



**UNIVERSIDAD ESTATAL  
PENÍNSULA DE SANTA ELENA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
CARRERA DE DERECHO**

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA  
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

**TÍTULO:**

PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR FALTA DE AFILIACIÓN AL  
IESS, Y LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRIVACIÓN DE  
LA LIBERTAD POR DEUDAS, COSTAS, MULTAS O TRIBUTOS. AÑO  
2021.

**AUTORA:**

MENOSCAL MUÑOZ LADY MADELINE

**TUTOR:** AB. CARLOS VÉLEZ FREIRE, Mgtr.

LA LIBERTAD – ECUADOR

2022

**UNIVERSIDAD ESTATAL  
PENÍNSULA DE SANTA ELENA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
CARRERA DE DERECHO**

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA  
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

**TÍTULO:**

PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR FALTA DE AFILIACIÓN AL  
IESS, Y LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRIVACIÓN DE  
LA LIBERTAD POR DEUDAS, COSTAS, MULTAS O TRIBUTOS. AÑO  
2021.

**AUTORA:**

MENOSCAL MUÑOZ LADY MADELINE

**TUTOR:** AB. CARLOS VÉLEZ FREIRE, Mgtr.

LA LIBERTAD – ECUADOR

**2022**

## **APROBACIÓN DEL TUTOR**

La Libertad, 13 de julio de 2022

### **CERTIFICACIÓN**

En mi calidad de Profesor Tutor del Trabajo de Integración Curricular de título “PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS, Y LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD POR DEUDAS, COSTAS, MULTAS O TRIBUTOS. AÑO 2021” correspondiente a la estudiante Menoscal Muñoz Lady Madeline, de la Carrera de Derecho, de la Universidad Estatal Península de Santa Elena; declaro que luego de haber orientado científica y metodológicamente su desarrollo el referido proyecto de investigación se encuentra concluido en todas sus partes cumpliendo así con el proceso de acompañamiento determinado en la normativa interna, recomendando se inicien los procesos de evaluación que corresponden.

**Atentamente;**



---

Ab. Carlos Vélez Freire, Mgt.

**PROFESOR TUTOR**

La Libertad, 13 de julio de 2022

## **CERTIFICACIÓN ANTIPLAGIO**

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Unidad de Integración Curricular: “PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS, Y LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD POR DEUDAS, COSTAS, MULTAS O TRIBUTOS. AÑO 2021”, cuya autoría corresponde a la estudiante Menoscal Muñoz Lady Madeline de la carrera de Derecho, CERTIFICA, que el contenido de dicho trabajo ha sido sometido a la validación en sistema antiplagio URKUND, obteniendo un porcentaje de similitud del 1%, cumpliendo así con los parámetros técnicos requeridos para este tipo de trabajos académicos.

Atentamente



---

Ab. Carlos Vélez Freire, Mgt.

**TUTOR**

## VALIDACIÓN GRAMATICAL Y ORTOGRÁFICA

Quien suscribe, Dra. Jenny Peña Valdivia, Magíster en Ciencias de la Educación, Mención Investigación Educativa, dejo constancia, mediante la presente, que el **TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO: “PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR FALTA DE AFILIACIÓN AL IEES, Y LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD POR DEUDAS, COSTAS, MULTAS O TRIBUTOS. AÑO 2021”** elaborado por la estudiante **MENOSCAL MUÑOZ LADY MADELINE**, reúne los requisitos suficientes y necesarios para ser considerados válidos y confiables y, por tanto, aptos para ser aplicados en el logro de los objetivos planteados en la investigación.

**CERTIFICO** que es un trabajo correcto en el fondo y en la forma, con una redacción clara y concisa ya que sus argumentos son expresados de manera adecuada y con orden lógico. La estructura interna del trabajo presenta coherencia y cohesión, elementos cruciales en la redacción. Predomina la idea de mantener la unidad idiomática desde el punto de vista gramatical y ortográfico.

Atentamente,



Dra. Jenny Peña Valdivia, Magíster en Ciencias de la Educación

Nº de Registro de SENESCYT: 1030 – 06 - 652858

Fecha de Registro: 2006 – 10 - 04

C.I. 0901012765

Correo electrónico: [jdezamora@yahoo.com](mailto:jdezamora@yahoo.com)

Teléfonos: 042165389 - 0997865584

La Libertad, 13 de julio de 2022

## **DECLARATORIA DE AUTORÍA**

Yo, Menoscal Muñoz Lady Madeline, estudiante del octavo semestre de la carrera de Derecho de la Universidad Estatal Península de Santa Elena, habiendo cursado la asignatura Unidad de Integración Curricular II, declaro la autoría de la presente propuesta de investigación, de título “PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS, Y LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD POR DEUDAS, COSTAS, MULTAS O TRIBUTOS. AÑO 2021”, desarrollada en todas sus partes por la suscrita estudiante con pego a los requerimientos de la ciencia del derecho, a la metodología de la investigación y las normas que regulan los procesos de titulación de la UPSE.

**Atentamente**



---

Lady Madeline Menoscal Muñoz

C.C 2400018871

0989659460

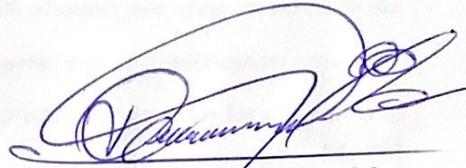
madelinemenoscal@outlook.com

**TRIBUNAL DE GRADO**



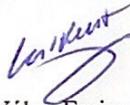
Ab. Ana Tapia Blacio, Mgtr.

**DIRECTORA CARRERA DE DERECHO**



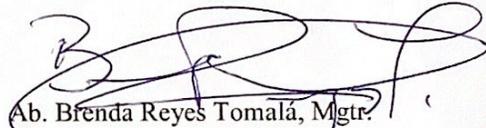
Ab. Daniel Procel Contreras, Mgtr

**DOCENTE ESPECIALISTA**



Ab. Carlos Vélez Freire, Mgtr.

