UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"REFORMAS LEGALES AL ART. 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RELACIONADO A LA NO AFILIACIÓN AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR"

TESIS, PREVIA A OPTAR POR EL GRADO DE ABOGADO.

AUTOR

Roberto Eduardo Morejón González

DIRECTOR DE TESIS

Ab. Ph.D. Galo Blacio Aguirre

LOJA- ECUADOR

2015

CERTIFICACIÓN:

Ab. Ph.D. Galo Blacio Aguirre

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICA:

Haber revisado prolijamente el presente trabajo de tesis, titulado: ***"REFORMAS LEGALES AL ART. 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RELACIONADO A LA NO AFILIACIÓN AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR"***, "realizado por el postulante, Roberto Eduardo Morejón González y una vez que el estudio cumple con todos los requisitos reglamentarios autoriza su presentación.

Loja, 25 de febrero de 2015

Atentamente,

Ab. Ph.D. Galo Blacio Aguirre

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA.

Yo, Roberto Eduardo Morejón González, declaro ser autor del presente trabajo e tesis y eximo de manera expresa 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 Repositorio Institucional de la Biblioteca Virtual.

Firma:

Autor: Roberto Eduardo Morejón González

Cédula: 1803576113

Fecha: Loja, 27 de Febrero del 2015

CARTA DE AUTORIZACIÒN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÒN PARCIAL O TOTAL Y APLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Roberto Eduardo Morejón González, declaro ser Autor de la Tesis titulada: **"REFORMAS LEGALES AL ART. 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RELACIONADO A LA NO AFILIACIÓN AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR,"** como requisito para optar por el Grado de Abogado: Autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la reproducción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital e Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y en el 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, en la ciudad de Loja, a los veinte y siete días del mes de febrero del dos mil quince.

Firma.....
AUTOR: Roberto Eduardo Morejón González
CÉDULA: 180357611-3
DIRECCIÒN: Napo-Tena, Barrio Las Palmas
TELEFONO: 06287030 - 0995241062
CORREO: edumorejongonzalez@hotmail.com
DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Ab. Ph.D. Galo Blacio Aguirre
TRIBUNAL DE GRADO:
Dr. Mg. Sc. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez (Presidente.)
Dra.Mg. Sc. María Antonieta León Ojeda (Vocal)
Dr. Mg. Sc. Marcelo Armando Costa Cevallos (Vocal)

AGRADECIMIENTO.

Mi sincero agradecimiento a las autoridades y personal docente de la Universidad Nacional de Loja, institución que permitió que mi sueño de obtener un título universitario, a mis maestros, quienes con su esfuerzo supieron guiarme por el camino de la ciencia.

A mi Director de Tesis Ab. Ph.D Galo Blacio Aguirre, quien me apoyo durante el desarrollo de esta investigación y supo guiarme durante la elaboración de la presente Tesis. Un agradecimiento especial a todas aquellas personas anónimas que forma parte de mi éxito.

A mi familia, quienes comprendieron que el tiempo que no les pude dedicar sirvió para que esta felicidad que siento, sea también la dicha de ellos.

El Autor.

DEDICATORIA.

Esta tesis está dedicada a mi familia, a mis hijas, motivo y razón de mi existencia, a mis padres que comparten mis triunfos y fracasos, a mi amada esposa quien ha estado conmigo en todo momento apoyándome para que este sueño se haga realidad, pero de manera especial a mi Dios por darme la fortaleza y sabiduría.

Roberto Eduardo Morejón González

TABLA DE CONTENIDOS.

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.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA.

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.

7. DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de Objetivos.

7.2 Contrastación de Hipótesis.

7.3 Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.

8. CONCLUSIONES.

9. RECOMENDACIONES.

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica.

10 BIBLIOGRAFÍA.

11 ANEXOS.

ÍNDICE

1. TÍTULO:

“REFORMAS LEGALES AL ART. 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RELACIONADO A LA NO AFILIACIÓN AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR”

2. RESUMEN.

La Constitución de la República del Ecuador, establece que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad de ello en el numeral 29, literal c) del Artículo 66, establece y garantiza el derecho a la libertad estableciendo que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

La Norma Suprema en el Articulo 34, garantiza el derecho a la seguridad social, señalando que 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 por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

Se establece además que 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; sin embargo, es el mismo Estado ecuatoriano el que está fallando al no brindar servicios de óptima calidad

en lo que respecta a la seguridad social, pues el afiliado para ser atendido debe hacerlo mediante llamada telefónica, tardándose días y meses en logar tan ansiada atención médica.

Recientemente mediante la expedición del Código Orgánico Integral Penal, se tipifica como delito, la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de las los trabajadores en relación de dependencia, así en el artículo 244 ibídem, se establece 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, precepto que es extremado y contradictorio con lo dispuesto en la Carta Magna, que garantiza el derecho a la igualdad, justicia y libertad de todas las personas.

En este sentido y a fin de tutelar los ya citados derechos, considero que el Artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, amerita una reforma legal urgente, que disminuya a dos días la pena de prisión preventiva y se extienda el tiempo posterior a la notificación al empleador para que acuda a cumplir con la obligación de afiliar al trabajador al seguro general obligatorio.

Bajo este precepto si bien es cierto, la Asamblea Nacional expidió el Código Orgánico Integral Penal, mismo que por demás sanciona de manera discriminatoria el incumplimiento de la no afiliación al seguro social obligatorio, ya que cuando es una persona natural se priva de la libertad según el Art. 244 de COIP, y, si es una persona jurídica se

sanciona pecuniariamente y con la intervención de la empresa conforme al Art. 243 ibídem, esto implica sanciones distintas para la misma infracción.

2.1 ABSTRACT.

The Constitution of the Republic of Ecuador, states that everyone has the right to free access to justice and effective, impartial and expeditious protection of their rights and interests, subject to the principles of immediacy and speed of it in paragraph 29, paragraph c) of Article 66, establishes and guarantees the right to freedom stating that no person may be deprived of his liberty for debts, costs, fines, taxes, or other obligations, except for alimony.

The supreme law in Article 34, guarantees the right to social security, noting that the right to social security is an inalienable right of all persons, and shall be the duty and responsibility of the state primary.

Social security will be governed by the principles of solidarity, obligation, universality, equity, efficiency, subsidiarity, adequacy, transparency and participation, to the attention of the individual and collective needs.

It further provides that the State shall guarantee and make effective the exercise of the right to social security, which includes individuals who perform unpaid work in households, activities for self-sustenance in the field, all forms of self-employment and those are unemployed; however, is the same Ecuadorian State is failing by not providing high quality services with respect to social security, as the member for treatment must do so by telephone, delay days and months in attaining long-awaited health care.

Recently, through the issuance of the Code Comprehensive Criminal is criminal offense, non-membership to the Ecuadorian Institute of Social Security workers as employees and in Article 244 ibid, provides that the or employer not enroll their workers to compulsory social insurance within thirty days from the first day of work, shall be punished with imprisonment of three to seven days, a provision that is extreme and inconsistent with the provisions of the Constitution, which guarantees the right to freedom, effective protection and legal security of all people.

In this regard and in order to protect the aforementioned rights, I consider that Article 244 of the Penal Code of Integral merits an urgent legal reform, replacing the sentence of preventive detention for a pecuniary penalty or fine.

Under this provision if it is true, the National Assembly issued the Code of Integral Criminal same as for other sanctioned discriminatory breach of the no affiliation to compulsory social insurance, as when an individual is deprived of liberty as Art. 244 of COIP, and is a legal person is punished monetarily and with the intervention of the company pursuant to Art. 243 ibid, this implies different penalties for the same offense.

3. INTRODUCCIÓN.

En la presente tesis, he realizado un estudio investigativo considerando pertinente realizar un estudio sobre la temática, titulada: “Reformas Legales al Artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, Relacionado a la no Afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el Ecuador,” llegando a determinar que efectivamente el Asambleístas exagera al establecer penas privativas de libertad, para el empleador, si este es persona natural, al no afiliar a sus trabajadores dentro de los primero treinta días del inicio de sus labores, al querer tutelar un derecho como es la seguridad social.

Se determinó además que las disposiciones legales que sancionan la no afiliación son discriminatorias, como sucede con lo establecido en el artículo 243 del COIP, que sanciona con multas la no afiliación de los trabajadores y la intervención de la empresa, si el incumplido es una persona jurídica, pero en ninguna instancia se le impone una pena privativa de libertad por la no afiliación al Seguro Social de sus trabajadores.

Del estudio de la investigación realizada, tenemos que lo establecido en el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, relacionado a la pena privativa de libertad, es arbitrario y contrario a los más elementales derechos del hombre como es la libertad, garantizada tanto en la Constitución de la República del Ecuador, como en la Declaración

Universal de los Derechos Humanos. Además conculca otros derechos como el derecho a la Igualdad, Justicia y Libertad.

Para esta investigación, se siguieron los postulados exigidos en el Reglamento de la Universidad Nacional de Loja, para este tipo de trabajos. En primer lugar, se presenta la parte preliminar en la que se hace conocer la Certificación, Autoría, Dedicatoria, Agradecimiento y Tabla de Contenidos.

Seguidamente se menciona un Resumen con los aspectos fundamentales que conllevó la ejecución de este trabajo. A continuación consta la presente Introducción para seguir con la Revisión de Literatura que sustenta el estudio de la privación de la libertad al empleador, que es persona natural por no afiliación a la seguridad social, la cual consta de las siguientes temáticas:

En el Marco Conceptual, hago un enfoque de diversos conceptos relacionados a: Derecho al trabajo; Derecho a la libertad; Derecho a la salud; Privación de la libertad; Afiliación; Seguridad Social; Trabajador; Empleador; Dependencia; Sanción pecuniaria; y, Multa.

En el Marco Doctrinario se enfoca temáticas relacionada a: Antecedentes históricos del derecho a la seguridad social; Clases de seguros; Procedimiento para reservar una cita médica en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; La penalización por no afiliación a la seguridad social.

En el Marco Jurídico que se enfoca en el tratamiento de la legislación en diferentes cuerpos legales que rigen en el país, como Constitución de la República del Ecuador, relacionado a la seguridad social; Ley de Seguridad Social; y el Código Orgánico Integral Penal, relacionado a las sanciones por no afiliación.

Y finalmente en el Derecho Comparado, se hace una comparación de las diversas disposiciones legales de los países de Venezuela, Colombia y Nicaragua, donde se corrobora que en estos países efectivamente se sancionan con multas, si el empleador no afilia a sus trabajadores.

En una fase siguiente, se realizó la recopilación de información en la investigación de campo, realizada a profesionales y Abogados de la rama del Derecho y que debido a su gran experiencia, fueron aporte valiosísimo en la comprensión y estructura de la propuesta.

Los resultados obtenidos en la encuesta se los presenta en cuadros estadísticos y gráficos, datos con los cuales se pudieron fundamentar las conclusiones, recomendaciones y finalmente la propuesta de reforma jurídica.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1 Derecho al trabajo.

Cabanellas define al derecho al trabajo como:

"Aquel que tiene por contenido principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, y de unos y otros con el Estado, en lo referente al trabajo subordinado, y en cuanto atañe a las profesiones y a la forma de prestación de los servicios, y también en lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas de la actividad laboral dependiente."[1]

Roberto Muñoz Ramón, considera que:

"*El derecho del trabajo encuadra en el Derecho Privado, debido a los siguientes aspectos: en función de los intereses protegidos por las normas; atendiendo a la naturaleza de los sujetos de la relación, y, en razón de la índole de la relación y de acuerdo con la voluntad de los sujetos con la imperatividad de las normas."*[2]

---

[1] MARC, Jorge Enrique, Introducción Al Derecho Laboral, Buenos Aires, Argentina, De Palma, 1979, página 80.

[2]*MUÑOZ RAMÓN, Roberto. Análisis Práctico del Derecho Mexicano del Trabajo. Quinta Edición, México. Editorial Sista. S.A. 1996. Pág. 178*

Jordana de Pozas, da el siguiente concepto:

"*El derecho del trabajo más de la naturaleza del Derecho Público que del Privado, ya que la libre voluntad, nervio del derecho privado, se encuentra fuertemente constreñida en este derecho."*[3]

Para otros estudiosos del derecho, en cambio consideran que el Derecho del trabajo forma parte del derecho público porque las normas laborales tienen el carácter de públicas, es decir tutelan los derechos de los trabajadores, los cuales se encuentran establecidos por la Constitución de la República del Ecuador y el Código del Trabajo. Debo hacer hincapié así mismo que los derechos de los trabajadores tienen el carácter de irrenunciables. Así brevemente puedo citar algunos derechos tales como la seguridad social, remuneración justa, intangibilidad de los derechos, igualdad de derechos, etc.

Jorge Machicado, al referirse al derecho al trabajo, señala:

"Conjunto de normas positivas referentes a la relación ente el capital y la mano de obra, entre empresarios y trabajadores (intelectuales, técnicos, de dirección, fiscalización o manuales) en sus aspectos legales, contractuales, y consuetudinarios de los dos elementos básicos de la Economía; donde el Estado ha de marcar las líneas fundamentales de los

[3] Citado por *MUÑOZ RAMÓN, Roberto. Análisis Práctico del Derecho Mexicano del Trabajo. Quinta Edición, México. Editorial Sista. S.A. 1996. Pág. 179*

derechos y deberes de ambas partes en el proceso general de la producción."[4]

A mi modesto criterio considero que el derecho al trabajo tiene naturaleza jurídica mixta, es decir es de carácter privado y constituido por normas jurídicas de carácter público, así como también dado a que la Carta Magna establece un sinnúmero de derechos y garantías a favor de los trabajadores, por ende tiene también naturaleza jurídica social.

