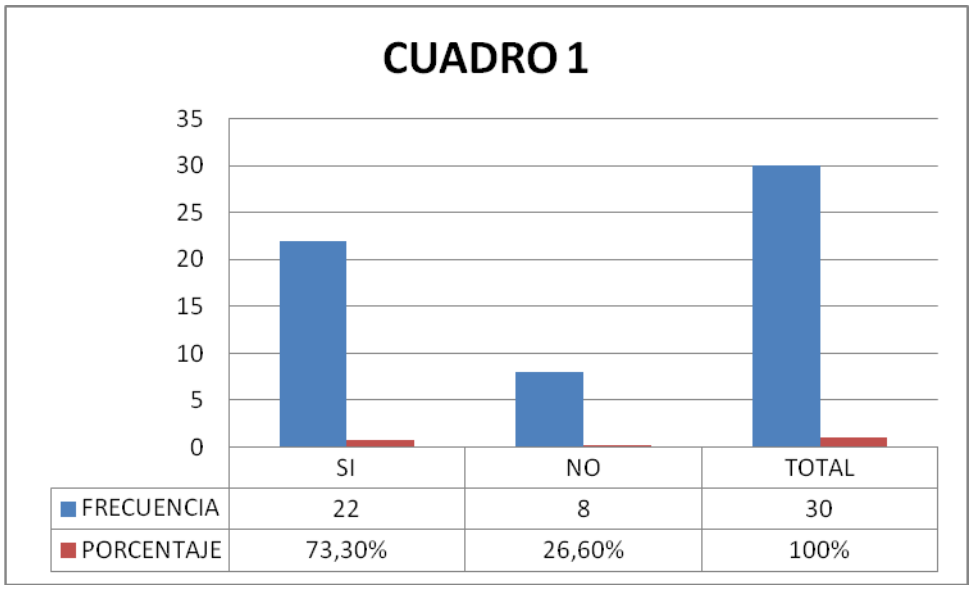
Al mismo tiempo las preguntas planteadas permiten dar sustento a los objetivos propuestos en el proyecto de investigación. Presentaré los resultados de las encuestas, los mismos que se desarrollan de la siguiente forma:

1. **El artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, contempla que "La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. Mientras que en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 29 literal c) "Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias", estima usted que el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, es inconstitucional?**

CUADRO 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	22	73,3%
NO	8	26,6%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Responsable: Gabriela Cabrera León



Interpretación:

Los resultados obtenidos en esta interrogante, conforme se puede observar en el cuadro estadístico y gráfico que anteceden, demuestran que de las treinta personas encuestadas, 22 de ellas que corresponde al 56,6% consideran que si es inconstitucional la pena privativa de libertad al empleador por el no pago de la afiliación del trabajador, mientras que 8 personas de la población encuestada que corresponden al 26,6%, manifiestan que no es inconstitucional.

Análisis:

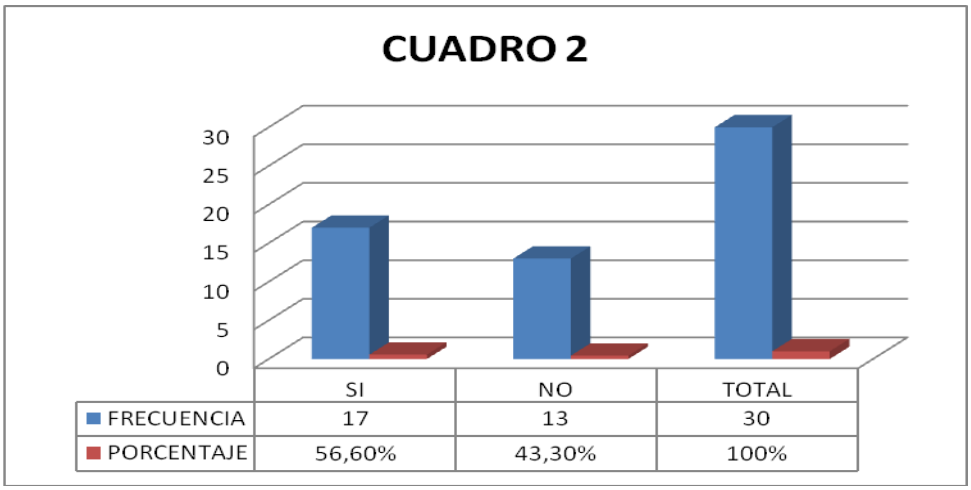
De acuerdo a los resultados, la mayoría del universo encuestado, consideran que conforme lo establecido en la Constitución al no haber prisión por deudas el empleador no debería ser privado de su libertad, en tanto que quienes consideran que no es inconstitucional sostienen que es parte de la protección al trabajador por lo tanto no se contradice a lo estipulado en la norma constitucional.

2. **¿Considera usted, que al sancionar al o la empleador (a) con pena privativa de libertad de tres a siete días, se ha reducido la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?.**

CUADRO 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	17	56,6%
NO	13	43,3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Responsable: Gabriela Cabrera León



Interpretación:

Los resultados obtenidos en esta interrogante, conforme se puede observar en el cuadro estadístico y gráfico que anteceden, demuestran que de las treinta personas encuestadas, 17 de ellas que corresponde al 56,60% consideran que si se ha reducido la falta de afiliación pues consideran que al ser las penas más fuertes estas generan temor, por lo que se ven obligados afiliar al trabajador, mientras que 13 personas de la población encuestada que corresponden al 43,30%, manifiestan que por el contrario se generan mecanismos a través de los cuales contratan personal pero para periodos cortos con el fin de no afiliarles.

Análisis:

De acuerdo a los resultados, la mayoría del universo encuestado, consideran que si se reduce la falta de afiliación, pues hay temor por parte de los empleadores de incurrir en la no afiliación pues irían a prisión, en tanto un porcentaje menor considera que no depende de lo que se estipule pues la cultura general conoce sus mecanismos para operar sin necesidad del respeto de la ley. Estoy de acuerdo con la mayoría de las personas encuestadas que señalan que es por la dureza de la pena que los empleadores prefieren no tener a su cargo más trabajadores para evitar afiliarles.

3. ¿Estima usted, que al aplicarse la normativa contenida en el artículo 244 del (COIP):

a) Se vulnera el derecho a la libertad de las personas.

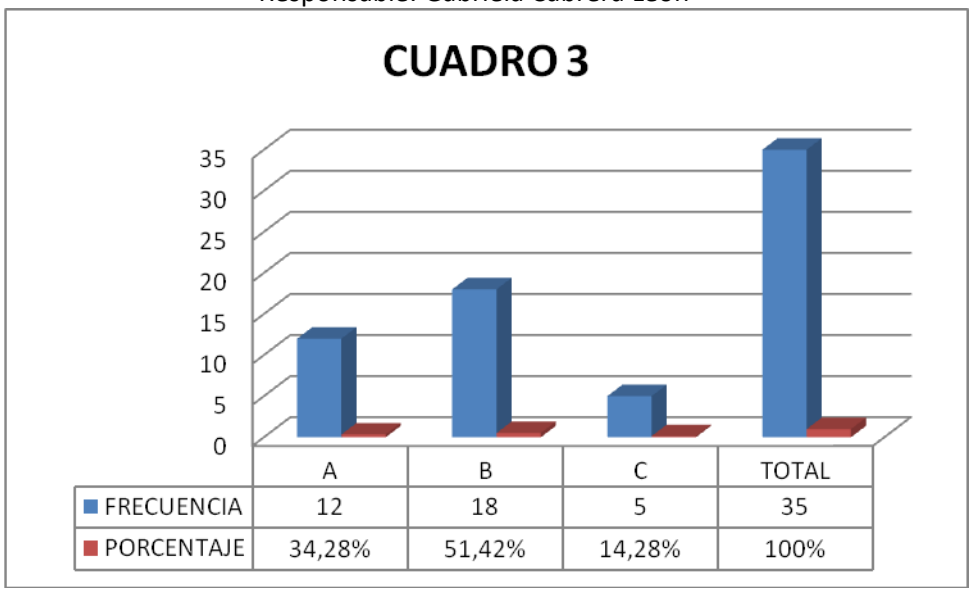
b) Limita la contratación de personal.

c) Es perjudicial para el trabajador.