**DOCENTE TUTOR**



Ab. Brenda Reyes Tomalá, Mgtr.

**DOCENTE GUÍA DE LA UIC**

## **DEDICATORIA**

*Dedico el presente trabajo, a mis padres por darme todo su amor, por ayudarme a ser lo que soy, por creer en mí cada día.*

*A mi madre, por la tenerme paciencia y aliento alentarme para a continuar en esta tarea.*

*A mi padre, por su ejemplo y enseñanzas para seguir adelante en todos los momentos de mi vida.*

*A todos quienes me acompañaron en este proceso.*

## **AGRADECIMIENTO**

*Agradezco a Dios, por ser mi guía.*

*A mis padres, por el apoyo durante este proceso.*

*A mis docentes, por las enseñanzas impartidas.*

*A mis amigos, por la compañía y apoyo durante toda la carrera.*

*A las personas que hicieron posible la realización de este trabajo.*

## ÍNDICE GENERAL

APROBACIÓN DEL TUTOR .....	III
CERTIFICACIÓN ANTIPLAGIO.....	IV
VALIDACIÓN GRAMATICAL Y ORTOGRÁFICA .....	V
DECLARATORIA DE AUTORÍA.....	VI
TRIBUNAL DE GRADO .....	VII
DEDICATORIA.....	VIII
AGRADECIMIENTO .....	IX
ÍNDICE GENERAL.....	X
ÍNDICE DE TABLAS.....	XIII
ÍNDICE DE GRÁFICOS.....	XIV
ÍNDICE DE ANEXOS .....	XIV
RESUMEN EJECUTIVO.....	XV
ABSTRACT .....	XVI
INTRODUCCIÓN.....	XVII
CAPÍTULO I:.....	2
EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	2
1.1 Planteamiento del Problema .....	2
1.2 Formulación del Problema.....	4
1.3 Objetivos: General y Específicos.....	4
1.4 Justificación de la Investigación .....	5
1.5 Variables de Investigación.....	6
1.6 Idea a Defender .....	6
CAPÍTULO II:.....	7
MARCO REFERENCIAL .....	7
2.1 Marco Teórico.....	7

2.1.1	Derecho al trabajo y seguridad social.....	7
2.1.1.1	Antecedentes .....	7
2.1.1.2	Principios generales de la Seguridad Social.....	10
2.1.1.3	Legislación ecuatoriana.....	11
2.1.2	Obligaciones del empleador respecto de la seguridad social .....	13
2.1.3	Incorporación de sanciones ante la falta de afiliación en el Código Orgánico Integral Penal.....	14
2.1.3.1	Referéndum .....	14
2.1.3.2	Particularidades en el Código Orgánico Integral Penal .....	14
2.1.3.3	Responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos del derecho al trabajo	17
2.1.3.4	Responsabilidad penal de las personas naturales en las contravenciones contra el derecho al trabajo.....	17
2.1.4	Principios vinculantes del Derecho Penal .....	19
2.1.4.1	Principio de proporcionalidad y necesidad .....	19
2.1.4.2	Principio de mínima intervención .....	20
2.1.5	Política criminal.....	21
2.1.5.1	Improcedencia de la criminalización por razones ideológicas.....	21
2.1.5.2	Uso inadecuado del poder punitivo .....	22
2.1.6	Derecho a la libertad.....	23
2.1.6.1	Antecedentes de la privación de libertad por deudas .....	23
2.1.6.2	Privación de libertad por deudas, costas, multas o tributos y el Art. 244 del COIP	24
2.1.7	Independencia de las sanciones administrativas respecto de las sanciones penales	26
2.1.8	Comparación del régimen sancionatorio ante la falta de afiliación a la seguridad social: Ecuador, Perú, Colombia, Bolivia y Venezuela .....	27
2.2	Marco Legal.....	28

2.2.1	Constitución de la República del Ecuador.....	28
2.2.2	Código Orgánico Integral Penal .....	30
2.2.3	Código del Trabajo .....	33
2.2.4	Ley de Seguridad Social .....	34
2.2.5	Normativa internacional .....	35
2.3	Marco Conceptual.....	37
CAPÍTULO III: .....		39
MARCO METODOLÓGICO .....		39
3.1	Diseño y Tipo de Investigación .....	39
3.2	Recolección de la Información .....	40
3.3	Tratamiento de la Información.....	41
3.4	Operacionalización de Variables .....	43
CAPÍTULO IV: .....		45
RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....		45
4.1	Análisis, interpretación y discusión de resultados .....	45
4.1.1	Encuestas dirigidas a los abogados de la Provincia de Santa Elena .....	45
4.1.2	Entrevista realizada a la Directora Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social – Santa Elena .....	52
4.2	Verificación de la Idea a Defender .....	54
CONCLUSIONES.....		56
RECOMENDACIONES .....		57
BIBLIOGRAFÍA .....		58
ANEXOS .....		62

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla # 1: Principios generales de la Seguridad Social .....	10
Tabla # 2: Tabla comparativa del régimen sancionatorio ante la falta de afiliación a la seguridad social: Perú, Colombia, Bolivia y Venezuela .....	27
Tabla # 3: Operacionalización de la Variable Dependiente .....	43
Tabla # 4: Operacionalización de la Variable Independiente .....	44
Tabla # 5: Pregunta #1 ¿Considera usted que la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador Art. 244, atiende al principio de proporcionalidad? .....	45
Tabla # 6: Pregunta #2 ¿Considera usted que existe una sanción discriminatoria al establecer sanciones diferentes, para personas jurídicas (sanción pecuniaria–Art 243) y para personas naturales (privación de libertad–Art.244) respecto de la no afiliación al IESS?.....	46
Tabla # 7: Pregunta #3 ¿Considera usted que la incorporación de la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al IESS del trabajador respondió a un análisis de todas las aristas que se ven involucradas, con la tipificación de este artículo? .....	47
Tabla # 8: Pregunta #4 ¿Considera usted que en la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación del trabajador al IESS se pone de manifiesto un uso inadecuado de la potestad sancionadora? .....	48
Tabla # 9: Pregunta #5 ¿Considera usted que se incurre en una doble sanción al penalizar la no afiliación al IESS con privación de libertad y también con una sanción administrativa por parte del IESS? .....	49
Tabla # 10: Pregunta# 6 ¿Considera usted que el derecho a la libertad que prohíbe la privación de libertad por deudas, etc, se ve afectado por la incorporación de la pena privativa de libertad al empleador por falta de afiliación de sus empleados al IESS al COIP? .....	50
Tabla # 11: Pregunta#7 ¿Cuál de las siguientes opciones lograría una eficaz política criminal de contención en los casos de no afiliación al IESS? .....	51