4.1.2 Trabajador

Según Ruy Díaz:

"Un trabajador o trabajadora es una persona que con la edad legal suficiente presta sus servicios lícitos, personales y retribuidos mediante una remuneración."[5]

Según el Código del Trabajo:

"La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero."[6]

---

[4] MACHICADO, Jorge; Derecho del Trabajo , Sucre, Bolivia: USFX ®Universidad San Francisco Xavier, 2010, página 6

[5] DÍAZ, Ruy. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ediciones Océano. 2000. Pág. 178

[6] Ob. Cit. Pág. 13

Al trabajador se lo configura como sujeto del contrato de trabajo, esto es:

"Quien trabaja, quien realiza una obra socialmente útil."[7]

Es decir es la persona que voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

La actividad laboral debe ser a libre elección del trabajador y tener una retribución digna, acorde a trabajo realizado, a fin de que pueda obtener salarios dignos que le permitan cubrir sus más elementales necesidades básicas y las de su familia.

Puedo de forma general indicar que trabajador (a) es la persona natural que amparada en un contrato individual de trabajo escrito y/o verbal se obliga o se compromete a la realización de una obra para otra llamada empleador (a), (persona natural y/o jurídica), materia del contrato, a prestar sus servicios lícitos y personales, por una remuneración fijada por la ley, la costumbre, el pacto colectivo o mediante convenio y bajo la dependencia o dirección del empleador.

[7] BARZALLO SEADE, María Agusta. Análisis del Derecho Laboral. Ediciones Carpol. Editorial Jurídica Carrión. Cuenca 2012. Pág. 202

En consecuencia, se denomina trabajador a la persona humana (física), en razón de que es la única que está en la posibilidad material de ejecutar un trabajo, obra o de prestar servicios lícitos y personales a un empleador.

El derecho laboral excluye a las personas jurídicas como empleadas u obreras, pues el contrato individual de trabajo por sus características, naturaleza y esencia ampara únicamente a las personas naturales como trabajadores. Sin embargo, el empleador puede ser indistintamente una persona natural o jurídica.

"Trabajador o trabajadora es la persona física que con la edad legal suficiente presta sus servicios retribuidos subordinados a otra persona, a una empresa o institución. Cuando no tiene la edad suficiente, se considera trabajo infantil. Si no presta los servicios de forma voluntaria, se considera esclavitud o servidumbre." [8]

"Son trabajadores las personas que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos, por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario."

Es decir es la persona que voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y

[8] Concepto de trabajador, en Rosa Bailón, *Legislación Laboral*, escrito por R. Bailón, 2004, México.

dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

La actividad laboral debe ser a libre elección del trabajador y tener una retribución digna, acorde a trabajo realizado, a fin de que pueda obtener salarios dignos que le permitan cubrir sus más elementales necesidades básicas y las de su familia.

4.1.3 Empleador.

Cabanellas, empleador es sinónimo de patrono, es decir:

"(…) quien emplea remuneradamente y con cierta permanencia a trabajadores subordinados a él."[9]

Puedo decir que empleador es, en un contrato de trabajo, la parte que provee un puesto de trabajo a una persona física para que preste un servicio personal bajo su dependencia, a cambio del pago de una remuneración o salario. La otra parte del contrato se denomina trabajador o empleado.

"*Por lo general el empleador también suele denominarse patrono o empresario que es aquella persona que, de forma individual o colectiva,*

[9] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico de Derecho Elemental. Editorial Heliasta. Edición 2005. Pág. 298

fija los objetivos y toma las decisiones estratégicas acerca de las metas, los medios, la administración y el control de las empresas y asumen responsabilidad tanto comercial como legal frente al exterior. Otra definición posible sería aquella según la cual el empresario se define como la persona física o jurídica que con capacidad legal y de un modo profesional combina capital y trabajo con el objetivo de producir bienes y/o servicios para colocarlos en el mercado y obtener, las más de las veces, un beneficio."[10]

Es decir el empleador es aquella persona que da empleo a otra, por ende está obligado a cumplir con todos sus deberes y obligaciones previstas en el Código del Trabajo a favor de los trabajadores.

El empleador puede ser empleador una o más personas físicas o una persona jurídica, que solicite y contrate a uno o más trabajadores para que pongan a su disposición su fuerza de trabajo.

Entre las obligaciones que prevé la Ley para el empleador es el de brindar a sus trabajadores un salario digno, respetando los mínimos legales, un lugar confortable para trabajar, no hacer discriminaciones entre sus empleados, cumplir con las normativas del derecho a la Seguridad Social, brindarles las vacaciones y licencias que la ley establece, respetar sus derechos sindicales, etcétera.

[10] CALDERA, Rafael. Derecho del trabajo, Segunda edición, Buenos Aires: Ed. El Ateneo. 1960. Pág. 54

El término empleador en las industrias o empresas, se identifica como el dueño de los recursos económicos, pues en la persona que genera fuentes de trabajo. En este sentido, el empleador, a diferencia del trabajador, puede ser tanto una persona física como una persona jurídica.

En efecto, se denomina, empleador, dador de trabajo, patrón o empresario. Interviene en el contrato individual de trabajo, y puede ser persona natural o jurídica, o entidad pública o privada, que requiere de la fuerza de trabajo, en sus procesos de producción de bienes o servicios.

La persona jurídica puede ser de derecho público o de derecho privado, aclarando que solo en los casos de excepción establecidos en la Constitución o leyes especiales, las personas jurídicas de derecho público se someten en sus relaciones laborales al Código del Trabajo. Pero las personas de derecho privado sí están sujetas generalmente al Código del Trabajo.

"*Empleador es, en un contrato de trabajo, la parte que provee un puesto de trabajo a una persona física para que preste un servicio personal bajo su dependencia, a cambio del pago de una remuneración o salario. La otra parte del contrato se denomina trabajador o empleado. .*"[11]

[11] http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/empleador

Pueden ser empleadoras o empleadoras una o más personas físicas o una persona jurídica, que solicite y contrate a uno o más trabajadores para que pongan a su disposición su fuerza de trabajo.

El empleador debe brindar a sus trabajadores un salario digno, respetando los mínimos legales, un lugar confortable para trabajar, no hacer discriminaciones entre sus empleados, cumplir con las normativas del derecho de la Seguridad Social, brindarles las vacaciones y licencias que la ley establece, respetar sus derechos sindicales, etc.

4.1.4 Dependencia.

Luis Lizama define a la dependencia como:

"Un concepto económico y hace referencia a la necesidad económica del trabajador de obtener la remuneración por su trabajo, pues esta es necesaria para satisfacer sus requerimientos personales y familiares de subsistencia." [12]

Es decir la dependencia es la subordinación a la que se halla sujeto el trabajador, que labora en relación de dependencia.

"En el mundo laboral, la relación de dependencia se establece cuando un trabajador realiza una actividad cuyos beneficios quedan en poder de un

[12] Luis Lizama, Derecho del Trabajo, editorial Lexis Nexis, 2003, p. 3

empleador o contratante. Éste, a cambio del producto de su trabajo, le entrega un salario u otro tipo de pago al trabajador."[13]

El trabajo dirigido y dependiente es aquel que se realiza por cuenta y riesgo de un empleador, de quien a la vez se recibe retribución o salario. Con mayor precisión, podemos decir que se denomina trabajo en relación de dependencia el que efectúa quien pone a disposición de un empleador su fuerza de trabajo, realizando actos, ejecutando obras o prestando servicios a cambio de una remuneración.

Para nuestra legislación, el trabajo dependiente es una actividad productiva, creadora, lícita y remunerada del hombre, que se presta a un empleador, que tiene la potestad de dirigirla y organizarla.

4.1.5 Afiliación.

Manuel Ossorio, al referirse al término afiliación, señala:

"El hecho de entrar a formar parte de una agrupación o asociación con fines lícitos."[14]

[13] Definición de relación de dependencia - Qué es, Significado y Concepto http://definicion.de/relacion-de-dependencia/#ixzz3ItQotFET

[14] OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Heliasta. Edición 2013. Pág. 69

“Se conoce como afiliación a aquel procedimiento a través del cual una persona ingresa a una corporación, una institución, un partido político, una obra social, entre otros, como parte integrante de la misma, generándose además una constancia de la mencionada pertenencia. En tanto, a la persona que ingresa a la corporación se la denomina popularmente como afiliado.

En general la afiliación implica una serie de derechos y deberes recíprocos. Los afiliados a una obra social, tienen derechos a atención médica, prácticas clínicas y quirúrgicas, odontológicas, oftalmológicas, etcétera, pero deben abonar a cambio una cuota en dinero, y someterse en ciertos casos, a controles para estimar la legitimidad de las prestaciones recibidas. Existen afiliados directos, a veces obligatorios, por su situación de empleo, y otros voluntarios, que a su vez pueden tener afiliados a cargo; por ejemplo, el padre puede ser el afiliado directo y los hijos menores, los afiliados a cargo del afiliado directo.”[15]

Al hacer referencia a la afiliación a la seguridad social, 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 en el ámbito de aplicación del mismo.

[15] http://deconceptos.com/ciencias-sociales/afiliacion

4.1.6 Seguridad Social.

"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." [16]

La seguridad social, entonces es un derecho irrenunciable e imprescriptible de todo trabajador ecuatoriano que labora con o sin relación laboral. Para hacer efectivos sus derechos el trabajador o servidor público debe exigir a su empleador que lo afilie al IESS desde el primer día de labores. El pago de aportaciones al IESS no son impuestos, son contribuciones económicas depositadas a favor de cada trabajador a cambio de lo cual el IESS le proporciona los siguientes seguros: riesgos del trabajo, Enfermedad común, Maternidad, vejez, Cesantía, Mortuoria y seguro de sobrevivientes.

4.1.7 Privación de la libertad.

Borja Mappelli y Juan Terradillos, sostienen que la pena privativa de la libertad es:

[16] http://www.seguridadsocialparatodos.org/node/1

"La pérdida de libertad ambulatoria de un penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial y ejecutado conforme a la legislación vigente de forma que favorezca la resocialización."

Es decir la privación de la libertada es una herramienta jurídica natural, propia de las actuaciones del procedimiento penal, que permite al funcionario judicial, dentro de los términos racionales que establezca la ley adoptar la decisión correspondiente sobre la persona vinculada al proceso, y cuya regulación obedece al natural ejercicio de las competencias legislativas en materia del procedimiento penal, en el que está involucrado el conjunto de reflexiones jurídicas y de política criminal, que toma en cuenta las especiales modalidades delictivas.

Para el experto Manuel Ossorio,

“Se llaman penas privativas de libertad aquellas que recluyen al condenado en un establecimiento especial y lo someten a un régimen determinado. Este tipo de penas representa el aspecto fundamental del régimen represivo, juntamente con la multa y la inhabilitación sobre todo en aquellos países que han suprimido la pena capital y las penas

corporales. La reclusión y la prisión (v.) constituyen penas típicas de esa índole" [17]

Para Cabanellas, la pena privativa de libertad es:

"Toda aquella que significa para el reo la permanencia constante, durante el tiempo de la condena, en el establecimiento penitenciario que se le fije. Con distintos nombres, variable duración y trato más o menos riguroso, pertenecen a esta especie las de condena perpetua o temporal, reclusión, presidio, prisión o arresto." [18]

En síntesis la privación de la libertad, es el acto ordenado por un juez o tribunal penal, que consiste en restringir la libertad a una persona encerrándola en un centro de reclusión o de detención, por haber infringido la Ley Penal, o no haber cumplido con las obligaciones alimenticias.

4.1.8 Sanción pecuniaria.

"La sanción pecuniaria o pena pecuniaria es un castigo que consiste en el pago de una multa (dinero) por haber cometido un hecho punible según la Ley." [19]

---

[17] OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". Primera Edición Electrónica. Realizada por Datascan, S.A. Guatemala, C.A.
[18] CABANELLAS de Torres, Guillermo. Ob. Cit. Tomo VI. Pág. 215
[19] http://www.derecho.com/c/Sancion_pecuniaria

En decir en la sanción pecuniaria afecta a patrimonio económico de la persona que ha recibido dicha sanción, por cuanto el infractor debe pagar al Estado el valor de la multa establecido por la ley.

"Pena pecuniaria es la denominación de la sanción que consiste en el pago de una multa al estado como castigo por haber cometido un delito.

La pena pecuniaria es una de las más leves que se pueden imponer dentro del derecho penal, y es utilizada también en derecho administrativo como forma para sancionar los incumplimientos." [20]

En nuestra legislación ecuatoriana, la mayoría de cuerpos legales establecen penas pecuniarias o multas, ya sea en materia civil, laboral, transito, contra los servidores públicos y otros. A mi criterio considero que en el caso concreto objeto de la presente tesis, como es la privación de la libertad por la no afiliación a la seguridad, bien puede sustituirse esta sanción por pena pecuniaria.

4.1.9 Multa.

Marco Antonio Terragni define a la multa como:

"Se trata de una pena pecuniaria; afecta el patrimonio del condenado pues impone la obligación de pagar la suma de dinero indicada por el juez en su resolución, conforme a los parámetros que la ley indica." [21]

[20] http://es.wikipedia.org/wiki/Pena_pecuniaria

La multa es una sanción de tipo económico, que afecta la situación patrimonial de la persona a quien ha sido impuesta, que no aspira a la reparación del daño ocasionado sino que es un castigo al infractor o delincuente, adicionado a los perjuicios producidos, si los hubiera. Su destino es engrosar las arcas fiscales, aunque la finalidad de la multa es el castigo de quien cometió el delito o la falta, y la función ejemplificadora, para que otros no cometan lo mismo.

Los códigos penales enumeran entre las penas que imponen, la reclusión, la prisión, las multas y la inhabilitación, aplicándose la multa para delitos menores. Se gradúan de acuerdo a la fortuna del condenado; puede autorizarse judicialmente a su abono en cuotas, y es posible que sean convertidas en días de prisión ante el incumplimiento, dejándolo en libertad al reo, en cualquier momento que pague la multa.