CUADRO 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
A	12	34,28%
B	18	51,42%
C	5	14,28%
TOTAL	35	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Responsable: Gabriela Cabrera León



Interpretación:

Los resultados obtenidos en esta interrogante, arrojan tres parámetros el primero corresponde a quienes consideran que se vulnera el derecho a la

libertad de las personas que son 12 personas equivalente al 34,28%, el segundo literal corresponde a quienes creen que se limita la contratación de personal, que son 18 personas que da un porcentaje de 51,42% y finalmente el tercer literal que corresponde a quienes creen que es perjudicial para el trabajador, que es de 5 personas correspondiente al 14,28%.

Análisis:

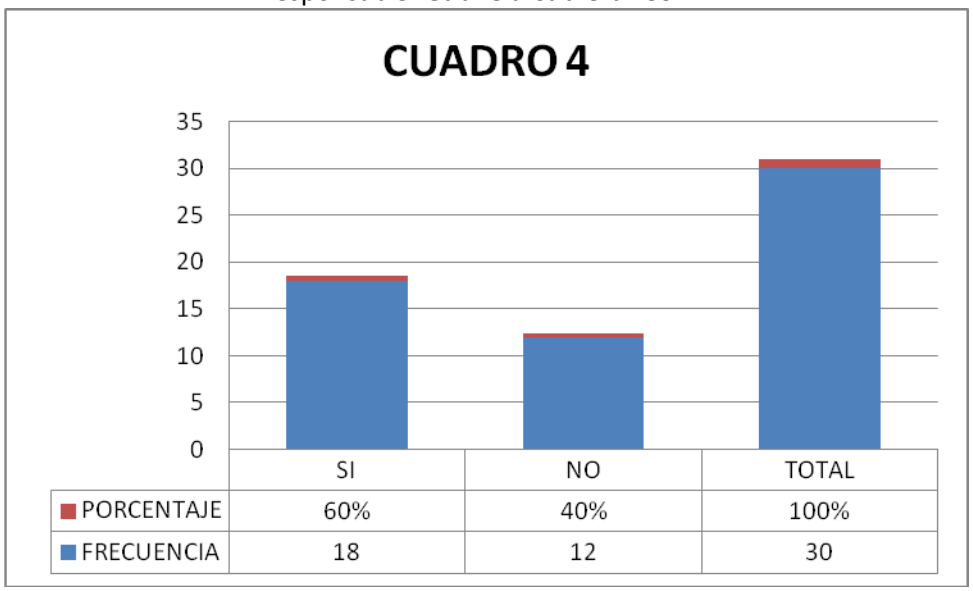
De acuerdo a los resultados, la mayoría del universo encuestado, se considera que el artículo 244 del COIP limita la contracción de personal porque aún no se quiere afiliar porque esto es un gasto más para el empleador, mientras que quienes consideran que se vulnera el derecho a la libertad manifiestan que al contradecir la norma constitucional no se adecua la figura para privar al empleador de la libertad, finalmente quienes manifiestan que es perjudicial para el trabajador porque este aún no reclama sus derechos pues lo que necesita es ganar el sustento diario a pesar de las dificultades que ello implique.

4. ¿Considera usted, que es necesario derogar el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, en lo referente a establecer sanciones de tipo no privativas de libertad ante la falta de afiliación del trabajador al seguro social, por ser inconstitucional?

CUADRO 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	18	60%
NO	12	40%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Responsable: Gabriela Cabrera León



Interpretación:

Los resultados obtenidos de 18 personas equivalente al 60%, consideran que es necesario derogar el artículo 244 del COIP, mientras que 12 personas de la

población encuestada que corresponden al 40%, manifiestan que por el contrario es innecesario.

Análisis:

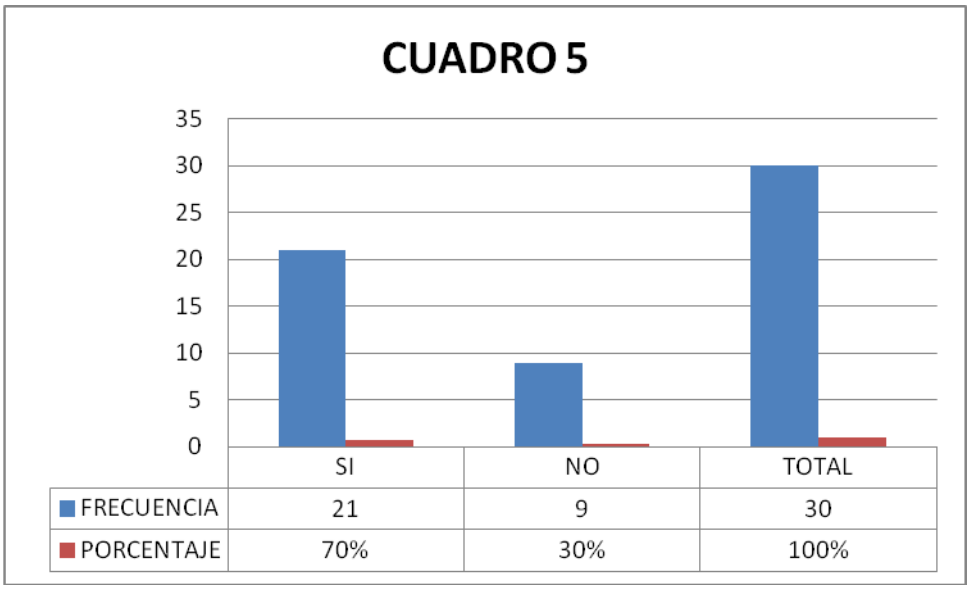
De acuerdo a los resultados, la mayoría del universo encuestado, consideran que debe derogarse por ser inconstitucional y poner en peligro un bien jurídico como lo es la libertad. Además de ser eminentemente punitiva la sanción y no proporcional. En cuatro a quieres consideran que no debe derogarse porque pone en indefensión al trabajador pues al no existir una cultura que haga que se respeten los derechos debe haber normativas que lo aseguren.

5. Considera usted que las penas privativas de liberad por falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es un tipo penal inconstitucional que afecta al desarrollo económico del país.

CUADRO 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	21	70%
NO	9	30%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Responsable: Gabriela Cabrera León



Interpretación:

Los resultados obtenidos en esta interrogante, conforme se puede observar en el cuadro estadístico y gráfico que anteceden, demuestran que de las treinta personas encuestadas, 21 de ellas que corresponde al 70% consideran que

afecta al desarrollo económico. Mientras que 9 personas que corresponden al 43,30%, manifiestan que no tiene ninguna afectación.

Análisis:

De acuerdo a los resultados, la mayoría del universo encuestado, consideran que se afecta al desarrollo en cuanto el empleador por no ser sancionado no contrata personal y esto repercute en la economía del país, en tanto quienes consideran que no afecta manifiestan que al ser obligatorio la afiliación asegura el bienestar del trabajador, en cuanto el empleador nunca pierde ganancias.

6.2. RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.

Acorde a lo establecido para el desarrollo de mi trabajo investigativo, procedí a realizar cinco entrevistas, tanto a personal del Ministerio de Trabajo (Director Regional de Trabajo, Zona 7), como a notables abogados; los que contestaron a cinco interrogantes, conforme a sus criterios, donde se dilucida el conocimiento y experiencia en la problemática propuesta en el proyecto de investigación. A continuación se realiza el análisis de los resultados obtenidos:

Primera Pregunta: El artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, contempla que “La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. Mientras que en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66

numeral 29 literal c) “Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias”. ¿Estima usted qué el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, es inconstitucional?

1era. Respuesta: Sí, porque la afiliación se torna en una obligación del empleador que además implica un pago. El no afiliar a los trabajadores si bien es una transgresión de la ley, y es además social y moralmente reprochable, no puede constituirse en causal de privación de libertad de un individuo, dadas las garantías establecidas al respecto en la Constitución, que posee supremacía por sobre cualquier otro código o ley en el país.

2da. Respuesta: No, porque la norma sustantiva legal contemplada en el Código Orgánico Integral Penal, que impone pena privativa de la libertad por falta de afiliación del trabajador, no está sancionando la existencia de una deuda, costa, multa, tributo, ni otra “obligación”. Está elaborando un tipo penal sobre un el acto que desconoce y vulnera el derecho constitucional y legal de afiliación al trabajador. Lo que supone que, el tipo penal referido, se adecua a una conducta delictiva, de retardo o engaño en el cumplimiento esencial, de los derechos de un trabajador; a cuyo ejercicio, depende, además de, el ejercicio de sus beneficios laborales y de ley, su bienestar y atención de salud universal, que entre otras cosas, solventa una cobertura sobre su integralidad como ser humano y persona, cuyo acceso y cumplimento, es un Derecho Humano. Se sanciona, no la falta de cumplimento de una obligación real, pecuniaria, sino, un acto y requisito laboral del empleador. Así también, con respecto a la moral

patronal. El empleador, al caer en esta, está desconociendo y vulnerando derechos.