## **ÍNDICE DE GRÁFICOS**

Gráfico # 1: Opinión de los abogados respecto de la proporcionalidad del Art.244.....	45
Gráfico # 2: Opinión de los abogados respecto de una sanción discriminatoria.....	46
Gráfico # 3: Opinión de los abogados respecto del análisis del art. 244.....	47
Gráfico # 4: Opinión de los abogados respecto de la potestad sancionadora.....	48
Gráfico # 5: Opinión de los abogados respecto de la doble sanción .....	49
Gráfico # 6: Opinión de los abogados respecto del derecho a la libertad .....	50
Gráfico # 7: Opinión de los abogados respecto a las políticas de contención.....	51

## **ÍNDICE DE ANEXOS**

Anexo # 1: Entrevista realizada a la Directora Provincial IESS-Santa Elena .....	63
Anexo # 2: Guía de encuestas realizadas a profesionales del derecho vinculados al ejercicio derecho en el área .....	63
Anexo # 3: Guía de entrevista realizada a la Directora Provincial del IESS-Santa Elena ..	63

**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD  
CARRERA DE DERECHO**

**PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS, Y LA  
RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD  
POR DEUDAS, COSTAS, MULTAS O TRIBUTOS. AÑO 2021**

Autora: Lady Madeline Menoscal Muñoz

Tutor: Abg. Carlos Vélez Freire

**RESUMEN EJECUTIVO**

El presente trabajo de investigación surge ante la inconsistencia y falta de claridad hallada en torno a la pena privativa de libertad al empleador en razón de la no afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y su incidencia en el derecho a la libertad que prohíbe la privación de libertad por deudas, costas, multas o tributos. El trabajo, a través de la revisión doctrinaria, realización de encuestas a profesionales del derecho vinculados al ejercicio del derecho en el área y la entrevista realizada a la directora del IESS – Santa Elena, busca determinar y conocer la opinión de estos actores referente a las particularidades que giran en torno al objeto de estudio. En los abordajes realizados en el trabajo de investigación se encuentran presentes temas inherentes al principio de proporcionalidad y necesidad, principio de mínima intervención, uso inadecuado de la potestad sancionadora, independencia de las sanciones administrativas y penales, comparación del régimen sancionatorio para la falta de afiliación entre países del contexto latinoamericano, temas que permiten un enfoque científico jurídico, amplio, respecto del tema investigado. En la validación de la idea a defender se emplearon métodos que lograron responder a los cuestionamientos planteados, como el método analítico, mismo que fue aplicado en la interpretación de los hallazgos producidos dentro de la entrevista. El empleo de la encuesta permitió conocer la posición de los abogados respecto a esta problemática, todos los procedimientos realizados fueron en favor de la objetividad de la investigación. El presente trabajo de investigación se encuentra revestido de importancia en razón del aporte científico a las ciencias jurídicas, proporcionando una perspectiva diversa en torno a las sanciones determinadas ante la falta de afiliación del trabajador al Seguro Social. Entre las conclusiones más relevantes destaca que el principio de proporcionalidad dentro del Art. 244 no se pone de manifiesto en el ordenamiento penal, sin embargo, existen otros aspectos que requieren análisis.

Palabras clave: Afiliación, Privación, Libertad, Sanción, Penal.

**SANTA ELENA PENINSULA STATE UNIVERSITY  
FACULTY OF SOCIAL AND HEALTH SCIENCES  
LAW CAREER**

**DEPRIVATION OF LIBERTY FOR LACK OF AFFILIATION TO THE IEES,  
AND THE CONSTITUTIONAL RESTRICTION OF DEPRIVATION OF  
LIBERTY FOR DEBTS, COSTS, FINES OR TAXES. YEAR 2021**

Author: Lady Madeline Menoscal Muñoz  
Tutor: Abg. Carlos Vélez Freire

**ABSTRACT**

The present research work arises from the inconsistency and lack of clarity found around the custodial sentence to the employer due to the non-affiliation of the worker to the Ecuadorian Social Security Institute and its impact on the right to freedom that prohibits the deprivation of liberty for debts, costs, fines or taxes, the work, through the doctrinal review, conducting surveys to legal professionals linked to the exercise of law in the area and the interview conducted to the director of the IEES – Santa Elena seeks to determine and know the opinion of these actors regarding the particularities that revolve around the object of study. In the approaches carried out in the research work, there are issues inherent to the principle of proportionality and necessity, the principle of minimum intervention, inappropriate use of sanctioning power, independence of administrative and criminal sanctions, comparison of the sanctioning regime for the lack of affiliation between countries of the Latin American context, issues that allow a broad legal scientific approach to the investigated topic. In the validation of the idea to defend, methods were used that managed to answer the questions raised, such as the analytical method, which was applied in the interpretation of the findings produced within the interview, the use of the survey allowed to know the position of the lawyers regarding this problem, all the procedures carried out were in favor of the objectivity of the investigation. The present research work is of importance due to the scientific contribution to the legal sciences, providing a diverse perspective on the penalties determined in the absence of worker affiliation to social security. Among the most relevant conclusions is that the principle of proportionality within Art. 244 is not made clear in the penal system, however, there are other aspects that require analysis.