También se sanciona con multa ciertas faltas o contravenciones, como las multas que se aplican en el tránsito. En estos casos el papel que se labra por autoridad competente, donde consta la sanción, también recibe el nombre de multa. El derecho tributario también contiene para sus infractores, contempladas penas de multa.

[21] "Derecho Penal. Parte General", Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2012.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1 Antecedentes históricos del Derecho a la Seguridad Social.

"La Seguridad Social nace en Alemania, en el año 1883, con la Ley del Seguro de Enfermedad.

En 1935, la expresión Seguridad Social se difunde en la Ley Social Security Act., en Estados Unidos. En España, en la época de la guerra civil española, nace la Seguridad Social en 1938, con la promulgación del Fuero del trabajo. En esta Ley, se amplían los seguros de vejez, invalidez, enfermedad y paro forzoso. Pero fue en 1945, cuando se empezó a consolidarse con la aprobación del Fuero de los Españoles, entre los servicios que Mutualidad Agraria, Montepío de Servicio Doméstico y el Régimen de autónomos, situación que se solidifica en 1963 con la Ley de Bases, que se puede decir que es la que conocemos hasta hoy. Para 1972 esta Ley se complementa con la Ley de Régimen General de la Seguridad Social.

En América Latina para 1920, Argentina, Chile y Uruguay ya tenían un sistema de bienestar social.

En 1936, en Chile los estados miembros de la OIT reunidos en una conferencia de trabajo en la ciudad de Santiago, Chile, suscribieron una resolución que establecía los principios fundamentales del seguro social en América, considerando que el seguro social obligatorio constituye el medio más racional y más eficaz para dar a los trabajadores la seguridad social a la cual tienen derecho//. Dichos principios fueron ratificados y ampliados durante la segunda conferencia celebrada en La Habana, Cuba, en 1939.

En 1948, toma fuerza en Gran Bretaña con la constitución del National Health Service (Servicio Nacional de Salud). La ONU, incluyó en la Declaración universal de los Derechos Humanos, el derecho a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado.

En el Ecuador, el Seguro Social Ecuatoriano, surgido en 1928, como parte del proceso de reforma del Estado, impulsado en esa época por el llamado régimen juliano, ha tenido una compleja evolución institucional, simbolizada en la variedad de denominaciones que adoptaron, a lo largo del tiempo, las entidades encargadas de su ejecución: Caja de Pensiones, Caja del Seguro, Caja Nacional del Seguro Social, Instituto Nacional de Previsión e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Según Decreto Ejecutivo Nº 18 publica do en el Registro Oficial Nº 590 del 13 de marzo de 1928 en el gobierno del Dr. Isidro Ayora Cueva, se creó la

Caja de Jubilaciones, Montepío Civil, Retiro y Montepío Militar, Ahorro y Cooperativa, que de conformidad con la Ley se denominó Caja de Pensiones y que protegía a empleados del magisterio público, empleados públicos y bancarios y a los militares.

El 2 de octubre de 1935 mediante Decreto Supremo Nº 12 se dicta la Ley de Seguro Social Obligatorio, fijándose el campo de su aplicación en los trabajadores del sector público y privado y estableciéndose la contribución de aportes bipartita: patronal y personal para la cobertura de los riesgos con beneficios de jubilación, montepío y mortuoria, la Caja de Pensiones se mantiene como institución ejecutora y bajo la dependencia jurídica del creado Instituto Nacional de Previsión.

Año 1937 con la Ley del Seguro Social Obligatorio se crea la Caja del Seguro de Empleados Privados y Obreros y el Departamento Médico ligado a ella.

El 14 de julio de 1942 se expide la nueva Ley de Seguro Social Obligatorio, se establecen nuevas condiciones de aseguramiento, el financiamiento del Estado con el 40% de todas las pensiones del seguro general y se incorpora el seguro de enfermedad y maternidad entre los beneficios para los afiliados.

El 19 de septiembre de 1963, mediante el Decreto Supremo Nº 517 se fusionaron la Caja de Pensiones y la Caja del Seguro para formar la CAJA NACIONAL DEL SEGURO Y DEL DEPARTAMENTO MÉDICO.

Mediante Decreto Supremo Nº 40 del 25 de julio de 1970 y publicado en el Registro Oficial Nº 15 del 10 de julio de 1970 se transformó la Caja Nacional del Seguro Social en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

La Asamblea Nacional, reunida en 1998 para reformar la Constitución Política de la República, consagró la permanencia del IESS como única Institución Autónoma, responsable de la aplicación del Seguro General Obligatorio.

El 30 de Noviembre de 2001, en el Registro Oficial Nº 465 se publica la LEY DE SEGURIDAD SOCIAL, el IESS tiene la misión de proteger a la población urbana y rural, con relación de dependencia laboral o sin ella, contra las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, discapacidad, cesantía, invalidez, vejez y muerte, en los términos que consagra la Ley de Seguridad Social."[22]

[22] http://www.ciss.org.mx/index_es.php?mod=historia

El IESS, según lo determina la vigente Ley de Seguridad Social, se mantiene como entidad autónoma, con personería jurídica, recursos propios y distintos de los del Fisco. Así mismo se establecen modificaciones para separar el financiamiento y administración de las contingencias cubiertas por el Seguro General Obligatorio que administra el IESS.

El IESS, según lo determina la Constitución de la República del Ecuador, expedida por la Asamblea Nacional Constituyente aprobada en referendo por el pueblo ecuatoriano el 28 de septiembre de 2008, se mantiene como entidad autónoma, con personería jurídica, recursos propios y con la misma estructura orgánica.

"El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, nace en el año de 1928 como caja de pensiones, para asegurar los bienes del Estado, con aplicación en el sector público y privado; para el año 1937 se crea la Caja del Seguro Social, al amparo de la ley del Seguro Social Obligatorio vigente a la fecha.

No será sino en el año 1970 luego de pasar por la fusión entre la caja de pensiones y la caja del seguro, para formar la Caja Nacional del Seguro Social en el año de 1963.

A través de diferentes conceptualizaciones que se aplican en el quehacer diario institucional, actualmente es el de planificar en el corto, mediano y

largo plazo para lograr que la institución en el futuro cumpla con el sueño de ser una aseguradora ágil, líder, moderna, técnica y sencilla, orientada a conseguir prestaciones suficientes, oportunas y de calidad; desconcentrada y eficiente."[23]

En octubre de 1935 mediante Decreto Supremo No. 12 se dictó la Ley del Seguro Social Obligatorio y se crea el Instituto Nacional de Previsión, órgano superior del Seguro Social que comenzó a desarrollar sus actividades el 1º de mayo de 1936. Su finalidad fue establecer la práctica del Seguro Social Obligatorio, fomentar el Seguro Voluntario y ejercer el Patronato del Indio y del Montubio.

El 30 de noviembre del 2001, en el Registro Oficial N° 465 se publica la LEY DE SEGURIDAD SOCIAL, que contiene 308 artículos, 23 disposiciones transitorias, una disposición especial única, una disposición general.

Es necesario indicar que la Ley de Seguridad Social, ha sufrido una serie de reformas. "La Asamblea Nacional, reunida en 1998 para reformar la Constitución Política de la República, consagró la permanencia del IESS

---

[23] RAMOS ANRANGO, Catalina Elizabeth. PROPUESTA DE UN MANUAL DE PROCEDIMIENTOS INTERNOS PARA EL DEPARTAMENTO DE AFILIACIÓN Y CONTROL PATRONAL DE LA DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL. Año 2011

como única institución autónoma, responsable de la aplicación del Seguro General Obligatorio."[24]

Como puedo apreciar la Seguridad Social en nuestro país, data desde el año 1938 y se mantiene vigente hasta nuestros días, pues es un derecho que le asiste a toda persona de acceder, por lo menos, a una protección básica para satisfacer estados de necesidad.

La Constitución vigente del 2008 en el Ecuador establece como una obligación del estado el contribuir y fomentar el "buen vivir" en toda la población del Ecuador, sin ninguna clase de distingo. Para promover este tan mencionado "buen vivir", el estado debe contribuir a estructurar una seguridad social universal, que se encamine a la equidad, cohesión social, y sin discriminación alguna. La seguridad social es entendida como un derecho que le asiste a toda persona de acceder por lo menos a una protección básica para satisfacer estados de necesidad en aspectos como salud, ancianidad, ahorro, etc.

Por tal razón es que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social debería tratar de proponer sus servicios a la mayor cantidad posible de población. Hoy en día se considera que el IESS como institución pública es muy criticada debido a lo deficiente en la prestación de sus servicios, y más específicamente en lo que respecta a su oferta en salud, por lo que se

[24] Resolución CD 021 "Reglamento Orgánico Funcional del IESS.

podría creer que un crecimiento de afiliados podría traer consigo también el aumento de los problemas actuales.

Por ende es deber del Estado ecuatoriano, ejecutar determinadas políticas sociales que garanticen y aseguren el bienestar de los ciudadanos en determinados marcos como el de la sanidad, la educación y en general todo el espectro posible de seguridad social. Estos programas gubernamentales, financiados con los presupuestos estatales, deben tener carácter gratuito, en tanto son posibles gracias a fondos procedentes del erario público, sufragado a partir de las imposiciones fiscales con que El Estado grava a los propios ciudadanos. En este sentido, el Estado de bienestar no hace sino generar un proceso de redistribución de la riqueza, pues en principio, las clases inferiores de una sociedad son las más beneficiadas por una cobertura social que no podrían alcanzar con sus propios ingresos.

4.2.2. Clases de seguro social.

En cuanto a las clases de seguro social, puedo decir que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es una Institución Pública de Seguridad Social, cuya razón de ser es brindar protección al trabajador ecuatoriano y a su familia, cubriendo las contingencias que acaecen durante su vida laboral y profesional, para lo cual administra el Seguro General Obligatorio, el que comprende los siguientes seguros:

a) *Seguro de salud individual y familiar.*

El seguro de salud individual y familiar está orientado a brindar bienestar a todas y todos los asegurados y beneficiarios, con prestaciones de salud y servicios de calidad y calidez, y a cubrir de manera universal e integral todos los ciclos vitales del ser humano. Protege a:

- ✓ *Afiliado/afiliada activo y voluntario del seguro general obligatorio y sus Dependientes: cónyuge o conviviente con derecho, e hijos dependientes hasta los 18 años de edad.*
  - *Pensionistas de invalidez y vejez del seguro general y pensionistas de incapacidad permanente total o absoluta del seguro general de riesgos del trabajo.*
  - *Beneficiarios de montepío por orfandad de los seguros general y riesgos del trabajo e hijos menores de 18 años.*

b) *Seguro de pensiones.*

Este seguro protege económicamente al asegurado (a) y su familia, con Prestaciones económicas (pensiones), que se financian con el 9.74% del salario de aportación del afiliado.

Las prestaciones son las siguientes:

- ✓ *Jubilación ordinaria por vejez.*
- ✓ *Jubilación por invalidez que incluye el subsidio transitorio por incapacidad.*
- ✓ *Pensiones de montepío a los beneficiarios dependientes: viuda e hijos menores de 18 años, o vitalicia para hijos discapacitados.*
- ✓ *Auxilio de funerales por fallecimiento del asegurado.*
- ✓ *Jubilaciones especiales: a los trabajadores de telecomunicaciones, a los de artes e industrias gráficas; y a los zafreros.*
- ✓ *Mejoras de jubilación por vejez.*

c) *Seguro de riesgos del trabajo y enfermedades profesionales.*

Proteger al afiliado y al empleador de los riesgos derivados del trabajo, mediante programas de prevención y acciones de reparación de los daños derivados de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, incluida la rehabilitación física y mental y la reinserción laboral, las prestaciones son:

- ✓ *Indemnización económica por daños menores, calificada hasta el 20% de pérdida de la capacidad laboral normal.*
- ✓ *Pensión por incapacidad laboral mayor, calificada de más del 20% de pérdida de la capacidad laboral normal.*

- ✓ *Pensión de montepío por fallecimiento del asegurado a los beneficiarios dependientes: viuda e hijos menores de 18 años, o vitalicia para hijos discapacitados.*

d) *Seguro social campesino.*

Este seguro, que es un régimen especial, protege a la población del sector rural y pescador artesanal del ecuador, con programas de salud integral, saneamiento ambiental y desarrollo comunitario. Promueve la participación social para contribuir a elevar el nivel de vida y potenciar su historia, organización y cultura.

Los beneficiarios de este seguro son:

- ✓ *El jefe de familia asegurado;*
- ✓ *El cónyuge conviviente;*
- ✓ *Hijos y familiares que bien bajo su dependencia;*
- ✓ *Jubilado;*
- ✓ *Pescador artesanal.*

En cuanto a los servicios y prestaciones, tenemos:

- ✓ *Promoción, prevención en salud, saneamiento ambiental y desarrollo comunitario.*
- ✓ *Atención odontológica preventiva y de recuperación.*

- ✓ *Atención durante el embarazo, parto y postparto.*
- ✓ *Pensiones de jubilación por invalides y vejez.*
- ✓ *Auxilio de funerales.”*[25]

De lo expuesto, puedo observar que el Seguro Social Ecuatoriano cubre a todos sus asegurados y beneficiarios con derecho, en las contingencias de: enfermedad, maternidad, accidentes laborales, discapacidad, cesantía (desempleo), invalidez, vejez y muerte, en atención al marco legal vigente, para ello realiza determinados procesos, uno de ellos es la afiliación de trabajadores y empleadores, esto comprende el registro y mantenimiento de su historia laboral y registro de sus aportaciones mensuales en el Sistema de Historia Laboral, proceso que se ejecuta por Internet en la página WEB del IESS www.iess.gob.ec., al que tiene acceso cualquier afiliado, ingresando su clave patronal.