3era. Respuesta: Si, la contradicción entre el texto constitucional y la redacción legislativa es evidente, sin requerir incluso un análisis exhaustivo de las normas anotadas. Desde la Revolución Francesa hasta nuestros días, la libertad ha sido (y es) una de las principales expresiones del límite al poder político; pero un Estado constitucional lejos de concebir a la libertad como mero limite al poder (abstención del Estado) sitúa también otros importantes límites a la manifestación del poder público. La Constitución es, ante todo, un ámbito de límite al *leviatan* que constituye el Estado.

El legislador tiene una tarea y su fundamento de acuerdo a lo previsto en la Constitución. Diferentes teorías –de hace algún tiempo y actuales, especialmente– sostienen que como toda expresión de poder debe estar sujeto a límites y controles; lo cual es obviamente necesario, pues rara vez el pacto de convivencia (la Constitución) es voluntariamente respetado.

Claro que la realidad social demanda la existencia de normas, incluso penales para garantizar la convivencia. Así, el derecho penal es, también, un instrumento del Estado: un instrumento punitivo; pero tal instrumento está limitado en un doble sentido. En primer lugar, el derecho penal (tipificación de delitos) es de *ultima ratio*, lo cual significa que se han de preferir todas las medidas no penales, siendo la privación de libertad el último recurso; en segundo lugar, existe una prohibición expresa de privación de libertad para el caso de “deudas”.

La expresión deuda puede, efectivamente, considerarse ambigua; es decir las circunstancias concretas en las que una situación constituye deuda puede no estar claramente definida. No obstante, todo parece sugerir, que la falta de afiliación (pago de una cantidad a un ente) entra dentro de la categoría deuda.

Las razones para tal prohibición pueden ser diversas, pero si tomamos la Constitución en serio y la aplicamos como norma suprema que es, la prohibición está vigente y ningún régimen (salvo una asamblea constituyente) puede innovarlo. Así, el legislador –que esta llamado también a cumplir con la Constitución– ha excedido sus facultades. Claro que en nuestro caso, tal tipificación proviene de los resultados de una consulta popular; aspecto que nos traslada a otra cuestión, pero que no altera lo que ya se ha dicho en líneas anteriores.

4ta. Respuesta: Considero que no es inconstitucional, por un asunto conceptual que procedo a explicar. La afiliación de un trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es un derecho establecido en la Constitución y en las leyes, especialmente en el Código de Trabajo. El término deuda según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua determina que se trata de obligación que alguien tiene de pagar, satisfacer o reintegrar a otra persona algo, por lo común dinero. En este caso la conducta tipificada, no tiene su razón de ser en un pago que deba ser reintegrado en virtud de una relación Acreedor Deudor, sino más bien se trata de una obligación legal inherente a la relación laboral.

5ta. Respuesta: Sí, la Constitución de la República tiene supremacía sobre todas las normas, mas el caso de que la afiliación al seguro social se puede catalogar como una obligación patronal que en sí no reviste una conducta punitiva, ya que no existe un bien jurídico protegido, más que si se incumple se establece un proceso coactivo, por lo que se irrespeta el principio de mínima intervención penal.

Análisis: Para iniciar este análisis debo manifestar que son interesantes las respuestas respecto de su filiación política, así que los criterios se diversifican sin embargo sobresalen criterios sobre la supremacía constitucional y la sanción eminentemente punitiva que recae sobre un bien jurídico tan preciado como lo es la libertad. Por lo cual es inconstitucional la norma a la que se hace referencia.

Segunda Pregunta: ¿Considera usted, que al sancionar al o la empleador (a) con pena privativa de libertad de tres a siete días, se ha reducido la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?.

1era. Respuesta: Sí, la severidad de la sanción ha elevado considerablemente el costo potencial de no cumplir con la ley respecto al costo que representa el pago de la seguridad social de los trabajadores; por tanto, es una decisión racional el evitar infringir la ley.

2da. Respuesta: Sí, porque una pena de estas características, con arraigo mayor, eleva el cumplimiento de una obligación jerárquico patronal, evadida histórica y sistemáticamente en el Ecuador, cuyo cometido, no se hace desde

la necesidad o falta de conocimiento, sino, programadamente, para beneficiarse de egresos o ahorros dinerarios.

3era. Respuesta: No, esta interrogante escapa al análisis jurídico, situándonos en otro escenario: la sociología, pues trata de explicar los efectos de la norma. En ese ámbito resulta difícil establecer si la norma ha significado una disminución de los casos de falta de afiliación, ya que no se trata de una cuestión de *criterio* sino, más propiamente, de datos objetivos y verificables.

Claro que, vista la norma desde el ámbito de la política criminal, la tipificación de tal conducta (según el legislador) debería generar una prevención general; es decir, la abstención de los posibles destinarios de la norma, de incurrir en la conducta punible.

4ta. Respuesta: Sí, sin decir que es un factor determinante, ha reducido la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Considero que no es determinante por cuanto desde el Gobierno Nacional y el mismo IESS se ha generado desde el año 2007 una campaña de derechos y obligaciones, esto sumado a los controles realizados en el Ministerio del Trabajo, donde se ha llevado la información a los actores involucrados en esta relación, y de alguna forma podemos decir ahora que estamos en una sociedad donde se encuentra en construcción de la ciudadanía laboral. La campaña de información y de control son los factores determinantes para esta baja histórica en los porcentajes de la falta de afiliación.

5ta. Respuesta: No, pues las conductas sociales no pueden ser regladas por una medida extrema como la prisión, se ha demostrado que los índices de

criminalidad no se reducen por poner a las personas en la cárcel, sino se conlleva otros elementos como en esta caso lo económico, pues dentro del derecho social se debe establecer que se depende del nivel económico del empleador que muchas de las veces sus negocios no tienen los ingresos necesarios o sus ganancias son reducidas.

Análisis: La diversidad de criterios muestra que si bien el endurecimiento de las penas lleva a las personas a evitar adaptar su conducta a lo que se ha tipificado en este caso con pena privativa de libertad, esto no asegura que se afiele a los trabajadores.

.**Tercera Pregunta:**

Estima usted, que al aplicarse la normativa contenida en el artículo 244 del (COIP):

a) Se vulnera el derecho a la libertad de las personas.

b) Limita la contratación de personal.

c) Es perjudicial para el trabajador.

1era. Respuesta: Principalmente se vulnera el derecho a la libertad, pues se está resguardando el derecho a la afiliación a seguridad social a los trabajadores, y esto es necesario. El problema, a mi criterio, es la severidad de la sanción, y la pena privativa de libertad termina estando en contra de lo establecido en la Constitución de la República.

2da. Respuesta: Ninguna de las tres, aunque es probable que se limite la contratación de personal a causa de que al empleador no le gustan condiciones claras ni justas. Siempre preferirá la discrecionalidad, y la flexibilización en ese orden.

3era. Respuesta: Se trata, obviamente, de un problema entre la libertad y el cumplimiento de una “deuda”. Estando el legislador limitado por imperativo constitucional, el establecimiento de un tipo penal que sanciona el incumplimiento de una obligación dineraria entra en contradicción con la Constitución.

4ta. Respuesta: Ninguna de las anteriores. Más bien propende al cumplimiento de un derecho constitucional de los trabajadores y trabajadoras frente a la “advertencia” emitido desde lo Público con la aplicación de su capacidad punitiva ante la inobservancia de este derecho fundamental.

5ta. Respuesta: Se vulnera el derecho a la libertad, recordemos el principio pro libertate exige que deben ser conductas relevantes dentro de la responsabilidad penal pues se debe interpretar las normas a favor de la libertad, si consideramos que las personas ingresan a la cárcel, como pueden generar ingresos para pagar el seguro social, se estaría perjudicando al mismo trabajador, ya que las personas quebraría, pues la confianza en sus empresas no serían las mimas, ya que basta que socialmente se estigma a la persona privada de su libertad independiente de la causa, por lo que se está violando un principio constitucional.