Key words: Affiliation, Deprivation, Liberty, Sanction, Criminal.

## INTRODUCCIÓN

La seguridad social es el mecanismo por el cual se cubren o se presta auxilio ante los infortunios a los que pueden ser sometidas determinadas personas, trabajadores en su gran mayoría, y es, precisamente, por la gran importancia que posee la seguridad social, es considerada como un derecho humano determinándolo como un factor transcendental en la cohesión de la sociedad y en la disminución de la brecha de pobreza. La seguridad social y el derecho al trabajo poseen un lazo muy estrecho por cuanto la seguridad social se constituye como una obligación contractual que surge a partir de la relación de dependencia laboral. Como una medida coactiva que garantice la afiliación del trabajador se incorporó al ordenamiento penal articulados que establecen sanciones para la persona jurídica y la persona natural en caso de no afiliación del trabajador, sin embargo, resulta necesario valorar en qué medida estos articulados, en particular el art. 244 referente a la sanción para la persona natural, son concordantes con los preceptos constitucionales. En el presente estudio se pone a consideración del lector diversas apreciaciones científicas y doctrinarias tanto a favor del Art. 244 como teorías que se rebaten el espíritu de dicho artículo, de igual manera se pone de manifiesto información relevante obtenida mediante el trabajo de campo y bibliográfica, misma que resultaría de interés social, en razón de que se contribuiría con una aclaración teórica del Art. 244 del COIP.

En el Capítulo I, denominado El Problema de Investigación, se pone a consideración del lector las diversas dimensiones que tiene el problema de investigación, las particularidades que giraron en torno a la transgresión del derecho a la libertad que restringe la privación de la libertad por deudas, costas, multas o tributos que se origina a partir de la pena privativa de libertad al empleador por falta de afiliación al IESS, así el capítulo presenta los objetivos que la investigadora planteó en la etapa inicial, mismos que eran concordantes con la idea a defender que orienta esta investigación.

Toda investigación debe estar orientada por la profundización científica de la disciplina correspondiente. En el Capítulo II de la investigación se detalla el Marco Referencial, constituido por temas desarrollados a través de la investigación bibliográfica respaldados en la doctrina vinculante, en ese mismo capítulo el marco legal orienta al lector respecto de las normas que se encuentran comprometidas en la problemática, este marco referencial aporta ampliamente, a partir de estudios de autores altamente reconocidos, en el ámbito de las ciencias jurídicas.

La metodología es un aspecto indispensable en todo proceso investigativo, al profundizar aspectos relativos a la seguridad social y el derecho a la libertad, se aplicaron métodos y estrategias de investigación que se encuentran registradas en el Capítulo III del presente informe, en el que se declara que, a través del enfoque cualitativo, se desarrolló la investigación exploratoria debidamente señalada en el título, de igual forma, los instrumentos de investigación utilizados han resultado de gran aporte para el conocimiento profundo del problema de estudio, en este mismo contexto, el capítulo proporciona información respecto de la toma de decisiones de la autora en relación a la población y muestra correspondiente.

Finalmente, a disposición del lector en el Capítulo IV se presentan los resultados de la investigación de campo que permitió el acercamiento de la investigadora al problema de estudio, posibilitando, de esta manera, la validación de manera confiable de la idea a defender y a partir de ellos, emitir algunas conclusiones y recomendaciones de cierre que niegan la transgresión del derecho a la libertad que restringe la privación de la libertad por deudas, costas, multas o tributos originado mediante la pena privativa de libertad al empleador por falta de afiliación al IESS.

## **CAPÍTULO I:**

### **EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1 Planteamiento del Problema**

Según (Cabanellas, 1993) la seguridad social es “la cobertura de los infortunios sociales de la población” (pág. 290); Para (Ossorio, 2011), seguro social son “sistemas previsionales y económicos que cubren los riesgos a que se encuentran sometidas ciertas personas, principalmente los trabajadores, a fin de mitigar al menos, o de reparar siendo factible, los daños, perjuicios y desgracias de que puedan ser víctimas involuntarias”.

El derecho a la seguridad social es un derecho humano, por lo tanto, no es excluyente en razón de raza, sexo, nacionalidad, entre otros; de acuerdo con la (Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Red-DESC], s.f), “todas las personas tienen derecho a la seguridad social, [...] el derecho a la seguridad social es un factor importante en la inclusión y la cohesión social, así como en la reducción de la pobreza”.

En Ecuador, la seguridad social se encuentra consagrada dentro de la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 34 en donde reza que es “un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado” (Asamblea Nacional, 2008, pág. 18).

El derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social están fuertemente ligados, por lo que la seguridad social se configura para el trabajador como un beneficio que recibe y, para el empleador, como una obligación a la que debe dar cumplimiento. El empleador, sea esta persona natural o jurídica, está en la obligación de afiliar al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a todos sus trabajadores desde el primer día de labores.

Debido a la relevancia que tiene el derecho a la seguridad social y a las pretensiones políticas de la época fue que, en el año 2011 mediante Referéndum y Consulta Popular se incluyó la pregunta: ¿Está usted de acuerdo con que la Asamblea Nacional, sin dilaciones, dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de

los resultados del plebiscito, tipifique como infracción penal la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia?, la respuesta fue de 55,03% para el SÍ. Con el antecedente antes mencionado y con la reforma al nuevo Código Orgánico Integral Penal se concibieron, entre otros, los artículos 243 y 244 referentes a la no afiliación en donde establecen:

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. (Asamblea Nacional, 2014, pág. 98)

El artículo 243 establece para la persona jurídica que no afilie a sus trabajadores una sanción pecuniaria únicamente y ninguna sanción privativa de libertad para sus directivos, todo lo contrario a lo que se establece para una persona natural:

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. (Asamblea Nacional, 2014, pág. 98)

Con los artículos antes mencionados se evidenció una clara diferencia de sanciones para una misma causa generando así una sanción discriminatoria de la persona natural respecto de la persona jurídica, sin dejar de lado que ya existen sanciones pecuniarias establecidas referente a la no afiliación y la mora patronal que conlleva dicha omisión.