4.2.3 La penalización por no afiliación a la seguridad social.

Jorge Zavala, al referirse a la pena, señala:

“Las penas restrictivas de libertad, afecten en mayor o menor medida la libertad del sujeto impidiendo u obstaculizando su desplazamiento e

[25] IAEN. INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS. LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR. DOCUMENTO.

implicando la mayoría de ellas la internación en sitios de reclusión penitenciaria.” [26]

Con la tipificación de la no afiliación a la seguridad social, se han emiten los siguientes criterios:

“Pedro Miranda, presidente de la Federación Nacional de Panificadores (Fenapan), de aprobarse el proyecto de ley, el sector se verá en la obligación de despedir personal, porque no podrá cumplir con la disposición y nadie querrá ir a prisión por no afiliar a sus empleados al IESS.

Esperábamos que este tema fuera tratado de forma especial para los pequeños artesanos, porque desde enero hemos mantenido conversaciones con la ministra coordinadora de la Producción, Nathalie Cely, quien ofreció revisar la seguridad social del sector panificador, a cambio de que no subamos el precio del pan; sin embargo, ahora la penalización es para todos los sectores”.

Agregó que el sector no se niega a la afiliación de sus trabajadores, pero sí piden un trato especial, porque las ganancias que generan sus negocios no alcanzan para cubrir con este requisito.

Ese criterio es compartido por Jorge Toapanta, coordinador de Pequeños y Medianos Bananeros de Machala, quien afirmó que el sector se ha visto

[26] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. La Pena. Abogado y Doctor en Jurisprudencia (1946) Universidad de Guayaquil.

afectado con el tema de la afiliación e incluso se han dado varios despidos de trabajadores.

El asambleísta Enrique Herrería (antes MG) rechazó que la penalización al Seguro Social se haya incluido en el Código Orgánico Penal y no en la Ley de Seguridad Social.

Agregó que las penas y la multa no guardan proporción con la infracción, y que la penalización afectará más a la clase media y a los pequeños artesanos, ya que es ahí donde se registra el mayor número de personas que no cuentan con una afiliación social, porque las grandes empresas sí cumplen con esta disposición."[27]

A mi modesto criterio considero que la penalización por no afiliación a la seguridad social, es una medida extremada. Si bien es cierto que con la afiliación, el trabajador, tiene algunos beneficios como el derecho a atención médica, fondos de reserva, pensiones jubilares, etc. no obstante debe considerarse que el derecho a la libertad es un derecho sagrado e imprescriptible que todos los seres humanos poseen. La libertad es la facultad de obrar según su voluntad, respetando la ley y el derecho ajeno.

La pérdida de la libertad personal como uno de los bienes más preciados del hombre, tiene un efecto totalmente contrario del que la ley requiere, pues el único fin que tiene la privación de la libertad por incumplimiento de

[27] ENTREVISTA. ECUAVISA.

las obligaciones con sus trabajadores, es según el criterio del Asambleísta, ejercer una fuerte presión para que afilie a sus trabajadores.

No obstante esta medida es totalmente contradictoria con los mismos preceptos constitucionales que señalan que no habrá prisión por deudas, excepto en el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias. De igual forma la Norma Suprema, señala que la prisión preventiva, es una medida excepcional, la misma que en el caso de delitos se aplica en último ratio, con la finalidad misma de garantizar el derecho a la libertad de las personas.

Fundamentos estos suficientes, para la ejecución de la presente tesis, por ende lo relacionado a la privación de libertad por no afiliación a la seguridad social de los trabajadores, amerita una reforma legal urgente.

Estimo que así como se han establecido sanciones penales a las personas que no afilien al IESS, debe mejorar la calidad de atención el IESS, por cuanto existen casos en que son los mismos trabajadores los que no desean afiliarse por cuanto consideran que no es eficiente, que deben pasar haciendo colas, esperando meses para una consulta, es decir el mismo trabajador es el que se opone, al tratarse de un servicio enteramente deficitario.

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 Análisis jurídico de la Constitución de la República del Ecuador, relacionado a la seguridad social.

La Constitución de la República del Ecuador, al referirse a la seguridad social, establece:

"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 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."[28]

La entidad en nuestro país que regula lo relacionado a la seguridad social de las personas, es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, Institución de servicio público, creada y normada por la Constitución de la República del Ecuador y por su propia Ley de Seguridad Social, tiene el

[28] CONSTITUCIÒN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Corporación de estudios y Publicaciones. Actualizada al 2014. Pág. 10

carácter de monopólico, no tiene competencia en la prestación del servicio de seguridad social en el país.

Lamentablemente esta entidad a cargo de hacer efectivos los diversos seguros de seguridad de las personas en el Ecuador, adolece de problemas que han sido identificados como comunes en entre los más notorios se encuentran: un bajo nivel de cobertura, falta de protección a los sectores más vulnerables de la economía y desequilibrios actuariales del sistema, en el factor normativo; y, falta de cumplimiento y control de las leyes en el aseguramiento de los trabajadores ecuatorianos es también notable, impidiendo que se haga efectivos los principios que rigen los servicios públicos como son la eficiencia y eficacia, así como la optima calidad de los mismo, que la misma Norma Suprema, los pregona.

En la Sección tercera, de la carta Magna, se establece**:**

"Seguridad social"

Art. 367.- *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.*

El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.

Art. 368.- *El sistema de seguridad social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia. El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social.*

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. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud.*

El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente.

La creación de nuevas prestaciones estará debidamente financiada.

Art. 370.- *El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados.*

Observo que el derecho a la seguridad social en nuestro país, se encuentra regulado en los Arts. 34, 367 al 374; y como lo señalo en líneas anteriores. Se rige por principios como la inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad, los cuales de ser puestos en práctica, tendríamos un servicio eficiente en la atención médica.

4.3.2 Análisis Jurídico de la Ley de Seguridad Social.

"Art.1.-Principios Rectores.

El Seguro General Obligatorio forma parte del sistema nacional de seguridad social y, como tal, su organización y funcionamiento se fundamentan en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia.

Para efectos de la aplicación de esta Ley: Solidaridad es la ayuda entre todas las personas aseguradas, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, edad, sexo, estado de salud, educación, ocupación o

ingresos, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del Seguro General Obligatorio.

- *Obligatoriedad, es la prohibición de acordar cualquier afectación, disminución, alteración o supresión del deber de solicitar y el derecho de recibir la protección del Seguro General Obligatorio.*
- *Universalidad, es la garantía de iguales oportunidades a toda la población asegurable para acceder a las prestaciones del Seguro General Obligatorio, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, sexo, educación, ocupación o ingresos.*
- *Equidad, es la entrega de las prestaciones del Seguro General Obligatorio en proporción directa al esfuerzo de los contribuyentes y a la necesidad de amparo de los beneficiarios, en función del bien común.*
- *Eficiencia, es la mejor utilización económica de las contribuciones y demás recursos del Seguro General Obligatorio, para garantizar la entrega oportuna de prestaciones suficientes a sus beneficiarios.*
- *Subsidiariedad, es el auxilio obligatorio del Estado para robustecer las actividades de aseguramiento y complementar el financiamiento de las prestaciones que no pueden costearse totalmente con las aportaciones de los asegurados.*
- *Suficiencia, es la entrega oportuna de los servicios, las rentas y los demás beneficios del Seguro General Obligatorio, según el grado*

de deterioro de la capacidad para trabajar y la pérdida de ingreso del asegurado."[29]

Como puedo observar los principios rectores de la seguridad social son solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia, de los cuales la misma Ley de Seguridad Social, nos da una conceptualización, no obstante se hace necesario una adecuada administración de esta entidad a fin de hacer efectivo el derecho a la salud de las personas, toda vez que en la práctica no se están cumpliendo cabalmente estos principios, debido a la falta de insumos médicos, dificultad para reservar una cita médica de manera oportuna a través de llamadas, etc.

"Art.2.-Sujetos de Protección.-

Son sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular:

a. El trabajador en relación de dependencia;

b. El trabajador autónomo;

[29] LEY DE SEGURIDAD SOCIAL. Disponible en www.iess.gob.ec.

c. El profesional en libre ejercicio;

d. El administrador o patrono de un negocio;

e. El dueño de una empresa unipersonal;

f. El menor trabajador independiente; y,

g. Los demás asegurados obligados al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes y decretos especiales.

Son sujetos obligados a solicitar la protección del régimen especial del Seguro Social Campesino, los trabajadores que se dedican a la pesca artesanal y el habitante rural que labora habitualmente en el campo, por cuenta propia o de la comunidad a la que pertenece, que no recibe remuneraciones de un empleador público o privado y tampoco contrata a personas extrañas a la comunidad o a terceros para que realicen actividades económicas bajo su depende.”[30]

De lo expuesto se establece que en general todas las personas tiene derecho a la seguridad social, sin embargo en la actual sociedad ecuatoriana existe un número considerable de personas que laboran como autónomos que no son afiliados, debido a la carencia de recursos económicos para pagar las pensiones por afiliación así como el criterio que tienen sobre la prestación de los servicios en la salud por parte del Seguro.

[30] LEY DE SEGURIDAD SOCIAL. Año. 2012. http://www.iess.gob.ec/documents/10162/33701/Ley_de_Seguridad_Social.pdf

De lo expuesto puedo concluir manifestando que si bien es cierto tanto la Constitución como el Código del Trabajo y Ley Orgánica de Servicio Público, garantizan a las personas que laboran bajo dependencia o en instituciones públicas o privadas, a afiliación a los trabajadores o servidores públicos, sin embargo considero que debe mejorar la manera de brindar el servicio, toda vez que en la actualidad es muy deficiente y deja mucho que desear, pues pese a los esfuerzos que realiza esta entidad, no se logra mejorar la calidad de atención que brinda a los afiliados.

"Art. 3.- Riesgos Cubiertos.

El Seguro General Obligatorio protegerá a sus afiliados obligados contra las contingencias que afecten su capacidad de trabajo y la obtención de un ingreso acorde con su actividad habitual, en casos de:

a. Enfermedad;

b. Maternidad;

c. Riesgos del trabajo;

d. Vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad; y,

e. Cesantía.

El Seguro Social Campesino ofrecerá prestaciones de salud y, que incluye maternidad, a sus afiliados, y protegerá al Jefe de familia contra las contingencias de vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad.

Para los efectos del Seguro General Obligatorio, la protección contra la contingencia de discapacidad se cumplirá a través del seguro de invalidez"[31]

El Seguro obligatorio protege a sus afiliados contra las contingencias que afecten su capacidad de trabajo y la obtención de un ingreso acorde con su actividad habitual, en casos de: enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo; vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad; y cesantía.

Además, pueden solicitar préstamo quirografario, hipotecario y prendario. Los afiliados voluntarios tienen derecho a todas las prestaciones mencionadas a excepción de la cesantía porque no aportan para este seguro; por lo tanto no reciben esta prestación ni el préstamo quirografario, cuya garantía es la cesantía y el fondo de reserva.

De lo expuesto puedo concluir manifestando que si bien es cierto tanto la Constitución como el Código del Trabajo y Ley Orgánica de Servicio Público, exigen garantizar el derecho inalienable de los trabajadores para que gocen plenamente de los servicios y coberturas que brinda el seguro obligatorio, también se debe sistemáticamente y paulatinamente crear una

[31] LEY DE SEGURIDAD SOCIAL. Año. 2012. http://www.iess.gob.ec/documents/10162/33701/Ley_de_Seguridad_Social.pdf

cultura hacia la afiliación obligatoria del trabajador sin tener que acudir a sanciones extremas como la privación de la libertad.

4.3.3 Análisis del Código Orgánico Integral Penal, relacionado a las sanciones por no afiliación.

"Artículo 243.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica.- *En el caso de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de afiliar a uno o más de sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada empleado no afiliado, siempre que estas no abonen el valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado."*[32]

En el presente artículo noto que se aplican multas para el caso de la no afiliación de los trabajadores cuando el empleador sea una persona jurídica, más no pena privativa de libertad.

[32] Suplemento -- Registro Oficial Nº 180 -- Lunes 10 de febrero de 2014

"SECCIÓN SÉPTIMA.

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."[33]

El presente artículo, objeto de estudio, tenemos que la no afiliación dentro de treinta días contados desde el primer día de labores se sanciona con pena privativa de libertad de tres a siete días, lo cual a mi criterio es extremado, pues afecta al derecho a la libertad de las personas. De manera clara analicé dentro del marco conceptual que una pena privativa de libertad, es aplicable a aquella persona que cometió un delito, mas no castigarle tan drásticamente a quien incumplió con sus deberes como es en el presente caso al patrono que no lo afilia a su trabajador luego de treinta días siguientes a la fecha en que empieza a laborar el trabajador.

[33] Suplemento -- Registro Oficial Nº 180 -- Lunes 10 de febrero de 2014

Es curioso que la misma infracción, la falta de afiliación a la seguridad social, se sancione de modo distinto según el responsable. Es decir si el autor es una persona jurídica, la pena por el delito consistiría en la intervención judicial de la sociedad, más dos tipos de multas: una general por la infracción y otra en relación con cada trabajador no afiliado, lo cual lesiona además el derecho a la justicia e igualdad.

De lo expuesto puedo concluir manifestando que si bien es cierto el Código Orgánico Integral Penal con la promulgación de este artículo en mención busca garantizar el derecho inalienable de los trabajadores con relación de dependencia de acceder a los servicios y coberturas que brinda el seguro obligatorio, pero debería hacerlo paulatina y sistemáticamente para crear una cultura hacia la afiliación obligatoria del trabajador sin tener que acudir a sanciones extremas como la privación de la libertad que únicamente logran en el empleador intimidación para el cumplimiento de sus obligaciones.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1 Legislación de Colombia.

Código Sustantivo del Trabajo.