Análisis: De los criterios sobresale que para algunos no afecta de ninguna manera pues es un tipo de advertencia para garantizar derechos, sin embargo una norma de este tipo finalmente afecta el derecho a la libertad. Y por lo tanto se vulnera un principio constitucional manifiestan los entrevistados, criterio con el que concuerdo plenamente.

Cuarta Pregunta:¿Considera usted, que es necesario derogar el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, en lo referente a establecer sanciones de tipo no privativas de libertad ante la falta de afiliación del trabajador al seguro social, por ser inconstitucional?

1era. Respuesta: Sí, la pena me parece desproporcionada respecto a la falta. Creo que la emisión de preventivas y aplicación de multas, de manera similar a la sanción a otras faltas de índole laboral, sería lo más apropiado.

2da. Respuesta: No, pues como he manifestado no me parece que sea inconstitucional.

3era. Respuesta: Sí, la Asamblea debería derogar el artículo a través de una reforma; o en su defecto, la Corte Constitucional debería declararlo inconstitucional.

4ta. Respuesta: No, porque es una disposición constitucional, por cuanto no entra en la categoría de la “prisión por deudas” sino le da categoría penal a una omisión.

5ta. Respuesta: Las normas que van en contra de la Constitución deben ser inaplicables ya que los Jueces deben hacer un control constitucional de las

normas ya que estamos frente a un sistema semiconcentrado, por lo que es necesario que se derogue esta norma ya que violenta el principio pro libertate.

Análisis: Se mantiene una idea de que las normas deben mantenerse pues lo que hacen es velar por el cumplimiento de derechos de los trabajadores; por otro lado se manifiesta que es eminentemente inconstitucional mantener este tipo de leyes que van en contra de lo que se establece en la Constitución ecuatoriana, además de contener una pena desproporcionada para el empleador. Por lo cual al mantenerse esta norma contenida en el Código Orgánico Integral Penal se violenta el principio pro libertate.

Quinta pregunta: Considera usted que las penas privativas de liberad por falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es un tipo penal inconstitucional que afecta al desarrollo económico del país.

1era. Respuesta: Si bien la pena excede considerablemente a la gravedad de la falta, ésta no tiene una incidencia negativa considerable en el desarrollo económico del país. El decir que esto sucede podría compararse, de hecho, a argumentar en favor de la *flexibilización laboral*, algo que se ha demostrado empíricamente no actúa en detrimento del desarrollo económico, sino que en realidad beneficia a los grandes grupos empresariales que actúan como empleadores.

2da. Respuesta: No, pues tanto al incluir el costo de afiliación cubierto por el empleador este tendrá ganancias. Sin duda necesitará personal, y la contratación de una u otra forma se da, en algunos casos bajo la informalidad o bajo lo establecido en la ley.

3era. Respuesta: Sí, las medidas legislativas inciden en la economía del país. Puede que la inversión extranjera se abstenga de situarse en el Ecuador debido a medidas como ésta.

4ta. Respuesta: No, pues desde los indicadores económicos, se puede apreciar que el empleo no ha sido afectado, menos aún la producción del País. Más bien nos encontramos en niveles históricos de empleo.

5ta. Respuesta: No se puede determinar con este tipo penal que bien jurídico se protege y cuál es su relevancia jurídica si existe una institución encargada para dicho cobro de la obligación.

Análisis: En su mayoría concuerdan que no se afecta al desarrollo económico pues de alguna forma siempre se requiere de contratación de personal, sin embargo se desconoce la formas en las que se contrataría a dicho personal. De otro lado se señala que este tipo de normas hacen poco atractiva la inversión exterior.

6.3. ESTUDIO DE CASOS

Respecto de la libertad tenemos algunos casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. La sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170 51. En el artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que

protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7). En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar "un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre", y el reconocimiento de que "sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección

contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.

Todas estas normas internacionales, en su mayoría han sido bastante precisas para explicar que concierte a un trabajo y seguridad social adecuada. Como también la resolución de la Corte muestra el ánimo del derecho internacional de proteger un bien jurídico tan preciado como es la libertad.

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

Concluido el presente trabajo investigativo, tanto bibliográfico, teórico, y de campo, con la aplicación de encuestas y entrevistas, podemos llegar a establecer y determinar la verificación de objetivos tanto general como específicos, que debidamente fueron planteados y propuestos en el proyecto investigativo de este trabajo.

OBJETIVO GENERAL.

"Realizar un estudio crítico, desde lo conceptual, doctrinario y jurídico del Código Orgánico Integral Penal en cuanto a las penas privativas de libertad por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social."

Este objetivo fue verificado, mediante el desarrollo de la Revisión de la Literatura, pues en el marco conceptual se ha abordado importantes conceptos críticos en lo referente la supremacía constitucional que pone de manifiesto que no puede generar una norma de mayor jerarquía ningún efecto jurídico si contradice a los preceptos constitucionales.

En el marco doctrinario, se verifica este objetivo en el análisis de la temática denominada "NEOCONSTITUCIONALISMO, ECUADOR UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA". Donde se dilucida de manera clara la forma en la que se constituye la aplicación de nuestra Constitución.

Más adelante en el marco jurídico, se realizó un análisis jurídico del las normas referentes al Código de Trabajo, como también la Ley de Seguridad y Código Orgánico Integral Penal en donde se analizó la aplicación de las normativas. Se verifica este objetivo en el ítem denominado “EL TRABAJO, LA SEGURIDAD SOCIAL, Y LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD, CONFORME A LO CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”.

De lo expuesto se corrobora efectivamente que el derecho a la seguridad social y la libertad, jurídicamente y doctrinariamente tienen un sustento propio que protege de manera adecuada los derechos fundamentales.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

Primer objetivo específico

- *Demostrar que la pena privativa de la libertad por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es inconstitucional.*

Este objetivo lo he cumplido a cabalidad, se verifica en el marco doctrinario, punto 4.2.3. NEOCONSTITUCIONALISMO, ECUADOR UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA., de igual forma lo he verificado en el marco jurídico, cuando se realiza el análisis legal del que se coligue que no es una figura de tipo penal y que la sanción no corresponde a esta materia.

De igual forma se verifica este objetivo, por cuanto en nuestro trabajo de campo, pregunta 1 de la encuesta y 1 de la entrevista, señalan mayoritariamente que existe una clara inconstitucionalidad en las normas.

Segundo objetivo específico

- *Determinar las consecuencias que derivan de la pena privativa de libertad por la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.*

Este objetivo lo he alcanzado en su totalidad, se verifica en el trabajo de campo realizado, singularmente en la pregunta Nro. 3 de la encuesta en donde la mayoría del universo encuestado considera que el artículo 244 del COIP limita la contracción de personal, que se vulnera el derecho a la libertad y que es perjudicial para el trabajador.

Tercer objetivo específico

- *Presentar una propuesta de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal, respecto de la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.*

Este objetivo se cumple en cuanto la presente investigación en las encuestas realizadas en la pregunta cuarta que señala que al imponer sanción privativa de libertad al empleador por no afiliar al trabajador al seguro se incumple con lo contenido en la Constitución donde se proclama no habrán prisión por deudas y también se considera que el endurecimiento de esta pena no asegura la afiliación del trabajador.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

En el proyecto de investigación me propuse una hipótesis, la cual para ser contrastada mediante el desarrollo del presente trabajo investigativo, estuvo estructurada de la siguiente forma:

Hipótesis

"Las penas privativas de libertad por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es un tipo penal inconstitucional que afecta el desarrollo económico del país".

Razono que la hipótesis planteada se ha contrastado de manera positiva, puesto que si bien de la Revisión de Literatura se muestra dentro del marco conceptual que en el país ha disminuido la tasa de desempleo según los datos del Instituto Nacional de Estadística y Censos, esto no implica que se tome en consideración a toda la población con la capacidad para ocuparse y que sin embargo no encuentran plazas en donde ejecutar su trabajo, dejando de percibir una remuneración, lo que afecta significativamente a su economía, y siendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad, eso es un reflejo de la crisis que se vive en cuanto a la falta de plazas laborales. Por otra parte debo señalar que las estadísticas muestran que a nivel general no se ha logrado cubrir con la seguridad de los trabajadores y siendo este un derecho

fundamental concierne no sólo a estos sino a toda la sociedad en general, por lo que se afirma mi hipótesis también en lo referido en la pregunta número cinco de las encuestas y entrevistas, en donde la mayoría de encuestados consideran que las penas privativas de libertad afectan al desarrollo económico del país, esto en cuanto el empleador se ve obligado afiliar al trabajador so pena de ser privado de su libertad, optando entonces por la no contracción de nuevo personal. Dentro del trabajo de campo, y análisis de resultados se ha logrado comprobar que el sentir de la mayoría es que la falta de afiliación constituye un detrimento al desarrollo económico del país.