El incumplimiento de la afiliación constituye una mora patronal que según el Reglamento General de Responsabilidad Patronal es “el incumplimiento en el pago de aportes del Seguro General Obligatorio, o de seguros adicionales contratados, fondos de reserva, descuentos, y otras obligaciones, dentro de los quince (15) días siguientes al mes que correspondan las obligaciones” (Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 2016).

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66, numeral 29, literal c), establece “Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos,

ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias” (Asamblea Nacional, 2008, pág. 31).

Con relación a la privación de libertad por deudas, la constitución ecuatoriana no es el único instrumento normativo que versa al respecto puesto que, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 11 que “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966), este artículo es vinculante en razón de que la no afiliación es una violación a una obligación contractual; también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José en su artículo 7 numeral 7 es clara al establecer que “nadie será detenido por deudas” (Organización de los Estados Americanos, 1969).

La existencia de una contradicción es evidente, no solo con la Constitución de la República del Ecuador, sino también con instrumentos normativos internacionales en razón de que, la no afiliación por parte de una persona natural constituye una mora patronal, lo que se traduce como una deuda que contrae el patrono con el IESS, y que la sanción a esta omisión sea una privación de libertad, se contrapone por completo a lo establecido en las normativas antes mencionadas. El origen de esta contradicción es la concepción de un artículo penal que, al no recibir el análisis jurídico integral que merece el tema, incide en el encarcelamiento por deudas. Cabe señalar que con este tipo penal se estarían vulnerando derechos del empleador al restringirlo de realizar sus actividades económicas por una omisión que se puede resolver más eficientemente con una sanción pecuniaria como es el caso de la personas jurídicas.

## **1.2 Formulación del Problema**

¿En qué medida la pena privativa de libertad al empleador que no afilie a sus trabajadores, transgrede el ejercicio efectivo del derecho a la libertad en relación a la prohibición de libertad por deudas costas, multas o tributos?

## **1.3 Objetivos: General y Específicos**

### **Objetivo General**

Analizar el art. 244 del Código Orgánico Integral Penal para la determinación de la medida en que la pena privativa de libertad al empleador que no afilie a sus trabajadores transgrede el derecho a la libertad relacionado con la prohibición de libertad por deudas, costas, multas

o tributos, mediante la revisión de doctrina y a través de encuestas a profesionales del derecho vinculados al ejercicio del derecho en el área.

### **Objetivos Específicos**

- Establecer fundamentos que giran en torno al derecho a la libertad y el régimen sancionatorio para el empleador ante la falta de afiliación al IESS, mediante la profundización doctrinaria pertinente en materia laboral, constitucional y penal relacionada con el Art. 244 del COIP, para el desarrollo del marco teórico y conceptual.
- Evaluar el ejercicio efectivo del derecho a la libertad con relación a las sanciones establecidas por la falta de afiliación, mediante el uso de encuestas a profesionales del derecho que permita el conocimiento de una perspectiva externa de la problemática y contribuya a la realización de análisis y conclusiones objetivas.
- Determinar la medida en que la pena privativa de libertad al empleador que no afilie a sus trabajadores, transgrede el ejercicio efectivo del derecho a la libertad en relación a la prohibición de libertad por deudas, costas, multas o tributos.

#### **1.4 Justificación de la Investigación**

La presente investigación buscó analizar la transgresión del derecho a la libertad que restringe la privación de la libertad por deudas, costas, multas o tributos que se origina a partir de la pena privativa de libertad al empleador por falta de afiliación al IESS.

Para la elaboración de este trabajo se contrastaron teorías a favor del Art. 244 y teorías que se contrapusieron al espíritu de dicho artículo. Como teorías a favor se tomará en consideración la “Justificación de la Penalización del incumplimiento de Obligaciones Laborales” elaborado por el Dr. Johnny Ayuardo Salcedo y los conceptos referentes al derecho al trabajo como producto de las luchas del movimiento obrero y los trabajadores agrarios; se contrastó con las teorías y conceptos del Dr. Jorge Zabala Baquerizo respecto de la improcedencia de la criminalización cuando esta se basa en imposiciones ideológicas, el juicio de Paulina Araujo donde sostiene que el control penal implica un nivel de gravedad y que el sometimiento constante de los ciudadanos a amenazas de sanción impide su desarrollo integral y el ejercicio de sus derechos humanos (Araujo Granda P. , 2007), y los aportes de Robert Alexi referente a los derechos fundamentales y su relación con el principio de proporcionalidad teniendo en cuenta la necesidad.

En la investigación se utilizó el instrumento de encuestas y entrevistas, las encuestas fueron realizadas a profesionales del derecho vinculados al ejercicio del derecho en el área, estas tendrán la función de recopilar la opinión de los encuestados en los aspectos relativos a la problemática y en la clara diferencia que existe en el régimen sancionatorio para una misma problemática entre personas naturales y personas jurídicas; la entrevista, fue realizada a la Directora de IESS-Santa Elena con la finalidad de conocer su criterio respecto del tema investigado. La información recolectada permitió obtener una perspectiva externa de la problemática, la relevancia o influencia de este tipo penal en la sociedad y si este vulnera derechos de los empleadores, datos que serán de importancia para investigaciones futuras.

De acuerdo con los objetivos planteados para la investigación, se busca contribuir con una aclaración teórica del Art. 244 del COIP, misma que podrá ser incorporada en investigaciones posteriores, pues en dicho artículo la investigadora halla inconsistencias en su aplicación, en razón de que se hubiera preferido una actuación en base al principio de mínima intervención aduciendo que la norma penal puede ser menos ruda y más humana; se busca una aclaración del porqué la pena privativa de libertad al empleador por falta de afiliación al IESS recae en el encarcelamiento por deudas, y si su incorporación responde, en mayor medida, al referéndum de 2011, o responde a un debido análisis jurídico que tome en cuenta el principio de proporcionalidad.