"Según el Código Sustantivo del Trabajo colombiano, el incumplimiento de la afiliación al Sistema General de Riesgos Profesionales, le acarreará a los empleadores y responsables de la cotización, el no pago de dos o más períodos mensuales de cotizaciones y multas al empleador, sucesivas mensuales de hasta quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes."[34]

Puedo apreciar que en la presente legislación colombiana, no se sanciona como delito la no afiliación al trabajador, como sucede en la legislación penal ecuatoriana, sino con multas de hasta quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, por ende considero que en esta legislación se garantiza el derecho a la libertad de las personas.

[34] See more at: http://www.arlsura.com/index.php/component/content/article/112-centro-de-documentacion-anterior/seguridad-social-y-salud-ocupacional/478--sp-10372#sthash.SnooI0ri.dpuf

4.4.2 Legislación de Venezuela.

Ley que regula el Sistema de paro forzoso y capacitación Laboral.

"Artículo 40. Deberes del Empleador.

Son deberes del empleador, además de los establecidos en la Ley Orgánica de Seguridad Social, los siguientes:

1. *Afiliar a todos los trabajadores bajo su dependencia (…)"*[35]

De acuerdo a la presente Ley, es deber del empleador, afiliar a su trabajador, lo cual tiene estrecha similitud con el Código del Trabajo, que igualmente establece como una de las obligaciones del empleador, la afiliación a los trabajadores.

Este cuerpo legal mencionado, señala además:

"El empleador que incumpla con la obligación de afiliar a sus trabajadores será responsable de cubrir todas las prestaciones y beneficios que correspondan en virtud de este Decreto en caso de cesantía, así como los daños y perjuicios a que hubiere lugar.

El incumplimiento de cualquiera de los deberes establecidos en este artículo dará lugar a la imposición de una multa que oscila entre

[35] Ibídem.

doscientas (200) y dos mil (2000) Unidades Tributarias, de acuerdo a la gravedad del caso."[36]

En este sentido de cuerpo legal se establece una multa de de doscientas a dos mil Unidades Tributarias.

Concordante con lo preceptuado en la citada norma jurídica, la Ley de Seguro Social de Venezuela, señala:

TÍTULO XI

DE LAS SANCIONES.

Art. 178.- Cualquier infracción a las disposiciones de la Ley de Seguro Social y de su Reglamento, hará incurrir al infractor al pago de una multa de doscientos bolívares a dos mil, sin menoscabo de lo previsto en el Título III del Código Orgánico tributario."[37]

Noto que en esta legislación al igual que en la colombiana, la sanción por no afiliación consiste en multas impuestas al empleador, y que de no cumplirlas, se las hace efectivas mediante juicio coactivo, por ende considero que en esta normativa venezolana, si se garantiza el derecho

[36] http://www.monografias.com/trabajos82/ley-que-regula-sistema-paro-forzoso/ley-que-regula-sistema-paro-forzoso2.shtml#ixzz3JAa3qICv

[37] LEY DE SEGURO SOCIAL DE VENEZUELA.

constitucional a la libertad de las personas, lo cual no ocurre en nuestra legislación penal ecuatoriana, que establece penas privativas de libertad para el empleador por no afiliación a la seguridad social.

4.4.3 Legislación de Nicaragua.

REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL.

CAPITULO II

De los Asegurados Obligatorios, de la inscripción de Empleadores y Trabajadores.

***"Art. 2º**.- Los empleadores deben solicitar su inscripción y la de sus trabajadores, dentro del plazo de tres días siguientes a la fecha de la iniciación de su actividad y cumplir con todos los requisitos que le indique el Instituto, sujetos a los recargos que se establecen más adelante por la solicitud extemporánea. El Instituto le suministrará gratuitamente a los empleadores los formularios correspondientes.*

***Art. 3º**.- Los empleadores, además de su primera inscripción, están obligados a comunicar al Instituto, los cambios de giro, traspasos, arrendamientos, fusión de negocios, liquidaciones, traslados de domicilio, suspensión de la actividad y cualquier otro hecho de naturaleza análoga, dentro de los ocho día de su realización.*

Por falta de cumplimiento de esta obligación se le aplicara un recargo administrativo de SEISCIENTOS CORDOBAS NETOS (C$600.00) por cada mes calendario o fracción de retraso, sin, perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar."[38]

En el presente Reglamento de la legislación de Nicaragua, se sanciona igualmente con multa, la no afiliación a la seguridad social de las y los trabajadores.

Del Estudio a las legislaciones de Colombia, Venezuela y Nicaragua, puedo evidenciar que efectivamente en las tres legislaciones la no afiliación a la seguridad social del trabajador, se sanciona con multas, mas no penas privativas de libertad como lo establece el actual Código Orgánico Integral Penal. Por lo expuesto considero que con la finalidad de garantizar el derecho a la libertad de las personas, el Art 244 del Código Orgánico Integral Penal, debe reformarse de manera urgente, estableciendo multas, en lugar de privar de la libertad al empleador, tal como ocurre en el art. 243 del mismo cuerpo legal que establece multas si el empleador que no afilia a sus trabajadores, es una persona jurídica.

[38] REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL. Decreto Nº 975 Gaceta Nº 49 del 1 de Marzo de 2012

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1 MATERIALES UTILIZADOS.

Entre los materiales utilizados en el desarrollo de la presente tesis, tenemos:

- Materiales de escritorio: papel bon, impresora, tinta, flash memory, computador, modem para internet.
- Material bibliográfico: Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal; Ley Orgánica de Seguridad Social; y, Diccionarios Jurídicos, Doctrina de varios autores.

5.2 MÉTODOS.

He utilizado el Método Científico con sus consecuentes derivados Inductivo-Deductivo.

Utilicé así mismo el Método Dialéctico y Materialista Histórico, que me permitió realizar un estudio de todos los fenómenos en sus relaciones con otros y en su estado de continuo cambio, ya que nada existe como un objeto aislado.

El Análisis y la Síntesis son complementarios, en el sentido de que la mayor parte de los métodos se sirven de ellos conjuntamente, de modo

que el uno verifique o perfeccione al otro. Ambos forman una unidad: son dos aspectos, dialécticamente unidos, del ser y del pensamiento.

5.3 PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.

Utilicé las técnicas necesarias que todo tipo de investigación científica requiere como fichas bibliográficas, nemotécnicas, que me sirvieron para el desarrollo de la revisión de literatura.

Para la investigación de campo apliqué la técnica de la encuesta en un número de treinta, las cuales fueron aplicada a treinta profesionales del derecho entre Jueces del Trabajo, Abogados, así como la población civil(trabajadores y empleadores); la cual se concreta a consultas de opción a personas conocedoras de la problemática, las que fueron realizadas aplicando los procedimientos y técnicas de investigación correspondientes, que permitieron el análisis de la información, orientado a verificar los objetivos formulados, para tomar como base jurídica de los fundamentos para la reforma legal.

Los resultados de la investigación se presentan de forma ilustrada mediante barras estadísticas y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que me sirvieron para la verificación de objetivos e hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones, así como para formular la propuesta jurídica de reforma legal.

6. RESULTADOS.

6.1. Resultados de la Aplicación de Encuestas.

En el proceso investigativo fue necesario recopilar datos que coadyuven a la comprobación de los objetivos planteados. Para el efecto he diseñado una encuesta la cual fue aplicada en una población de treinta (30) personas profesionales del Derecho cuyos resultados son:

PRIMERA PREGUNTA.

1.- ¿Considera usted que la no afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, lesiona gravemente un bien jurídico que justifica la privación de la libertad para el empleador?

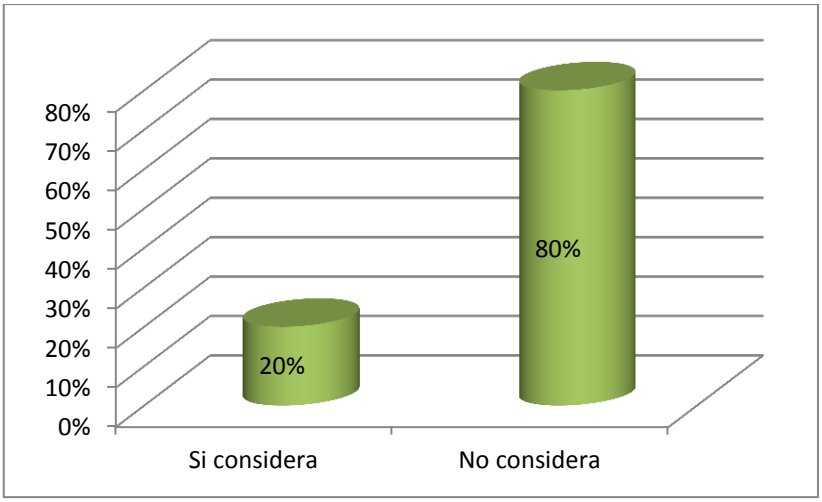
CUADRO N° 1

CRITERIO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI CONSIDERAN	6	20%
NO CONSIDERAN	24	80%
TOTAL:	30	100%

Fuente: Juez del Trabajo y Abogados de la ciudad de Tena.

Autor: Eduardo Morejón.

GRÁFICO N° 1



INTERPRETACIÓN.

A la interrogante planteada, de treinta profesionales del Derecho investigados, el 80% tienen considera extrema la sanción privativa de libertad por el incumpliendo a la no afiliación al IESS por parte del empleador, mientras el 20% considera justa la aplicación de la sanción.

ANÁLISIS.

En efecto los profesionales del Derecho tienen pleno conocimiento de sobre el derecho a la libertad de las personas establecido en la Constitución de la República del Ecuador, derecho innato de todas las personas, el segundo más importante después del derecho a la vida, pues se encuentra aún plasmado en la Declaración de los Derechos Humanos.

SEGUNDA PREGUNTA

2.-¿A su criterio la Privación de la Libertad del empleador por no afiliación a la seguridad social de las y los trabajadores, genera las siguientes afectaciones socio jurídicas:

a) Vulnera el derecho a la seguridad social.

b) Viola el derecho a la libertad de las personas.

c) Se contrapone a derechos constitucionales como la igualdad.

d) Otros

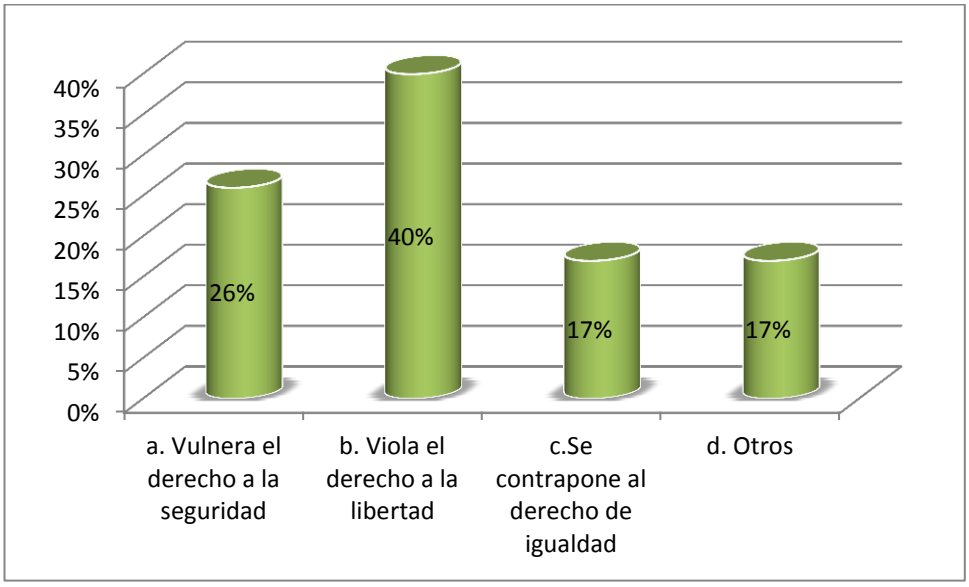
CUADRO N° 2

CRITERIO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
a) Vulnera el derecho a la seguridad social.	8	26%
b) Viola el derecho a la libertad de las personas	12	40%
c) Se contrapone a derechos constitucionales como la igualdad.	5	17%
d) Otros	5	17%
TOTAL:	30	100%

Fuente: Juez de Trabajo y Abogados de la ciudad de Tena

Autor: Eduardo Morejón

GRÁFICO N° 2



INTERPRETACIÓN.

En esta interrogante, los investigados, contestan de la siguiente forma: el 26% considera que vulnera el derecho a la seguridad social; el 40% considera que viola el derecho a la libertad de las personas; el 17% se contrapone a derechos constitucionales como la igualdad; y, otros consideran que se restringe el derecho al trabajo, por falta de fomento en la industria.

ANÁLISIS.

La población encuestada, en un porcentaje considerable estima que efectivamente con la privación de la libertad del empleador por no afiliación a la seguridad social de las y los trabajadores, se viola el

derecho a la libertad de las personas. En menor porcentaje contestan que se viola el derecho a la seguridad social; el derecho a la igualdad, así como el derecho al trabajo.

Obviamente sin lugar a dudas, al privarle a una persona por no haber cumplido sus obligaciones a tiempo, como es afiliar a su trabajador, se atenta con un derecho tan importante como es la libertad. Pues todos conocemos que la misma Constitución de la República de Ecuador, garantista de los derechos de las personas, señala que esta pena se aplica en casos excepciones y en delitos considerados graves, por ende sería injusto privar a una persona por el hecho de no haber afiliado a su trabajador. Estimo que debería por lo menos considerarse cuales son las causas de la no afiliación, ya sea por iliquidez de la empresa u otras circunstancias.

TERCERA PREGUNTA.

3.-¿Estima usted que al establecerse penas privativas de libertad para el empleador persona natural y penas pecuniarias e intervención de la empresa para una persona jurídica, por la no afiliación al instituto ecuatoriano de seguridad social, en el código orgánico integral penal, lesiona el derecho a la igualdad establecido en la Carta Magna?