7.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS, DOCTRINARIOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

La presente tesis se fundamenta claramente dentro de los derechos de libertad donde se reconoce y garantiza a las personas en el artículo 66 numeral 29 literal c) *"Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias*[112]*".* Por lo que claramente podemos establecer el único caso en que se puede privar por deudas a las personas es por pensiones alimenticias.

Este precepto constitucional del *"Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*

[112] CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 66, Núm. 29, Lit. c), Pág. 47

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público". Por lo cual considero que el legislador en su labor encomendada no debe generar anomalías jurídicas en cuanto la Constitución es totalmente clara al respecto, y tampoco el Estado debe considerar ejecutar en Ius Puniendi para todos los casos, sino al contrario en última ratio atendiendo a la mínima intervención.

La Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma legal planteada, está fundada en la Ley de Seguridad Social y el Código de Trabajo. Donde se protege de manera efectiva al trabajador. La Ley de Seguridad Social en su Artículo 73 prevé.- INSCRIPCIÓN DEL AFILIADO Y PAGO DE APORTES.- *"El empleador está obligado, bajo su responsabilidad y sin necesidad de reconvención, a inscribir al trabajador o servidor como afiliado del Seguro General Obligatorio desde el primer día de labor, y a remitir al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince (15) días, con excepción de los empleadores del sector agrícola que están exentos de remitir los avisos de entrada y de salida, acreditándose el tiempo de servicio de los trabajadores únicamente con la planilla de remisión de aportes, sin perjuicio de la obligación que tienen de certificar en el carné de afiliación al IESS, con su firma y sello, la fecha de ingreso y salida del trabajador desde el primer día de inicio de la relación laboral. El incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con el Reglamento General de Responsabilidad Patronal.*

En tanto siendo materia principal la afiliación se prevé en el artículo **Art. 412 del Código de Trabajo en el numeral** 5 que "*se ejercerá control de la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y de la provisión de ficha de salud. Las autoridades que corresponde, bajo su responsabilidad y vencido el plazo prudencial que el Ministerio de Trabajo y Empleo concederá para el efecto, impondrán una multa de conformidad con el artículo 628 de este Código al empleador, por cada trabajador".* Dentro del Código de Trabajo se estipulan las sanciones, y al contenerlas en el COIP esto entorpece la aplicación de las normas, sobre todo cuando se imponen sanciones que no son acordes.

De lo anotado se deprende que, el Legislador en Ecuador no analizó a profundidad las normas para su creación y de todas las razones como fundamentos expuestos, me llevan a concluir que existe una inconstitucionalidad notoria por lo cual se debe derogar el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, respecto de la falta de afiliación del trabajador al instituto ecuatoriano de seguridad social.

8. CONCLUSIONES

Luego de haber realizado un estudio jurídico, doctrinario y analítico; y una vez obtenidos los resultados del trabajo de campo, he llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: La Constitución de la República del Ecuador, estipula que ninguna persona puede ser privada de libertad por deudas salvo el caso de pensiones alimenticias, por lo que la investigación concluye que es inconstitucional el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, que estipula pena privativa de libertad al empleador que por falta de pago no haya afiliado a su trabajador al Instituto ecuatoriano de Seguridad Social.

SEGUNDA: Imponer sanciones eminentemente punitivas sin considerar el Derecho penal liberal de mínima intervención y última ratio, ha reducido la falta de afiliación del trabajador al IESS.

TERCERA: Al mantenerse como norma positiva el artículo 244 del COIP, se vulnera el derecho a la libertad de las personas, se limita la contratación de personal y se perjudica al trabajador. Y con ello se afecta al desarrollo económico del país.

CUARTA: Existen otros mecanismos para hacer efectivo el derecho del trabajador a seguridad social, recordando que no sólo es deber del empleador proporcionar la misma mediante la afiliación al trabajador, sino que es el deber del Estado promover un sistema de inclusión a la seguridad social para toda la sociedad ecuatoriana.

QUINTA: El excesivo control como injerencia por parte del Estado en las relaciones laborales, lejos de proteger al trabajador, disminuye la confianza en el régimen y genera poca inversión en nuevas plazas laborales.

9. RECOMENDACIONES

Las conclusiones expuestas me obligan a plantear las siguientes recomendaciones:

PRIMERA: Derogar el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto su contenido es inconstitucional al estipular pena privativa de libertad al empleador que por falta de pago no haya afiliado a su trabajador al Instituto ecuatoriano de Seguridad Social

SEGUNDA: El Estado Ecuatoriano con base en a la Constitución debe direccionar el ejercicio del Ius Puniendi, y encaminarse en la tendencia actual que sitúa al derecho penal como un recurso de *última ratio* en el control social de la criminalidad.

TERCERA: Generar políticas públicas eficaces y progresivas, para ampliar la cobertura del sistema de inclusión a la seguridad social para toda la ciudadanía, y no únicamente para quienes tienen capacidad contributiva.

CUARTA: Utilizar mecanismos eficaces para la cobertura del seguro social, vía administrativa. Como permitir que el trabajador solicite su afiliación o se realice de oficio. Y no únicamente sea responsabilidad patronal.

QUINTA: Se debe generar incentivos para la inversión de capital y normativas que protejan a los trabajadores, pero respetando a la vez los bienes jurídicos

tutelados como la libertad, permitiendo una convivencia armónica como de respeto y equilibrio entre empleador y trabajador.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

EL PLENO

CONSIDERANDO:

Que, el más alto deber del Estado ecuatoriano, consiste en respetar y hacer respetar los derechos constitucionales, que garantiza nuestra Constitución, como ley suprema de la Nación.

Que, el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador establece el orden jerárquico de las normas aplicarse.

Que, el literal c, numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador determina que ninguna persona pueda ser privada de su libertad

por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

Que, el Código de Trabajo ecuatoriano en su artículo 627 establece que las sanciones y multas que impongan las autoridades del trabajo deberán constar en acta, en la cual se indicarán los motivos que determinaron la pena. En todo caso, antes de imponerlas, se oirá al infractor. Y el artículo 231, donde se señala que tienen competencia para la imposición de multas y sanciones las autoridades del trabajo, dentro de su respectiva jurisdicción y de las funciones que les están encomendadas.

De conformidad a las atribuciones y competencias de la Asamblea Nacional, y en ejercicio de las facultades que la Constitución de la República del Ecuador le confiere en el numeral 6 del Art. 120, expide la siguiente:

Ley reformatoria al Código Orgánico Integral Penal

Actualmente en el Art. 244 expresa: *"La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada".*

Art. 1. Deróguese el artículo 244.

Disposición final.-

La Presente Ley entrara en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito, a los 21, días del mes de diciembre del año 2015.

f)……..

PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

f)……..

SECRETARIO GENERAL

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALBURQUERQUE, Francisco; Desarrollo económico local y descentralización en América Latina, Revista de la CEPAL No.82; Año 2004.
- ALEXY, Robert, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. La fórmula del peso, Primera edición. Editor Miguel Carbonell, Quito. Ecuador, 2009
- ASUA Batarrita,"Política Criminal y Prisión. Discursos de justificación y tendencias actuales", en Revista de ciencias penales, Vol. 1, Nº 2 (1998)
- ÁVILA, Ramiro, EL NEOCONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR, Ediciones Abya-Yala,Quito. Ecuador, 2011.
- BERMEO, Anibal, "SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL", Cuenca. Ecuador, 2010.
- CARRARA, Francisco, autor citado en el Régimen Penal Ecuatoriano, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2002.
- CELOTTO, Alfonso, La Corte Constitucional, Argentina, 2010.
- CÓDIGO DE TRABAJO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Editorial GAB. Quito- Ecuador. Impresión EDIMPRESS. S.A. Año 2014.
- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, (COIP) Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb-2014 Estado: Vigente. Quito-Ecuador.
- CÓDIGO DE CHILE, Dirección de Trabajo, Santiago de Chile, 2015.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Ultima modificación: 30-ene-2012 Estado: Vigente. Quito-Ecuador
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- *DICCIONARIO JURÍDICO CONSULTOR MAGNO.* Buenos Aires: Goldstein Mabel. 2008.
- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., España 2001.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO Vox 1. © 2009 Larousse Editorial, S.L.
- GUASTINNI, Riccardo, Antinomias y lagunas. México, 2000.
- FERRAJOLI, L. El fundamento de los derechos fundamentales, Madrid, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, “Jueces y política”, en Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 7 (1999).
- HEINZ GÜSSEL, Karl, “Réplica del derecho penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho”.
- HUERTA, Carla, La Acción de Inconstitucionalidad como Control Abstracto de Conflictos Normativos, México, 2003.
- JIMÉNEZ, Luis, Principios de Derecho Penal. La ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Argentina
- LAGO, C. M. *Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social.* Chile, 2004.