### **1.5 Variables de Investigación**

**Variable Dependiente:** Privación de la libertad por deudas, costas, multas o tributos.

**Variable Independiente:** Pena privativa de libertad por falta de afiliación al IESS.

### **1.6 Idea a Defender**

El derecho a la libertad que prohíbe la privación de libertad por deudas, costas, multas o tributos se ve afectado por la incorporación de la pena privativa de libertad al empleador por falta de afiliación de sus empleados al IESS al COIP.

## **CAPÍTULO II:**

### **MARCO REFERENCIAL**

#### **2.1 Marco Teórico**

##### **2.1.1 Derecho al trabajo y seguridad social**

###### **2.1.1.1 Antecedentes**

El trabajo es una condición inherente al ser humano, es el medio por el cual se aseguran las necesidades básicas y se alcanza una calidad de vida decente, el trabajo y su importancia se extienden hasta los ámbitos económicos, políticos y sociales, debido a la importancia que adopta el trabajo en una sociedad surge la necesidad de incorporar normas que permitan la protección de aquellos que laboran, este conjunto de normas fue denominado “Derecho al Trabajo”, mismo que posee lazos muy estrechos con la seguridad social.

Con el fin de caracterizar la seguridad social, se adopta la definición de (Cabanellas, 1993) donde establece que la seguridad social es “la cobertura de los infortunios sociales de la población” (pág. 290), la seguridad social se concibe como el resultado de un proceso histórico extenuante y largo el cual se fundamenta en una estabilidad y seguridad muy voluble en la que el ser humano convive día a día desde el inicio de los tiempos, siguiendo la misma línea, se encuentra el pensamiento de (Mallet, 1983) el cual sostiene que:

El ansia de seguridad ha sido el motor del progreso de la humanidad. La invención de la agricultura fue una forma de asegurarse alimento en vez del aleatorio método de caza y de la recolección de frutos silvestres. La agrupación en tribus, la formación de aldeas, de ciudades, la constitución de estados, traducen el deseo de seguridad frente a un enemigo exterior. (p. 78)

Las antiguas culturas presentaron vestigios del antes mencionado deseo de seguridad, puesto que en Egipto se incorporó un impuesto especial que tenía como objetivo la creación de instituciones de ayuda mutua así como la defensa, estas instituciones cumplían el rol de auxiliar en caso de enfermedad; por otra parte, en Babilonia los dueños de esclavos estaban en la obligación de afrontar los honorarios médicos cuando estos eran atendidos por enfermedad; en Grecia se prestaba auxilio a quienes que, por incapacidad física, no podían solventar sus necesidades; la antigua asociación de mercaderes y comerciantes escandinavos del siglo VII denominada “guildas” fue una asociación de asistencia mutua cuyo principal

objetivo era prestar socorro a los enfermos, esta asociación se solidificó bajo el principio de solidaridad.

Durante el imperio de Carlomagno se estableció que la iglesia sería la encargada de los enfermos sin trabajo, de los viejos y los pobres; cerca del 1601 y siglos siguientes, se estableció en Inglaterra, Suecia y Dinamarca, un impuesto que permitía que la comunidad en general fuese partícipe de la ayuda que se le prestaba a los menos favorecidos. La importancia de la asistencia mutua o ayuda social no se limitó únicamente en las culturas europeas sino que también estuvo presente en culturas como la Inca en donde el Tahuantinsuyo:

Garantizó a la totalidad de los seres humanos, bajo su jurisdicción, el derecho a la vida mediante la satisfacción plena de las necesidades físicas primordiales de alimentación, vestido, vivienda, salud y sexo. Lo que equivalía a la supresión del hambre y la miseria, causados por las desigualdades sociales y por los no previstos efectos destructivos de factores de la naturaleza, incontrolables por el hombre. (Valcárcel, 2015, pág. 98)

Por lo tanto, es evidente que desde antaño existió la preocupación de brindar una solución, en la medida de lo posible, al ser humano frente a los infortunios a los que estaba expuesto. La seguridad social se configura como el resultado de un proceso de protección mutua cuyos orígenes son antiquísimos, y dio como resultado la concepción del llamado derecho a la seguridad social, mismo que se constituye como un derecho humano cuya realización, actualmente, está ligada al Estado, se considera como un derecho moderno el cual tuvo sus inicios en la época de la industrialización, donde el trabajo y la seguridad social se considera uno parte del otro. En un principio la relación entre el trabajo y la seguridad social no fue aceptada en su totalidad, sin embargo, en la segunda parte del siglo XIX los derechos de los trabajadores derivados de una relación de trabajo se considerarían como reconocidos, y a principios del siglo XX, en algunos países europeos, los derechos de los trabajadores con respecto a la seguridad social, se reconocerían (Sánchez-Castañeda, 2006). En la seguridad social existen dos modelos que contribuyeron con la conformación de lo que en la actualidad comprendemos como seguridad social, el modelo Alemán que fue desarrollado por Bismark y modelo de Reino Unido desarrollado por Beveridge., con el fin de explicar el modelo Bismark:

Alemania se convirtió en el primer país del mundo en adoptar un programa de seguro social para la vejez, diseñado por Otto von Bismarck. Las motivaciones del canciller alemán para introducir el seguro social en Alemania fueron promover el bienestar de

los trabajadores –a fin de que la economía alemana siguiera funcionando con la máxima eficiencia– y eludir la demanda de opciones socialistas más radicales. (Organización Internacional del Trabajo, 2009)

El modelo creado por Bismarck tiende a la obligación bilateral que existe entre el trabajador y el empleador por ende la contribución para la seguridad social debe ser igualmente conjunta. El modelo alemán establece una responsabilidad total al empleador respecto de los accidentes laborales y la previsión de los mismos.