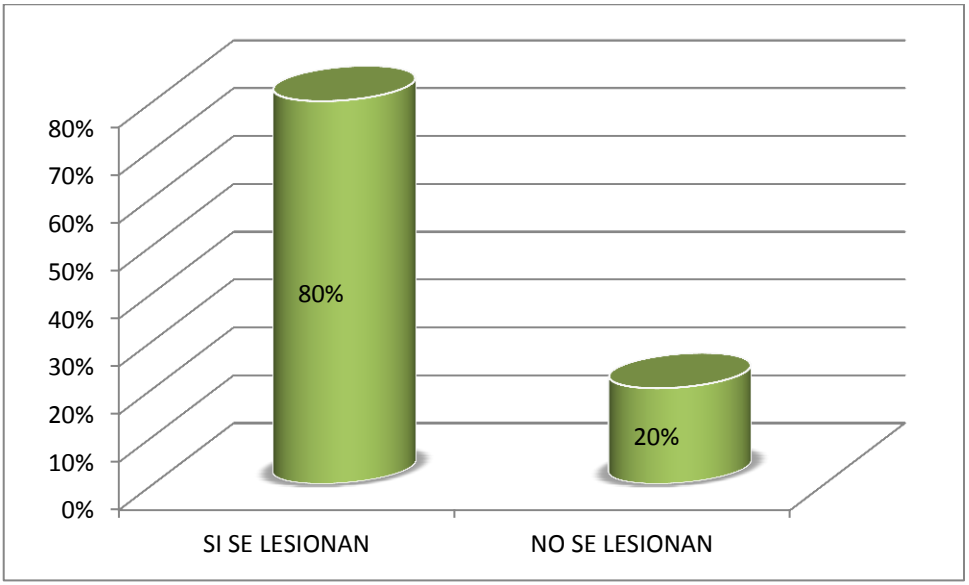
CUADRO N° 3

CRITERIO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ SE LESIONA	24	80%
NO SE LESIONA	6	20%
TOTAL:	30	100%

Fuente: Abogados de la ciudad de Tena y empleadores.

Autor: Eduardo Morejón.

GRÁFICO N° 3



INTERPRETACIÓN.

A la interrogante planteada, el 80% de la población encuestada, considera que al establecerse penas privativas de libertad para el empleador, por la no afiliación al instituto ecuatoriano de seguridad

social, en el Código Orgánico Integral Penal, se lesiona el derecho a la Igualdad establecido en la Carta Magna; mientras que, el 20%, consideran que no.

ANÁLISIS.

En efecto los investigados consideran que el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, es discriminatorio, y atenta a la seguridad, jurídica, igualdad y tutela efectiva, pues establece sanciones diversas para los empleadores por la no afiliación, es así de acuerdo al Art. 243 ibídem, si el empleador es una persona jurídica que no ha afiliado a sus trabajadores, se sanciona con multa e intervención de la empresa; mientras que si el empleador es una persona natural, se sanciona con penas privativas de la libertad.

CUARTA PREGUNTA.

4.-¿Considera usted que al igual que en las legislaciones de Colombia, Venezuela y Nicaragua, en el Ecuador, se debe sustituir la pena privativa de libertad por multa en casos de no afiliación oportuna?

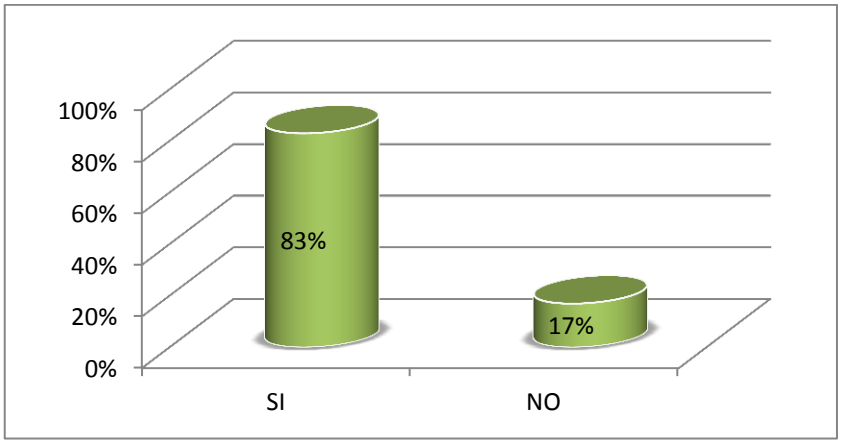
CUADRO N° 4

CRITERIO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ CONSIDERAN	25	83%
NO CONSIDERAN	5	17%
TOTAL:	30	100%

Fuente: Abogados de la ciudad de Tena

Autor: Eduardo Morejón.

GRÁFICO N° 4



INTERPRETACIÓN.

A la interrogante planteada, el 83%, considera usted que al igual que en las legislaciones de Colombia, Venezuela y Nicaragua, en el ecuador, se debe sustituir la pena privativa de libertad por multa en casos de no afiliación oportuna; mientras que, el 17% consideran que no.

ANÁLISIS.

Los profesionales del Derecho al ser encuestados, con la presente interrogante consideran que es sorprendente que el Asambleísta, irrespetando los más elementales derechos de las personas como es la libertad, la igualdad, tipifiquen y sancionen como delito la no afiliación a la seguridad social, lo cual es un absurdo, pues en las legislaciones del derecho Comparado, se sancionan con multas y se las cobra mediante coactiva, que bien pueden aplicarse en el caso de nuestro país.

QUINTA PREGUNTA.

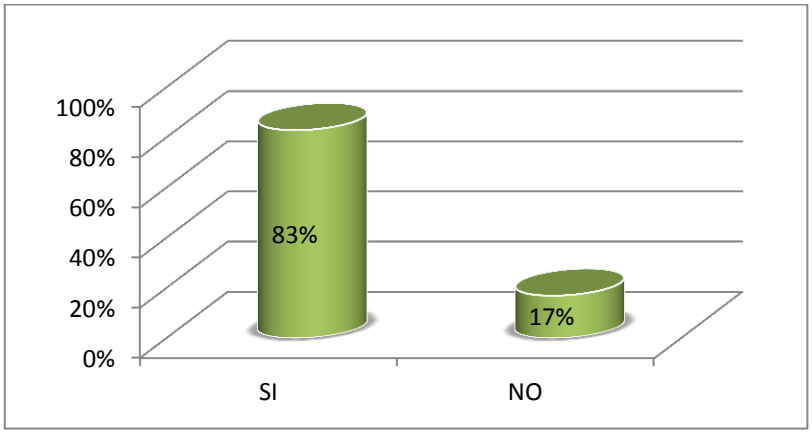
5.-¿Considera usted que se debe formular un proyecto de reforma legal al art. 244 del Código Orgánico Integral Penal, relacionado a la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que disminuya la sanción privativa de libertad para el empleador?

CUADRO N° 5

CRITERIO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ CONSIDERAN	25	83%
NO CONSIDERAN	5	17%
TOTAL:	30	100%

Fuente: Abogados de la ciudad de Tena

Autor: Eduardo Morejón.



INTERPRETACIÓN.

En la presente interrogante, tenemos que el 83% de la población encuestad, considera que se debe formular un proyecto de reforma legal al Art. 244 del Código Orgánico Integral penal, relacionado a la no afiliación al instituto ecuatoriano de seguridad social; mientras que, el 17% no está de acuerdo con tales reformas.

ANÁLISIS.

Los encuestados que en su mayoría, estiman que el Art 244 del Código Orgánico Integral Penal, amerita reformarse, consideran que el derecho a la libertad, es un derecho muy importante que tiene todo ser humano, por ende no debe ser conculcado sino por situaciones en las que la persona haya infringido gravemente la ley penal. La población que no está de acuerdo en cambio señala que es la única forma de presionar al

empleador, para que cumpla con sus obligaciones y no vulnere el derecho a la afiliación que tiene todo trabajador.

Del estudio de la investigación de campo realizada, efectivamente se puede constatar que se debe reformar el Art. 244 del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto a más de restringirse el derecho a la libertad consagrado tanto en la Constitución de la República del Ecuador, como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por ende el Estado como garante de los derechos de las personas debe hacerlos efectivos a través de la expedición de normas armónicas y congruentes.

7. DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de Objetivos.

Dentro de la presente investigación he planteado los siguientes objetivos, un objetivo general y tres objetivos específicos.

El Objetivo General fue:

“Realizar un estudio jurídico-doctrinario y crítico, relacionado a la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el Ecuador y sus afectaciones socio jurídicas, para sancionarlo en el Código Orgánico Integral Penal.”

Este objetivo fue verificado, mediante el desarrollo de la Revisión de la Literatura, como con las preguntas 2 y 3 de la encuesta aplicada, donde efectivamente se corrobora que las afectaciones que se derivan de la no afiliación, se generan tanto para el trabajador como para el empleador. En el caso del trabajador se vulnera su derecho a la seguridad social, y, para el empleador, se restringe el derecho a la igualdad, justicia y libertad, establecidos en la Carta Magna.

Objetivos Específicos.

“Determinar que al establecerse penas privativas de libertad por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, se lesiona el derecho a la igualdad, justicia y libertad, establecidos en la Carta Magna.”

Este objetivo se verifica con la aplicación de la pregunta 3 de la encuesta, por cuanto en efecto los investigados piensan que el art 244 del Código Orgánico Integral Penal, es discriminatorio, pues si quien no afilia a los trabajadores es una persona jurídica, según el Art 243, se sanciona con multas e intervención de la empresa, en cambio sí es una persona natural, se sanciona con penas privativas de libertad.

Además consideran que se limita el derecho al trabajo, por la falta de fomento de la industria debido a la serie de trabas impuestas por las diversas leyes existentes en el país.

“Realizar un estudio de Derecho Comparado sobre la no afiliación a la seguridad social, relacionándola con la legislación ecuatoriana.”

Este objetivo se verificó con el desarrollo del numeral 4.4 de la Revisión de la Literatura, así como con la aplicación de la pregunta 4 de la encuesta, donde efectivamente en las legislaciones de Colombia, Venezuela y Nicaragua, la no afiliación a los trabajadores de sanciona con multas.

“Formular un proyecto de reforma legal al Art. 244 del Código Orgánico Integral Penal, relacionado a la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.”

Este objetivo lo he alcanzado con la pregunta 5 de la encuesta, así como mediante la propuesta jurídica que consta en la presente investigación por cuanto en realidad he reformado el art. 244 del Código Orgánico Integral Penal, sancionando con multas pecuniarias, la no afiliación a la seguridad social por parte del empleador.

7.2 Contrastación de Hipótesis.

Al establecerse penas privativas de libertad por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, se lesiona el derecho a la igualdad, justicia y libertad, establecidos en la Carta Magna.

En verdad esta hipótesis se ha contrastado positivamente, toda vez que al sancionarse con pena privativa de libertad, la no afiliación a la seguridad social por parte del empleador, si este es una persona natural, se lesiona el derecho a la igualdad, justicia y libertad establecidos en la Carta Magna.

7.3 Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.

La Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 29, literal c) del Art. 66, establece y garantiza el derecho a la libertad estableciendo que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

Considero que el derecho a la libertad personal, es un derecho innato de todos los hombres y que no puede restringirse el mismo, salvo los casos de que una persona haya cometido un delito.

El nuevo Código Orgánico Integral Penal tipifica nuevos delitos, uno de ellos tiene que ver con la no afiliación al Seguro Social. El artículo 244 del documento establece que la o el empleador que no afilie a sus trabajadores 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.

Recordemos que la afiliación del empleado al IESS cubre contingencias como enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte, entre otras. En términos generales están obligados a la mencionada afiliación todos aquellos que desarrollen actividades económicas y perciban ingresos por este concepto, el trabajador en relación de dependencia, el trabajador

autónomo, el profesional en libre ejercicio, el administrador o patrono de un negocio, el dueño de una empresa unipersonal y el menor trabajador independiente.

Según el artículo 34 de la Constitución de la República del Ecuador, tenemos: “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 por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación para la atención de las necesidades individuales y colectivas.”[39], por ende es deber del Estado ecuatoriano, dar cumplimiento de estos principios mediante una seguridad social digna.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la Seguridad Social. "Este bonito enunciado, de corte esencialmente humanista y encasillado dentro de parámetros de justicia social, solidaridad y dignificación humana, consta precisamente en el artículo 34 de la Constitución actual y que se relaciona también con el art. 14 que habla del Buen Vivir. Para que sea un hecho palpable este buen vivir tiene que mejorarse la calidad de vida y aquí el IESS juega un rol importantísimo en la prestación de sus servicios.

[39] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada al 2013

Estimo que en caso de no afiliación, el trabajador puede tener una intervención por parte del órgano de control, se debe aplicar una multa de tres a cinco remuneraciones básicas unificadas por cada trabajador que no haya sido afiliado al IESS y como última instancia la pena privativa de libertad.

Sin embargo, es necesario hacer hincapié que no es falso que muchas veces son los mismos empleados que no desean afiliarse al IESS y eso ocurre por la poca confianza que tienen en la institución, llegando, incluso, al punto de decir que si los afiliaban renunciaban.

A mi criterio considero un poco exagerada la pena de tres a siete días de prisión, puesto que los cambios culturales deben ser paulatinos, por ende se debe presionar con multas para que la gente tome conciencia.

Cabe mencionar que así también en algunas empresas los empleados requieren que si se los va a afiliar que sea a algo de calidad, y como ejemplo cita la situación en el Hospital del IESS de Cuenca, donde se daba 11 mil atenciones al año, hoy en día es 44 mil, pero no se les hace a todos.