- LEY DE SEGURIDAD SOCIAL, Registro Oficial Suplemento 465 de 30-nov-2001. Última modificación: 26-sep-2012 Estado: Vigente. Quito- Ecuador.
- MARX, Karl, “Trabajo asalariado y capital”, Primera edición, Alemania 1849
- NOGUEIRA, Alcalá, Humberto, Dogmática constitucional, 1997.
- PECES-BARBA, G. Curso de derechos Fundamentales. Teoría general. Madrid, 1999.
- ROBLES, Gregorio, Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual; Editorial Civitas, S.A, Madrid, 1997.
- SAMANIEGO, Víctor, DERECHO LABORAL, Universidad Nacional de Loja, Editor: Imprenta del Área Jurídica, Social y Administrativa de la UNL. Primera edición. Loja-Ecuador. 2003
- SOUSA, Boaventura, Las paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad, 1era Edición, Ediciones Abya-Yala, Quito- Ecuador, 2009.
- VAN, Ginneken, W. “Social Security for the Informal Sector: a New Challenge for teh Developlng Countries", International Social Secunty Rewiew, Año 1999.
- VAN, Ginneken, “Extensión de la cobertura de la seguridad social: examen de datos recientes”, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal (Parte General). Primera Reimpresión. Cárdenas Editor. México D. F., Año de Edición 1991.

10.1. LINKOGRAFÍA

- https://iusinvocatio.wordpress.com/2011/03/06/principio-de-lesividad/
- http://www.ecofinanzas.com/diccionario/D/DESARROLLO_ECONOMICO.htm
- http://definicion.de/afiliacion/
- http://www.suseso.cl/
- https://es.wikipedia.org/wiki/Pena_privativa_de_libertad
- https://es.wikipedia.org/wiki/Recurso_de_inconstitucionalidad
- http://www.ilo.org/global/publications/lang--es/index.htm.
- http://www.seguridadsocialparatodos.org/node/1
- https://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo cabanellas-de-Torres
- http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/empleador
- http://definicion.mx/trabajador

11. ANEXOS

Anexo Nro. 1. Proyecto de investigación

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TEMA: "Deróguese el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, respecto de la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social"

Proyecto de Tesis previo a optar por el grado de Abogado

POSTULANTE:

Gabriela Cecibel Cabrera León

LOJA – ECUADOR

2015

1. TEMA:

"Deróguese el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, respecto de la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social"

2. PROBLEMÁTICA:

La Constitución de la República artículo 1 declara: *"El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia."*[113] Eso implica que se reconoce la supremacía de la Constitución y su aplicación directa, como los mecanismos institucionales para efectivizar los derechos. Es así también que dentro de las garantías constitucionales capítulo primero de las garantías normativas en su artículo 84 estipula *"La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución … En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución[114]".* Por ende toda norma jurídica debe guardar relación con lo establecido en la carta marga del Ecuador.

Este marco jurídico permite desarrollar la problemática del tema "Deróguese el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, respecto la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social". Y es que claramente dentro de los derechos de libertad se reconoce y garantiza a las personas en el artículo 66 numeral 29 literal c) *"Que ninguna persona pueda*

---

[113] CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR Registro Oficial 449 del 20 de Octubre del 2008, Art. 1, Pág. 16.
[114] Ibídem, Art. 84, Pág.67

ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias[115]*".* Por lo que claramente podemos establecer el único caso en que se puede privar por deudas a las personas.

Mientras que el actual Código Orgánico Integral Penal, estipula dentro de contravención contra el derecho al trabajo en el artículo 244 que: *"La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada*[116]*".*

Al indicar que el aporte a la seguridad social es asumido exclusivamente por el empleador, se comprende que es una deuda que a éste le corresponde pagar al IESS. Al no hacerlo se entiende que incumple en esta falta, sin embargo la sanción de privársele de la libertad como se desprende del COIP contradice la normativa constitucional.

Dentro de la materia penal se tutela la protección de bienes jurídicos tales como la vida, la libertad, el patrimonio, seguridad, etc. Razón por la cual no se deben aprobar leyes sin haber realizado un profundo análisis jurídico, puesto que la falta de un minucioso acercamiento a la materia provoca anomalías

[115] CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 66, Núm. 29, Lit. c), Pág. 47
[116] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de Febrero del 2014, Art, 244, Pág.38

jurídicas, que en el caso del presente tema no atiende a una aplicación proporcional de la pena, ni toma en cuenta la realidad de un sistema penitenciario en decadencia. En el momento actual la aplicación del derecho ha de responder a la realidad social, a la protección de los derechos dentro del marco de constitucionalidad.

El Derecho es parte de un proceso dialéctico, que responde a la transformación conforme el devenir del tiempo y la adaptación a la realidad en el contexto que se lo aplique. Por ello al consagrarse la tutela de los derechos de los trabajadores se entiende que determinado estado brindará el apropiado marco jurídico para su protección, no obstante el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídico fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño causado.

Igualmente, el derecho penal al tiempo que se lo crea y se legisla sobre el mismo, hay que tener mucho cuidado para no crear un derecho penal de enemigos o “la espada de Damocles”. Esto implica que la tipificación de una norma debe ser clara y precisa; así en la elaboración de tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, donde se dé pleno sentido al principio de legalidad penal; también, implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con otros tipos penales y quizá no penales.

La ambigüedad y a veces la innecesaria tipificación en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionar con penas que afecten severamente bienes fundamentales como la libertad y la vida misma.

3. JUSTIFICACIÓN:

Dentro de la Sociedad en la que vivimos surgen constantes problemas de toda índole, mismos que para ser resueltos deben ser minuciosamente estudiados para plantear soluciones pertinentes, aún más dentro de las normas legales, pues estas no están estáticas sino que van actualizándose conforme a la necesidad imperiosa de los tiempos y las formas complejas de la evolución de la humanidad.

Es por ello que la Universidad Nacional de Loja inculca el espirito investigativo para dar respuestas a los clamores sociales, siendo el caso de la Carrera de Derecho, como egresada y futura abogada de los Tribunales de la República, cumpliendo con lo establecido en el artículo. 135 del Reglamento del Régimen Académico, elaboro el presente Proyecto de Investigación, previo a la elaboración de la tesis como requisito previo para optar al Título Profesional de Abogada, cuyo tema es: "*Deróguese el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, respecto la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*".

Plenamente se justifica el presente trabajo porque cumple con lo estipulado en el Reglamento General de la Universidad Nacional de Loja, cuya misión y visión es vincularse con la colectividad y así incidir en la solución de los problemas socio-jurídicos que involucren a la Sociedad.

La elaboración del presente tema desarrollado de forma sistemática y minuciosa, será referente para quienes tengan interés por temas en relación, constituyéndose en una fuente de consulta. Al mismo tiempo que permitirá asumir el verdadero papel de futuros abogados en donde se atienda a Sui géneris el Derecho; con la capacidad argumentar la aplicación de una ley, y no únicamente conformarse con lo tipificado, sino asumir nuestro deber de conocer su naturaleza, sus límites, alcances, finalidad, entre otros. Así, en base a lo expuesto en los párrafos precedentes es que se justifica plenamente la importancia de realizar el presente trabajo de investigación.

Para la realización del presente proyecto cuento con los recursos necesarios, como materiales, bibliográficos, talento humano, etc., con lo que justifico su factibilidad al momento de ejecutar la investigación.

Sin duda el presente tema cobra relevancia en la actualidad puesto que al formar parte del Derecho positivo, su aplicación no se puede dejar de lado.