Con respecto al modelo inglés, cerca del final del siglo XIX, la seguridad social entró a formar parte de la legislación inglesa. Entre los años 1897 y 1920 se crearon leyes y seguros que en un principio beneficiaban solo a un grupo minoritarios del sector de trabajadores, no obstante, conforme los trabajadores iban ganando más espacio de reconocimiento estas leyes y beneficios, que en un inicio eran dirigidos hacia unos cuantos, se generalizaron, tal es el caso de la “Ley de Indemnización de Trabajadores” creada en 1897 y generalizada en 1906 y el caso del “Seguro Sanitario Obligatorio” concebido en 1912 y generalizado en 1920.

El gobierno inglés dio un gran salto en materia de seguridad social cuando el 10 de junio de 1941 creó la “Comisión Interdepartamental para la Seguridad Social y Servicios Afines” cuyo máximo cargo lo desempeñó Sir William Beveridge; el 27 de enero de 1942, el ministro Arthur Greenwood, mismo que había propuesto la creación de la comisión interdepartamental, expresó en la Cámara de los Comunes que “entre los poderes del Comité estaría el de considerar el desarrollo de los sistemas de Seguro Nacional, con inclusión de beneficios en caso de muerte y otros riesgos no contemplados actualmente por dichos sistemas” (Beveridge, 1943, pág. 11).

El sistema inglés amplió los beneficios que otorgaba la seguridad social, los horizontes se ampliaron y la seguridad social pasó de limitarse únicamente a los trabajadores a cubrir a los sectores más vulnerables de la población. Tanto el sistema alemán como el modelo inglés sirvieron como base para la concepción de nuevos modelos lo que trajo consigo que la seguridad social sea establecida como un derecho humano cuyo fin fundamental es el de proteger a las personas frente a los diversos infortunios que se pueden presentar en la vida derivados, por supuesto, de la falta de ingresos provocado por muerte, incapacidad, vejez, entre otros.

### 2.1.1.2 Principios generales de la Seguridad Social

Los principios se entienden como enunciadores, mismos que tienen como fin esclarecer el funcionamiento y fundamento en cuanto a valores que sustentan las normas y, pese a no hallarse incluidos dentro de las leyes ecuatorianas, forman parte del ordenamiento jurídico.

Con el fin de detallar los principios generales que rigen a la seguridad social, se presenta a continuación una tabla:

**Tabla # 1**

#### **Principios generales de la Seguridad Social**

<b>Principio de universalidad</b>	El derecho a la seguridad social se concibe como un derecho humano, por lo tanto, el titular de este derecho es la población en general por cuanto el fin máximo de la seguridad social es prestar auxilio ante cualquier contingente que se pudiese presentar en la vida del ser humano.
<b>Principio de solidaridad</b>	Todos los miembros de la población aporten económicamente, tomando en consideración las posibilidades económicas a las que tengan acceso. Se resume básicamente en la ayuda del fuerte al débil, es decir que este principio pretende además de una mayor atención hacia los menos favorecidos de la sociedad, una colaboración conjunta de todos los miembros de la sociedad.
<b>Principio de igualdad</b>	Trato igualitario a las personas que se encuentren dentro de una misma situación y a su vez un trato diferenciado y adecuado a cada circunstancia a aquellas personas que se encuentren en situaciones diferentes. Este es uno de los principios cuyo cumplimiento resulta deficiente puesto que existe la tendencia de establecer criterios igualitarios en situaciones diferenciadas.
<b>Principio de integralidad</b>	Los servicios que se presten para la seguridad social tienen que ser acordes y reflejar las reales necesidades del grupo poblacional al que están dirigidos.
<b>Principio de subsidiariedad</b>	Regulación de las relaciones entre la esfera pública y la privada, por lo que se determina que un ente de mayor poder, es decir el Estado, adopta una posición de refuerzo o de ayuda hacia grupos poblacionales con el fin de que se superen desigualdades y que los ciudadanos sean capaces de alcanzar sus fines.
<b>Principio de inmediatez</b>	Los beneficios que represente la seguridad social deben llegar de manera oportuna por cuanto el fin de la seguridad social es prestar auxilio ante las eventualidades por lo que se requieren procedimientos ágiles, plazos cortos y poca participación del ciudadano en asuntos administrativos.

Elaborado por: Autora

Los principios de la seguridad social cumplen más bien una función de interpretación de las normas establecidas en el sistema, así como también una función orientadora con el fin de que el sistema no caiga en un descuido de las bases fundamentales de la seguridad social.

Otra función que cumplen los principios de la seguridad social es una función evaluadora, pues mediante la evaluación del modelo de seguridad social es posible determinar ciertos ajustes que se consideren necesarios con el fin de garantizar el correcto funcionamiento y la subsistencia de la seguridad social.

### **2.1.1.3 Legislación ecuatoriana**

El Estado al ser una organización propia tiene la facultad de imponer orden e imperio, es decir, posee soberanía, por lo tanto, los estados tienen la facilidad y el objetivo de alcanzar las mejores condiciones posibles para sus ciudadanos. En el 2008, con la llegada de la nueva Constitución, el Ecuador fue declarado como un Estado Constitucional de Derecho lo que garantiza la fiabilidad de la Constitución al reconocer su fuerza vinculante, aceptando además los principios de legalidad y principio de constitucionalidad, aquello se traduce en el pleno respeto de la validez y el orden constitucional, de donde, además, parte la subordinación de las leyes, actos normativos y acciones de los órganos del Estado hacia el texto constitucional, careciendo de validez aquellos actos contrarios o que no se ajusten a los mandatos establecidos por la Carta Magna.

La Constitución provee a los ciudadanos de herramientas legales que permitan exigirle al Estado la protección universal de sus derechos puesto que “el fin, el fundamento, la razón del ser del estado constitucional de derecho es la garantía de los derechos fundamentales (todos)” (Simon Campaña, 2010, pág. 276), de acuerdo a esto, la Constitución de 2008 establece en su artículo 3 que es deber primordial del Estado el “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes” (Asamblea Nacional, 2008, pág. 9).