Algunos profesionales del Derecho consultados, consideran que si van a sancionar a las personas que no afilien al IESS, está bien, pero si la gente no percibe que la afiliación es efectiva y tiene que pasar haciendo colas, esperando meses para una consulta, el mismo afiliado es el que se opone, al tratarse de un servicio enteramente deficitario.

A mi modesto criterio la sanción de pena privativa de libertad de tres a siete días por no afiliación, es extremada y contradictoria con lo dispuesto en la Carta Magna, que garantiza el derecho a la igualdad, justicia y libertad de todas las personas. En este sentido y a fin de tutelar estos derechos considero que el Art. 244 del Código Orgánico Integral Penal, amerita una reforma legal urgente, sustituyéndose a la pena de prisión preventiva por una sanción pecuniaria o multa, y en último ratio, aplicarse la prisión preventiva.

8. CONCLUSIONES.

PRIMERA:

La no afiliación del trabajador desde el primer día de labores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social lesiona el derecho a la seguridad social y no le permite acceder a las prestaciones y servicios que brinda el IESS.

SEGUNDA:

Las afectaciones que se derivan de la no afiliación, se generan tanto para el trabajador como para el empleador. En el caso del trabajador se vulnera su derecho a la seguridad social, y, para el empleador, se restringe el derecho a la igualdad, justicia y libertad establecidas en la Carta Magna.

TERCERA:

El Art. 244 del Código Orgánico Integral Penal, es discriminatorio, pues si quien no afilia a los trabajadores es una persona jurídica, según el Art. 243, se sanciona con multas y la intervención de la empresa, en cambio sí es una persona natural, se sanciona con penas privativas de libertad. Además con las sanciones impuestas al empleador por no afiliación, se limita el derecho al trabajo, por la falta de fomento de la industria debido a la serie de trabas impuestas por las diversas leyes existentes en el país.

CUARTA:

En las legislaciones de Colombia, Venezuela y Nicaragua, la no afiliación a los trabajadores de sanciona con multas, por ende se tutela el derecho a la libertad de las personas.

QUINTA:

Se debe reformar el art. 244 del Código Orgánico Integral Penal, disminuyendo la pena privativa de libertad, por la no afiliación a la seguridad social por parte del empleador.

9. RECOMENDACIONES.

PRIMERA:

Al Estado ecuatoriano, que haga efectivos los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador para todas las personas, aplicando normativas que busque una cultura de afiliación al seguro general obligatorio, de manera paulatina y no aplicando sanciones extremas.

SEGUNDA:

A los Asambleístas, expidan Leyes armónicas, acordes a la realidad socio económica y jurídica del país, priorizando los derechos de las personas, como es la libertad, igualdad, seguridad jurídica, seguridad social y derecho al trabajo.

TERCERA:

Luego este arduo trabajo investigativo me permito exhortar a la Asamblea Nacional del Ecuador, para que por medio de sus Asambleístas, convoquen para un dialogo tripartito con: Empleadores, Trabajadores y Autoridades del Seguro Social para impulsar desde la Función Legislativa, un proceso de reformas a la Ley de Seguridad Social con el objetivo

específico de mejorar la calidad de atención medica brindada por esta entidad.

CUARTA:

A los Asambleístas, que las legislaciones de los países como Colombia, Venezuela y Nicaragua sirvan como un referente en la prescripción de sanciones a una persona natural con respecto a la no afiliación del trabajador al Instituto de Ecuatoriano de Seguridad social.

QUINTA:

A los Asambleístas, que reformen el Art. 244 del Código Orgánico Integral Penal, aplicando la pena de privación de libertad por un tiempo máximo de dos días por el incumplimiento de las obligaciones del empleador, como es la no afiliación oportuna al trabajador, en lugar de la prisión preventiva que va de tres a siete días.

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica.

REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

EL PLENO

CONSIDERANDO:

QUE, el numeral 3 del Art 11 de la Constitución de la República del Ecuador señala que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte;

QUE, 4 del Art 11 de la Constitución de la República del Ecuador determina que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

QUE, el numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

QUE, el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador., reconoce el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

QUE, de conformidad a las atribuciones y competencias de la Asamblea Nacional. Y en ejercicio de sus facultades constituciones que el confiere el numeral 6 del Art. 120 expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

Art. 1 SUSTITUYASE EL ARTÍCULO 244 POR EL SIGUIENTE:

"Art. 244.- La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de los treinta días contados a partir del primer día de labores, se le concederá un plazo de 72 horas luego de haber sido notificada para que proceda a afiliar al trabajador. En caso de no cumplir con este deber, será sancionado con pena privativa de libertad de dos días, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que por dicho incumplimiento hubiere lugar."

Art. Final.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los 28 días del mes de noviembre del dos mil catorce.

Gabriela Alejandra Rivadeneira Burbano.

Presidenta

Libia Rivas

Secretaria General

10. BIBLIOGRAFÍA.

- BARZALLO SEADE, María Agusta. Análisis del Derecho Laboral. Ediciones Carpol. Editorial Jurídica Carrión. Cuenca 2012. Pág. 202
- CABANELLAS de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico de Derecho Usual. Ob. Cit. Tomo VI. Pág. 215
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico de Derecho Elemental. Editorial Heliasta. Edición 2005. Pág. 298
- CALDERA, Rafael. Derecho del trabajo, Segunda edición, Buenos Aires: Ed. El Ateneo. 1960. Pág. 54
- Citado por MUÑOZ RAMÓN, Roberto. Análisis Práctico del Derecho Mexicano del Trabajo. Quinta Edición, México. Editorial Sista. S.A. 1996. Pág. 179
- Concepto de trabajador, en Rosa Bailón, Legislación Laboral, escrito por R. Bailón, 2004, México.
- DÍAZ, Ruy. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ediciones Océano. 2000. Pág. 178
- Diccionario de la Lengua Española.- Real Academia Española.- Vigésima Edición. IV Tomo. Pág. 829
- Definición de relación de dependencia. Qué es, Significado y Conceptohttp://definicion.de/relacion-de-dependencia/#ixzz3ItQotFET

- Derecho Penal. Parte General", Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2012.
- IAEN. INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS. LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR. DOCUMENTO.
- LEY DE SEGURO SOCIAL DE VENEZUELA.
- Luis Lizama, Derecho del Trabajo, editorial Lexis Nexis, 2003, p. 3
- MACHICADO, Jorge; Derecho del Trabajo , Sucre, Bolivia: USFX Universidad San Francisco Xavier, 2010, página 6
- MARC, Jorge Enrique, Introducción Al Derecho Laboral, Buenos Aires, Argentina, De Palma, 1979, página 80.
- MUÑOZ RAMÓN, Roberto. Análisis Práctico del Derecho Mexicano del Trabajo. Quinta Edición, México. Editorial Sista. S.A. 1996. Pág. 178
- OMS. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la salud, Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, junio 19 julio 22. 1946.
- OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". Primera Edición Electrónica. Realizada por Datascan, S.A. Guatemala, C.A.
- RAMOS ANRANGO, Catalina Elizabeth. PROPUESTA DE UN MANUAL DE PROCEDIMIENTOS INTERNOS PARA EL DEPARTAMENTO DE AFILIACIÓN Y CONTROL PATRONAL DE LA DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL. Año 2011

- Resolución CD 021 “Reglamento Orgánico Funcional del IESS.
- SIGERIST, Henry E. Medicine and human welfare. New Haven: Yale University, 1941
- STAMPAR, Andrija. Carta Funcional de la OMS, fragmento. 7 de abril de 1946.
- Suplemento. Registro Oficial Nº 180. Lunes 10 de febrero de 2014

Páginas Web

- http://deconceptos.com/ciencias-sociales/afiliacion
- http://www.seguridadsocialparatodos.org/node/1
- http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323es
- http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/empleador
- http://www.derecho.com/c/Sancion_pecuniaria
- http://es.wikipedia.org/wiki/Pena_pecuniaria
- http://www.ciss.org.mx/index_es.php?mod=historia
- http://www.monografias.com/trabajos82/ley-que-regula-sistema-paro-forzoso/ley-que-regula-sistema-paro-forzoso2.shtml#ixzz3JAa3qICv

11. ANEXOS.

- **Anexo 1. Proyecto de Investigación.**

1. Tema.

"REFORMAS LEGALES AL ART. 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RELACIONADO A LA NO AFILIACIÓN AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR"

2. Problemática.

La Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 29, literal c) del Art. 66, establece y garantiza el derecho a la libertad estableciendo que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

La Norma Suprema en el Art. 34, garantiza el derecho a la seguridad social, señalando que 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 por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

Se establece además que 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; sin embargo, es el mismo Estado ecuatoriano el que está fallando al no brindar servicios de óptima calidad en lo que respecta a la seguridad social, pues el afiliado para ser atendido debe hacerlo mediante llamada telefónica, tardándose días y meses en logar tan ansiada atención médica.

Recientemente mediante la expedición del Código Orgánico Integral Penal, se tipifica como delito, la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de las los trabajadores en relación de dependencia, así en el artículo 244 ibídem, se establece 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, lo cual a mi modesto criterio es extremado y contradictorio con lo dispuesto en la Carta Magna, que garantiza el derecho a la libertad, tutela efectiva y seguridad jurídica de

todas las personas. Además pienso que se restringe el derecho al trabajo, debido a que el empleador, por temor de ser privado de su libertad, evitaría contratar trabajadores. En este sentido y a fin de tutelar los ya citados derechos, considero que el Art. 244 del Código Orgánico Integral Penal, amerita una reforma legal urgente, sustituyéndose a la pena de prisión preventiva por una sanción pecuniaria o multa.

3. Justificación.

Con la finalidad de dar cumplimiento a uno de los requisitos establecidos por el Alma Mater, como es el de realizar un trabajo investigativo, previo a optar por el Grado de Abogado, he considerado pertinente realizar un estudio sobre la temática, titulada: **"REFORMAS LEGALES AL ART. 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RELACIONADO A LA NO AFILIACIÓN AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR."**

Considero que el tema planteado reviste singular importancia, toda vez que es necesario armonizar el marco jurídico penal que sanciona la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con lo establecido en el numeral 29, literal c) del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, que garantiza el derecho a la libertad de las personas, prohibiendo que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por

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

Pienso que mediante el desarrollo de la temática planteada, me servirá primeramente para cumplir con una de los requisitos, previos a la Graduación y por cuanto el objeto de estudio es de vital relevancia y de notoria trascendencia social en la actualidad, toda vez que considero que el Asambleísta exageró al establecer penas privativas de libertad por la no afiliación a la seguridad social a un trabajador en relación de dependencia. Estimo que esta disposición legal amerita una reforma legal urgente, sustituyendo la pena privativa de libertad por una sanción pecuniaria o multa.

El presente trabajo investigativo, es de vital importancia ya que a través del estudio doctrinal y jurídico de la materia a tratar me permitirá tener un mayor conocimiento y una amplia visión sobre el objeto de estudio antes referido, aportando de este modo a una mejor compresión y percepción del mismo. Es así, que dicho tema de estudio, será tratado y abordado con tal seriedad y responsabilidad, ser de notable connotación en la actualidad; por cuanto es necesario regular lo relativo a la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Este trabajo de investigación será abordado con seriedad de tal manera que con la culminación del mismo se convierta en fuente generador de conocimientos para las futuras generaciones inmersas en el campo del Derecho.

4. Objetivos.

4.1. Objetivo General.

e) Realizar un estudio jurídico-doctrinario y crítico, relacionado a la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el Ecuador y sus afectaciones socio jurídicas, para sancionarlo en el Código Orgánico Integral Penal.

4.2. Objetivos Específicos.

f) Determinar que al establecerse penas privativas de libertad por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, se lesiona el derecho a la libertad, tutela efectiva, seguridad jurídica y derecho al trabajo, establecidos en la Carta Magna.

g) Realizar un estudio de Derecho Comparado sobre la no afiliación a la seguridad social, relacionándola con la legislación ecuatoriana.

h) Formular un proyecto de reforma legal al Art. 244 del Código Orgánico Integral Penal, relacionado a la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

5. Hipótesis.

Al establecerse penas privativas de libertad por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, se lesiona el derecho a la libertad, tutela efectiva, seguridad jurídica y derecho al trabajo, establecidos en la Carta Magna.

6. Marco Teórico.

El Diccionario de la Real Academia, recoge la palabra de libertad: "facultad natural que tiene el hombre de obra de una manera u otra, y no obra, por, lo que es responsable de sus actos. Estado del que no está preso. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres.

La libertad sería, pues, la ausencia de sujeción o subordinación que permite hacer todo cuanto no se oponga a las leyes.

El derecho a la libertad incluye la libertad natural. Así, se ha dicho que la libertad debe ser entendida como el paradigma de la no violencia física o

espiritual, y que el rechazo de la violencia moral propone la extensión de la libertad personal a la libertad no solo física, sino también espiritual."[40]

Es decir, el derecho a la liberta personal, surge como protección de ésta frente a las arbitrariedades y los abusos del poder está en la base de todo el movimiento constitucionalista y de la forja de las Declaraciones de Derechos: así la declaración de derechos del hombre y del ciudadano tiene uno de sus raíces en la reacción frente a los *lettres de cachet* que permitían la detención arbitraria, por periodo indefinido de las persona y la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, tiene su origen en la intención de evitar los *Writs of Anistance* que el Parlamento otorgaba a las autoridades coloniales para registrar personas e instalaciones y detener a aquellos.

En el artículo 9 Inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que "todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. De igual modo en el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica, cuando se dispone que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal;

---

[40] MORANGE. La libertad y la seguridad personal, como la protección contra todo forma de detención arbitraria.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios."[41]

La Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 29, literal c) del Art. 66, establece y garantiza el derecho a la libertad estableciendo que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

Considero que el derecho a la libertad personal, es un derecho innato de todos los hombres y que no puede restringirse el mismo, salvo los casos de que una persona haya cometido un delito.