4. OBJETIVOS:

4.1. OBJETIVO GENERAL:

Realizar un estudio crítico, desde lo conceptual, doctrinario y jurídico del Código Orgánico Integral Penal en cuanto a las penas privativas de libertad por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Demostrar que la pena privativa de la libertad por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es inconstitucional.

2. Determinar las consecuencias que derivan de la pena privativa de libertad por la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

3. Presentar una propuesta de reforma legal al Código Orgánico Integral Penal, respecto de la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

5. HIPÓTESIS:

Las penas privativas de libertad por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es un tipo penal inconstitucional que afecta el desarrollo económico del país.

6. MARCO TEÓRICO:

Dentro del tema propuesto el marco teórico el análisis de las normas y la doctrina parte fundamental. Por ello se parte de conceptos que necesitaremos

a lo largo de la investigación tales como:

Pena.-"*Mal que se impone a quienes han cometido un delito. Amenaza contenida en la ley. Sanción prevista por el Derecho Penal que puede ser de reclusión, prisión, multa e inhabilitación."*[117]

Pena privativa de la libertad.- "*Sanción consistente en la reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece, en mayor o menor grado, privado de su libertad y sometido a un determinado régimen de vida."* [118]

Empleador.- *"Persona individual o colectiva que ocupa a uno o varios trabajadores dependientes, mediante el pago de una remuneración*".[119]

Trabajador.- *"Persona física que se obliga o prestar servicios a favor de otra, física o jurídica, y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado de tiempo o indeterminado, mediante el pago de una remuneración cualesquiera que sean las modalidades de la prestación."* [120]

Se tomará en cuenta principalmente lo referido a los siguientes artículos de la legislación ecuatoriana:

[117] Diccionario Jurídico CONSULTOR MAGNO. Buenos Aires: Goldstein Mabel. 2008 418
[118] Ibídem, Pág 419
[119] Ibídem, Pág 245
[120] Diccionario Jurídico CONSULTOR MAGNO. Ob. Cit. Pág.554

El Artículo 66 numeral 29 literal c) de la Constitución de la República expresa: "*Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias*[121]*"*.

Artículo 424.- *"La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*
La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público"[122]

Articulo 425.- "*El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.*

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores

[121] CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Pág.47
[122] Ibídem, Art. 424, Pág. 196

públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior"[123].

El Código Orgánico Integral Penal en su Artículo 19 determina.- Clasificación de las infracciones.- "*Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones. Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días. Contravención es la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días"[124].*

Artículo 51.- Pena.- "*La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada".*[125]

Contravención contra el derecho al trabajo. Artículo 244.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- "La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada".

La Ley de Seguridad Social en su Artículo 73 prevé.- INSCRIPCIÓN DEL AFILIADO Y PAGO DE APORTES.- *"El empleador está obligado, bajo su*

[123] CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. 425, Pág.197
[124] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Ley Cit. Art. 19, Pág. 39
[125] Ibídem, Art. 51, Pág. 18

responsabilidad y sin necesidad de reconvención, a inscribir al trabajador o servidor como afiliado del Seguro General Obligatorio desde el primer día de labor, y a remitir al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince (15) días, con excepción de los empleadores del sector agrícola que están exentos de remitir los avisos de entrada y de salida, acreditándose el tiempo de servicio de los trabajadores únicamente con la planilla de remisión de aportes, sin perjuicio de la obligación que tienen de certificar en el carné de afiliación al IESS, con su firma y sello, la fecha de ingreso y salida del trabajador desde el primer día de inicio de la relación laboral. El incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con el Reglamento General de Responsabilidad Patronal[126]".

De la normativa expuesta podemos sacar algunas premisas importantes entre ellas en el caso de la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impone una pena si bien tipificada en el Código Orgánico Integral Penal, la misma no es acorde a lo estipulado en la Constitución del Ecuador. Por ello en el desarrollo formal de la investigación también analizaré el papel punitivo del Estado como la proporcionalidad de las penas entendiendo que el Sistema Penal es aquel control social punitivo institucionalizado, que abarca desde la sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena. En donde por las características propias del Derecho Penal se debe considerar su naturaleza propia.

[126] LEY DE SEGURIDAD SOCIAL, Registro Oficial Suplemento 465 de 30 de Noviembre del 2001, reformado al 26-sep-2012, Art. 73, Pág 52

Finalmente la ley debe demostrar su aplicabilidad a la realidad en la que nos desenvolvemos por lo que se tomará en cierta medida en cuenta la actual estructura del sistema penitenciario.

7. METODOLOGÍA:

En el proceso de investigación socio-jurídico se aplicará el método científico. Entendido como el camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. Es válida la concreción del método científico hipotético deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues partiendo de la hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación. Para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinemos el tipo de investigación que queremos realizar: en el presente caso me propongo realizar una investigación del derecho penal en cuanto a las penas privativas de libertad por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, como se determina en la problemática.

- **Método científico**, en las siguientes etapas:

  a. Elección y enunciado del problema.

  b. Estructuración de un marco teórico.

c. Establecimiento de hipótesis.

d. Prueba de hipótesis.

e. Resultados.

f. Propuestas.

- **Método lógico**: Deductivo-inductivo. Aplicamos la deducción en la elaboración de hipótesis, y la inducción, cuando sobre la base de las distintas opiniones receptadas, llegamos a la generalización del problema.

- **Método analítico:** al organizar los datos obtenidos de tal forma que nos faciliten la evaluación de la hipótesis.

El presente trabajo de investigación lo realizaré aplicando el método científico inductivo y deductivo.

TÉCNICAS. Las técnicas de investigación como observación. Encuestas, entrevistas, bibliografía y de campo que se realizarán durante la ejecución del presente trabajo.

Técnicas de investigación: 1) Documental, mediante el empleo de fichas bibliográficas y nemotécnicas 2) De campo, a través de la aplicación de 30 encuestas a una muestra de la población. 3) La observación. 4) La técnica estadística de presentación de datos, por medio de diagramas comparativos de sectores, donde los resultados se expresan en porcentajes.

8. CRONOGRAMA:

ACTIVIDADES SEMANALES	MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE				OCTUBRE				DICIEMBRE			
SEMANA	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Presentación del Proyecto				X																								
Revisión del Proyecto de Tesis					X																							
Desarrollo de la Tesis – Revisión Literaria								X	X	X	X	X																
Investigación de campo													X	X	X	X	X											
Tabulación de datos, conclusiones, recomendaciones y propuesta jurídica																				X	X	X	x	x	X			
Sesión Reservada																									X			
Defensa Pública y Graduación																											X	X

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO:

En toda tesis, se hace necesario contar tanto con recursos económicos, materiales y humanos que permitan la ejecución y desarrollo de la tesis a efectuarse; a continuación, presento los recursos que requeriré para ejecutar el presente proyecto de tesis:

9.1. RECURSOS HUMANOS:

- Director de Tesis: Por designarse
- Encuestados: 30 personas seleccionadas por muestreo
- Proponente del Proyecto: Gabriela Cabrera León

9.2. RECURSOS MATERIALES:

Para la siguiente investigación se procederá a recolectar información de algunos libros, códigos, reglamentos, enciclopedias, textos universitarios, folletos, trípticos, etc. que tengan relación con la investigación a realizarse.

En esta investigación se utilizaran diferentes recursos didácticos y materiales.

10. BIBLIOGRAFÍA

- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR Decreto Legislativo 0 Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Ultima modificación: 30-ene-2012 Estado: Vigente.
- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, COIP Ley 0 Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb-2014 Estado: Vigente.
- ZAVALA, Egas Jorge. Código Integral Penal (COIP) Teoría del Sistema Acusatorio. Editores Murillo. Perú, 2014.
- Zambrano, Pasquel Alfonso. Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Tomo I. II. III. Departamento Jurídico Editorial, CEP. Quito-Ecuador, 2014.
- LEXUS, “Diccionario Enciclopédico”, Ediciones Trébol S.L., Barcelona, 1998.
- Revista Judicial. Derechoecuador. com.
- http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx
- Diccionario Jurídico Ángel Osorio.
- Enciclopedias (OMEBA, GER)
- Internet.
- Etc.

9.3. RECURSOS BIBLIOTECARIOS:

- Biblioteca de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja.
- Bibliotecas virtuales. FLACSO, Universidad Andina Simón Bolívar, otras.
- Internet.
- Libros.

9.4. RECURSOS FINANCIEROS:

○ Materiales de escritorio	150,00
○ Bibliografías especializadas	400,00
○ Contratación de internet	150,00
○ Transporte y movilización	300,00
○ Copias, impresiones.	100,00
○ Reproducción del informe final	100,00
○ Gastos varios e imprevistos	300,00
TOTAL	1.500.00 USD

El total de gastos asciende a la suma de mil quinientos dólares americanos que serán financiados por la postulante.

10. BIBLIOGRAFÍA:

- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR Decreto Legislativo 0 Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Ultima modificación: 30-ene-2012 Estado: Vigente.
- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, COIP Ley 0 Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb-2014 Estado: Vigente.
- ZAVALA, Egas Jorge. Código Integral Penal (COIP) Teoría del Sistema Acusatorio. Editores Murillo. Perú, 2014.
- Zambrano, Pasquel Alfonso. Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Tomo I. II. III. Departamento Jurídico Editorial, CEP. Quito-Ecuador, 2014.
- CABENELLAS, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental.” Decima Sexta Edición, Impreso en Colombia, 2003.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
- Enciclopedia Jurídica Omeba.
- LEXUS, “Diccionario Enciclopédico”, Ediciones Trébol S.L., Barcelona, 1998.
- Microsoft ® Encarta ® 2009. © 1993- 2008 Microsoft Corporation.
- Revista Judicial. Derechoecuador. com.

11. ESQUEMA PROVISIONAL DE LA TESIS A DESARROLLARSE.

1. Título
2. Resumen
2.1 Abstract
3. Introducción
4. Revisión de Literatura
4.1 Marco Conceptual.
4.2 Marco Doctrinario.
4.3 Marco Jurídico.
5. Materiales y Métodos
5.1 Materiales utilizados
5.2 Métodos
5.3 Procedimientos y Técnicas
6. Resultados
6.1 Resultados de la aplicación de Encuestas
6.2 Resultados de la aplicación de Entrevistas
6.3 Estudio de casos
7. Discusión
7.1 Verificación de Objetivos
7.2 Contrastación de Hipótesis
7.3 Fundamentos Jurídicos, doctrinarios que sustentan la propuesta de Reforma Legal
8. Conclusiones
9. Recomendaciones
9.1. Propuesta de Reforma Jurídica
10. Bibliografía
10.1. Linkografía
11. Anexos
Índice

Anexo Nro. 2: Formato de Encuesta.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA

Señor profesional del Derecho, agradeceré se sirva contestar la presente encuesta, la cual me permitirá obtener información para realizar mi Tesis previo a optar por el título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, sobre el tema: "DERÓGUESE EL ARTÍCULO 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RESPECTO DE LA FALTA DE AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL".

1. **El artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, contempla que "La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. Mientras que en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 29 literal c) "Que ninguna persona pueda ser privada de su**

libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias", estima usted que el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, es inconstitucional?

SI ( ) NO ( ) Fundamente su respuesta.

……..……

……..…..……..

….……

2. ¿Considera usted, que al sancionar al o la empleador (a) con pena privativa de libertad de tres a siete días, se ha reducido la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?.

SI ( ) NO ( ) Fundamente su respuesta.

¿Por qué? ……..

…….……

…….

3. ¿Estima usted, que al aplicarse la normativa contenida en el artículo 244 del (COIP):

a) Se vulnera el derecho a la libertad de las personas. ( )

b) Limita la contratación de personal. ( )

c) Es perjudicial para el trabajador. ( )

Fundamente su respuesta.

……...……

……..…..……..

….……..

4. ¿Considera usted, que es necesario derogar el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, en lo referente a establecer sanciones de tipo no privativas de libertad ante la falta de afiliación del trabajador al seguro social, por ser inconstitucional?.

SI ( ) NO ( ) Fundamente su respuesta.

……..……

……...…..……..

….……..

5. Considera usted que las penas privativas de liberad por falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es un tipo penal inconstitucional que afecta al desarrollo económico del país.

SI ( ) NO ( ) Fundamente su respuesta.

……..……

……...……

……

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Anexo Nro. 3: Formato de Entrevista.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA

La presente entrevista me permitirá obtener información para realizar mi Tesis previo a optar por el título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, sobre el tema: "DERÓGUESE EL ARTÍCULO 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RESPECTO DE LA FALTA DE AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL".

1. El artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, contempla que "La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. Mientras que en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 29 literal c) "Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias", estima usted que el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, es inconstitucional?

2. ¿Considera usted, que al sancionar al o la empleador (a) con pena privativa de libertad de tres a siete días, se ha reducido la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?.

3. ¿Estima usted, que al aplicarse la normativa contenida en el artículo 244 del (COIP):

a) Se vulnera el derecho a la libertad de las personas. ( )

b) Limita la contratación de personal. ( )

c) Es perjudicial para el trabajador. ( )

4. ¿Considera usted, que es necesario derogar el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, en lo referente a establecer sanciones de tipo no privativas de libertad ante la falta de afiliación del trabajador al seguro social, por ser inconstitucional?

5. Considera usted que las penas privativas de liberad por falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es un tipo penal inconstitucional que afecta al desarrollo económico del país.

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ÍNDICE:

Contenido	Página
PORTADA	**I**
CERTIFICACIÓN	**II**
AUTORÍA	**III**
CARTA DE AUTORIZACIÓN	**IV**
DEDICATORIA	**V**
AGRADECIMIENTO	**VI**
TABLA DE CONTENIDOS	**VII**
1. TÍTULO	**1**
2. RESUMEN	**2**
2.1. ABSTRACT	5
3. INTRODUCCIÓN	**7**
4. REVISIÓN DE LITERATURA	**10**
4.1. MARCO CONCEPTUAL	10
4.1.1. AFILIACIÓN	10
4.1.2. SEGURIDAD SOCIAL	12
4.1.3. EMPLEADOR	17
4.1.4. TRABAJADOR	20
4.1.5. EL PRINCIPIO	23
4.1.6. EL IUS PUNIENDI	25
4.1.7. LA PENA	29
4.1.8. LA INCONSTITUCIONALIDAD	32
4.1.9. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	35

4.1.10. DESARROLLO ECONÓMICO 37

4.2. MARCO DOCTRINARIO 44

4.2.1. RESEÑA HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA EN MATERIA DE DERECHO LABORAL. 44

4.2.2. LA SEGURIDAD SOCIAL 49

4.2.3. NEOCONSTITUCIONALISMO, ECUADOR UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA. 55

4.2.4. EL CONTROL PUNITIVO DEL ESTADO, Y LAS CLASES DE PENA SEGÚN LA LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. 58

4.2.5. TENDENCIA DEL DERECHO PENAL Y SU VÍNCULO CON EL FIN DE LA PENA. 64

4.2.6. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD SOCIAL 68

4.2.7. LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN APLICARSE ANTES DE IMPONER AL EMPLEADOR LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR FALTA DE AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR AL SEGURO. 74

4.2.7.1. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD 77

4.2.7.2. PRINCIPIO DE LESIVIDAD 78

4.2.7.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD 79

4.3. MARCO JURÍDICO 80

4.3.1. EL TRABAJO, LA SEGURIDAD SOCIAL, Y LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD, CONFORME A LO CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. 81

4.3.2. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD; EL DERECHO AL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL, CONFORME A LOS TRATADOS

Y CONVENIOS INTERNACIONALES. 85

4.3.3. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL RESPECTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD 88

4.3.4. LEY DE SEGURIDAD SOCIAL RESPECTO DE LA AFILIACIÓN 91

4.3.5. CÓDIGO DE TRABAJO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR SOBRE EL CONTROL DE LA AFILIACIÓN 95

4.3.6. LEGISLACIÓN COMPARADA 94

4.3.6.1. LEGISLACIÓN COLOMBIANA 94

4.3.6.2. LEGISLACIÓN CHILENA 95

4.3.6.3. LEGISLACIÓN BOLIVIANA 96

5. MATERIALES Y MÉTODOS 99

5.1. MATERIALES 99

5.2. MÉTODOS 100

5.3. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS 102

6. RESULTADOS 103

6.1. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS 103

6.2. RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS 112

6.3. ESTUDIO DE CASOS 122

7. DISCUSIÓN 125

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS 125

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS 128

7.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS, DOCTRINARIOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL. 129

8. CONCLUSIONES 132

9. RECOMENDACIONES 134

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA 136

10. BIBLIOGRAFÍA 139

10.1. LINKOGRAFÍA 142

11. ANEXOS 143

ÍNDICE 165