El nuevo Código Orgánico Integral Penal tipifica nuevos delitos, uno de ellos tiene que ver con la no afiliación al Seguro Social. El artículo 244 del documento establece que la o el empleador que no afilie a sus trabajadores seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a siete días.

[41] PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

Recordemos que la afiliación del empleado al IESS cubre contingencias como enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte, entre otras. En términos generales están obligados a la mencionada afiliación todos aquellos que desarrollen actividades económicas y perciban ingresos por este concepto, el trabajador en relación de dependencia, el trabajador autónomo, el profesional en libre ejercicio, el administrador o patrono de un negocio, el dueño de una empresa unipersonal y el menor trabajador independiente.

Según el artículo 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 por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación para la atención de las necesidades individuales y colectivas."[42], por ende es deber del Estado ecuatoriano, dar cumplimiento de estos principios mediante una seguridad social digna.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la Seguridad Social. "Este bonito enunciado, de corte esencialmente humanista y encasillado dentro de parámetros de justicia social,

[42] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada al 2013

solidaridad y dignificación humana, consta precisamente en el artículo 34 de la Constitución actual y que se relaciona también con el art. 14 que habla del Buen Vivir. Para que sea un hecho palpable este buen vivir tiene que mejorarse la calidad de vida y aquí el IESS juega un rol importantísimo en la prestación de sus servicios.

Estimo que en caso de no afiliación, el trabajador puede tener una intervención por parte del órgano de control, se debe aplicar una multa de tres a cinco remuneraciones básicas unificadas por cada trabajador que no haya sido afiliado al IESS y como última instancia la pena privativa de libertad.

Sin embargo, es necesario hacer hincapié que no es falso que muchas veces son los mismos empleados que no desean afiliarse al IESS y eso ocurre por la poca confianza que tienen en la institución, llegando, incluso, al punto de decir que si los afiliaban renunciaban.

A mi criterio considero un poco exagerada la pena de uno a siete días de prisión, puesto que los cambios culturales deben ser paulatinos, por ende se debe presionar con multas para que la gente tome conciencia.

Cabe mencionar que así también en algunas empresas los empleados requieren que si se los va a afiliar que sea a algo de calidad, y como ejemplo cita la situación en el Hospital del IESS de Cuenca, donde se

daba 11 mil atenciones al año, hoy en día es 44 mil, pero no se les hace a todos.

Algunos profesionales del Derecho consultados, consideran que si van a sancionar a las personas que no afilien al IESS, está bien, pero si la gente no percibe que la afiliación es efectiva y tiene que pasar haciendo colas, esperando meses para una consulta, el mismo afiliado es el que se opone, al tratarse de un servicio enteramente deficitario.

A mi modesto criterio la sanción de pena privativa de libertad de uno a siete días por no afiliación, es extremada y contradictoria con lo dispuesto en la Carta Magna, que garantiza el derecho a la libertad, tutela efectiva y seguridad jurídica de todas las personas. En este sentido y a fin de tutelar este derecho considero que el Art. 244 del Código Orgánico Integral Penal, amerita una reforma legal urgente, sustituyéndose a la pena de prisión preventiva por una sanción pecuniaria o multa, y en último ratio, aplicarse la prisión preventiva.

7. Metodología.

La metodología que se aplicara en este proyecto de investigación se recurrirá a los métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, formas o medios de permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos; instrumentos utilizados para la descripción del derecho positivo como objeto de la ciencia jurídica. Tal es el caso de los métodos desarrollados por Savigny

para la interpretación del derecho: histórico, gramatical, sistémico y teleológico. Cabe señalar además que el desarrollo del discurso formal que expone el tema objeto de estudio recurre a métodos lógicos preconizados por el formalismo jurídico: descripción, inducción, análisis y síntesis.

En la presente investigación utilizare los siguientes métodos y técnicas para un mejor compendio de la información.

Investigación de campo.- se realizara un diagnóstico, mediante la técnica de la encuesta dirigidas a personal administrativo, docentes y demás instituciones relacionadas con el tema.

Investigación documental.- la bibliografía, de las diferentes leyes, códigos, reglamentos vigentes, acuerdos, esto nos ayudara a reforzar y desarrollar bien el tema.

Tipos de investigación: aplicada y descriptiva.

Investigación aplicada.- Es la utilización de todos los conocimientos obtenidos durante las prácticas para poder aplicarlos en los resultados de la investigación a favor de la sociedad.

Investigación descriptiva.- También conocida como la investigación estadística en la que se describen los datos y características de la población o fenómeno en estudio.

Métodos de investigación:

Método científico.

Planteadas en nuestra investigación con las siguientes etapas: Elección y enunciado del problema, Estructuración de un marco teórico o referencial, Construcción de la hipótesis, Prueba de la hipótesis, y la Propuesta.

Método lógico: Deductivo- Inductivo.

Este se lo aplico en la elaboración de la hipótesis y la inducción cuando sobre la base de distintas opiniones receptadas en las encuestas, se puede hacer la generalización del o los problemas.

Método Analítico.

Es la organización de los datos obtenidos de tal forma que nos facilite la evaluación de la hipótesis.

Técnicas de investigación.

De campo, a través de la encuesta aplicada a una muestra de la población.

La técnica estadística es la presentación de los datos, por medio de diagramas comparativos, sobre nuestra encuesta donde los resultados se expresan en porcentajes.

Diseño de la muestra.- Este diseño de la muestra es en base de una selección, procurando que todos los elementos de la muestra tengan las mismas posibilidades para ser encuestados.

La encuesta será aplicada en una población de treinta (30) personas de entre personas vinculadas a la Corte Provincial de Justicia en lo referente a jueces y Abogados en libre ejercicio de la Ciudad de Tena.

Finalmente los resultados recopilados serán publicados en la Tesis de Grado correspondiente donde se reflejara el proceso del desarrollo investigativo en los análisis de los resultados a base de cuadros estadísticos para mayor comprensión, llegando a la comprensión de los objetivos y la verificación de la hipótesis planteada al inicio del proyecto investigativo, finalizando el informe con la exposición y redacción de conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma de Ley.

8. Cronograma.

ACTIVIDADES	Sept.				Octubre				Noviembre				Diciembre				Enero			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Problematización	X																			
2. Elaboración del Proyecto		X																		
3. Presentación del Proyecto			X																	
4. Acopio de la información bibliográfica.				X	X	X	X	X												
5. Investigación de Campo									X	X	X									
6. Análisis de información												X	X	X						
7. Elaboración del borrador del informe final															X	X	X			
8. Sesión Reservada																		X		
9. Defensa Pública y Graduación.																			X	

9. Presupuesto y financiamiento.

En toda Investigación, se hace necesario contar con recursos humanos, económicos y materiales que permitan la ejecución y desarrollo de la investigación a efectuarse, en este ítem, se presenta los recursos que se requiere para realizar la investigación.

9.1.- Recursos Humanos.

Proponente del Proyecto: Morejón González Roberto Eduardo.

Población Investigada: Funcionarios vinculados a la Corte Provincial de Justicia en lo referente a jueces y Abogados en libre ejercicio de la Ciudad de Tena.

9.2.- Recursos Económicos y Materiales.

MATERIALES	COSTOS
Suministros de Oficina	$200.00
Viajes al Sector objeto de estudio	$ 500.00
Alquiler Computadora	$ 50.00
Impresiones	$ 150.00
Internet	$ 30.00
Imprevistos	$ 150.00
TOTAL	**$ 1080.00**

El total de gastos asciende a la suma de MIL OCHENTA USD, que serán financiados con recursos propios, accediendo para ello a un crédito en una institución financiera.

10. Bibliografía.

- ALEXY, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid– 1993
- BANACLOCHE PALAO, Julio. La Libertad Personal y sus Limitaciones Detenciones y Retenciones dentro del Derecho Español, Mcgraw – Hill, Madrid, 1996.
- BARILE, PADO, Diritti dell Uomoe Libertad, Fundamentali, Il Mulino, Bolonia -1984.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, 10ma. Edición.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. Derecho a la Libertad Personal y Diligencias Policiales de Identificación, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco: "Libertad Personal, Detención Arbitraria y Hábeas Corpus": Las Novedades en la Constitución de 1993 – Lima, 1990.
- GIMENO SENDRA, Vicente: La Detención, Bosch, Barcelona, 1977.

- GONZALES TRUVIJANO, SANCHEZ, Pedro José: Libertades, Circulación, Residencia, entrada y salida de España, Civitas, Madrid – 1991.
- MORANGE, Jean, Droits de l" homme et Libertes publiques, presses Universitaires de France, Paris, 1985.
- Novak, Fabiàn. Namihas Sandra. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Academia de la Magistratura.
- OUTURE Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ta. Edición.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luís: Sistema Político de la Constitución Española de 1978, Edersa. Madrid, 1985.

Textos Legales

- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; 2008,** Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente.
- **CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, 2014**Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb-2014
- **LEY DE SEGURIDAD SOCIAL 2009**

  Suplemento del Registro Oficial 587 de 11 de mayo del 2009
- **LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, 2009**

  Ley 0 Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009

Páginas Web.

- www.derechoecuador.com
- http://www.asambleanacional.gov.ec/leyes-asamblea-nacional.html
- http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf
- http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2012/11/26/la-proporcionalidad-de-las-penas
- http://www.biess.fin.ec/files/ley-transaparencia/base-legal/LEY-SEGURIDAD-SOCIAL.pdf
- http://iusinvocatio.wordpress.com/2011/03/06/principio-de-lesividad/
- http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_proporcionalidad
- http://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum#cite_note-1

- **Anexo 2. Encuesta.**

PRIMERA PREGUNTA.

¿CONSIDERA USTED QUE LA NO AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, LESIONA GRAVEMENTE UN BIEN JURÍDICO QUE JUSTIFICA LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PARA EL EMPLEADOR?

SEGUNDA PREGUNTA

¿A SU CRITERIO LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DEL EMPLEADOR POR NO AFILIACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS Y LOS TRABAJADORES, GENERA LAS SIGUIENTES AFECTACIONES SOCIOJURIDICAS:

a) Vulnera el derecho a la seguridad social.
b) Viola el derecho a la libertad de las personas.
c) Se contrapone a derechos constitucionales como la igualdad.
d) Otros

TERCERA PREGUNTA.

3.¿ESTIMA USTED QUE AL ESTABLECERSE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD PARA EL EMPLEADOR Y PENAS PECUNIARIAS E INTERVENCIÓN DE LA EMPRESA PARA UNA PERSONA JURÍDICA, POR LA NO AFILIACIÓN AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL,

LESIONA EL DERECHO A LA IGUALDAD ESTABLECIDO EN LA CARTA MAGNA?

CUARTA PREGUNTA.

¿CONSIDERA USTED QUE AL IGUAL QUE EN LAS LEGISLACIONES DE COLOMBIA, VENEZUELA Y NICARAGUA, EN EL ECUADOR, SE DEBE SUSTITUIR LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR MULTA EN CASOS DE NO AFILIACIÓN OPORTUNA?

QUINTA PREGUNTA.

¿ CONSIDERA USTED QUE SE DEBE FORMULAR UN PROYECTO DE REFORMA LEGAL AL ART. 244 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, RELACIONADO A LA NO AFILIACIÓN AL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL QUE SUSTITUYA LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD POR UNA SANCIÓN PECUNIARIA.?

ÍNDICE Pág.

PORTADA---------- I
CERTIFICACIÓN---------- II
AUTORÍA---------- III
CARTA DE AUTORIZACION---------- IV
AGRADECIMIENTO---------- V
DEDICATORIA ---------- VI
TABLA DE CONTENIDOS---------- VII
1.TÍTULO---------- 1
2.RESUMEN---------- 2
2.1. ABSTRACT---------- 5
3 INTRODUCCIÓN---------- 7
4.REVISIÓN DE LA LITERATURA---------- 10
4.1MARCO CONCEPTUAL---------- 10
4.1.1. Derecho al trabajo---------- 10
4.1.2 Trabajador---------- 12
4.1.3 Empleador----------.---------- 15
4.1.4 Dependencia---------- 18
4.1.5 Afiliación---------- 19
4.1.6 Seguridad Social---------- 21
4.1.7 Privación de libertad---------- 21
4.1.8 Sanción Pecuniaria---------- 23
4.1.9 Multa---------- 24
4.2 MARCO DOCTRINARIO---------- 26
4.2.1 Antecedentes históricos del derecho a la seguridad social. 26
4.2.2. Clases de seguros---------- 33
4.2.3 La penalización por no afiliación a la seguridad social------- 37
4.3 MARCO JURÍDICO---------- 41
4.3.1 Análisis jurídico de la Constitución de la República del Ecuador, relacionado a la seguridad social---------- 41

4.3.2 Análisis jurídico de la Ley de Seguridad Social---------- 44
4.3.3 Análisis del Código Orgánico Integral Penal, relacionado a las sanciones por no afiliación---------- 50
4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA---------- 53
4.4.1 Legislación de Colombia.---------- 53
4.4.2 Legislación de Venezuela---------- 54
4.4.3 Legislación de Nicaragua---------- 56
5.MATERIALES Y MÉTODOS---------- 58
5.1 Materiales Utilizados---------- 58
5.2 Métodos---------- 58
5.3 Procedimiento y Técnicas---------- 59
6.RESULTADOS---------- 60
6.1Resultados de Aplicación de la Encuesta---------- 60
7.DISCUSIÓN---------- 71
7.1Verificación de Objetivos---------- 71
7.2 Contrastación de Hipótesis---------- 73
7.3 Fundamentación jurídica para la Propuesta de Reforma Legal----- 74
8 CONCLUSIONES---------- 78
9 RECOMENDACIONES---------- 80
9.1PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA---------- 82
10 BIBLIOGRAFIA---------- 85
11 ANEXOS---------- 88
INDICE---------- 109