La seguridad social, en Ecuador, se encuentra contemplada en el artículo 34 de la Carta Magna en donde reza 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, subsidiariedad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. (Asamblea Nacional, 2008, pág. 18)

Dentro de los beneficios que presta el (Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, s.f) a sus afiliados, se encuentran los siguientes para los afiliados sin relación de dependencia o

independientes, para los ecuatorianos en el exterior y para los afiliados voluntarios ecuatorianos o extranjeros residentes en el Ecuador:

- Pensión por vejez, invalidez y montepío.
- Auxilio de funerales.
- Riesgos de trabajo.
- Asistencia por enfermedad y maternidad.
- Cobertura de salud para hijos menores de 18 años.
- Ampliación de cobertura de salud para cónyuge o conviviente de hecho mediante el pago de prima adicional (3.41%) sobre la materia gravada.
- Préstamo Hipotecario

Para el trabajo del hogar no remunerado el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social contempla los siguientes beneficios:

- Pensiones: por vejez, muerte, invalidez que produzca incapacidad permanente total y absoluta; y, subsidio para funerales.
- Cesantía: podrá aportar en forma voluntaria y adicional.

Son múltiples los beneficios que presta la seguridad social, mismo por lo cual se contempla como la cristalización de un seguro para los trabajadores, mismo cuya utilidad radica en disponer de ayuda ante los infortunios de la vida y demás necesidades que se presentan en la vida diaria de los trabajadores, esta función va de la mano con políticas públicas promovidas por el Estado. Por otra parte, para el Estado es favorable, económicamente, la existencia de un Seguro Social puesto que es deber del Estado garantizar la salud, por lo tanto, la afiliación de un trabajador al Seguro Social le representa, al Estado, un ciudadano menos en riesgo de requerir cobertura médica, es decir, le representa al Estado un gasto menos del presupuesto destinado a la salud. Otro escenario es el de la jubilación, cuando el ciudadano ha cumplido su vida laboral tiene por parte del Seguro Social una pensión lo que se traduce en que el ciudadano va a gozar de un retiro digno, de ahí el interés estatal por garantizar la inscripción de los trabajadores a la seguridad social.

Debido al interés de carácter económico que tiene el Estado en la seguridad social, surge la necesidad de implementar políticas que garanticen el aseguramiento de los trabajadores y pese a que la inscripción de los trabajadores a la seguridad social ya se encontraba contemplada en el ordenamiento laboral ecuatoriano, se consideró que la forma más

coercitiva de que se diese un total cumplimiento a este mandato fue la incorporación de esta obligación al ordenamiento penal ecuatoriano.

### **2.1.2 Obligaciones del empleador respecto de la seguridad social**

El antecedente de la seguridad social ya se encuentra establecido, adicional a ello vale añadir que desde épocas anteriores, si el trabajador era sometido a jornadas de trabajo extenuantes propios de la explotación laboral, el empleador retribuye una remuneración y asume el costo ante la presencia de cualquier contingencia de naturaleza laboral, tomando en cuenta pues que la relación laboral genera obligaciones.

Siendo la seguridad social un derecho contemplado en la Constitución de la República del Ecuador, y hallándose este estrechamente ligado a asuntos laborales, el Código de Trabajo en su artículo 42 establece las obligaciones que tiene el empleador para con sus empleados, y dentro de dicho artículo, en su numeral 31, reza que es parte de las obligaciones del empleador:

Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro de los primeros quince días, y dar avisos de salida, de las modificaciones de sueldos y salarios, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, y cumplir con las demás obligaciones previstas en las leyes sobre seguridad social. (Asamblea Nacional, 2005, pág. 20)

Similar mandato lo establece la Ley de Seguridad Social, señalando que:

Art. 73.- INSCRIPCIÓN DEL AFILIADO Y PAGO DE APORTES.- El empleador está obligado, bajo su responsabilidad y sin necesidad de reconvención, a inscribir al trabajador o servidor como afiliado del Seguro General Obligatorio desde el primer día de labor, y a remitir al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince (15) días, con excepción de los empleadores del sector agrícola que están exentos de remitir los avisos de entrada y de salida, acreditándose el tiempo de servicio de los trabajadores. El incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con el Reglamento General de Responsabilidad Patronal. El empleador dará aviso al IESS de la modificación del sueldo o salario, la enfermedad, la separación del trabajador, u otra novedad relevante para la historia laboral del asegurado, dentro del término de tres (3) días posteriores a la ocurrencia del hecho. (Congreso Nacional, 2001, pág. 24)

La falta de afiliación no genera efectos negativos para el trabajador únicamente, puesto que los beneficios de la afiliación se extienden también a las cargas familiares, por lo que se resalta la importancia de su cumplimiento y resaltando, por supuesto que, su incumplimiento conlleva una sanción.

## **2.1.3 Incorporación de sanciones ante la falta de afiliación en el Código Orgánico Integral Penal**

### **2.1.3.1 Referéndum**

Con la finalidad de esclarecer la definición de sanción penal, se adopta la definición elaborada por (Cabanellas, 1993) en donde establece que la sanción penal es “la amenaza legal de un mal por la comisión u omisión de ciertos actos o por la infracción de determinados preceptos” (p. 289). Las sanciones penales incorporadas en el Código Orgánico Integral Penal, se establecen como pecuniaria para la persona jurídica y privativa de libertad para la persona natural.

Previo a la incorporación de sanciones al Código Orgánico Integral Penal, el 7 de mayo de 2011 se les planteó a los ecuatorianos un referéndum referente a la no afiliación de un trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Dentro de las preguntas que se plantearon al pueblo ecuatoriano se incluyó la pregunta 10 cuyo texto es el siguiente:

¿Está usted de acuerdo con que la Asamblea Nacional, sin dilaciones dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique como infracción penal la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia?, la respuesta reflejada en las urnas fue de un 4'146.640 correspondiente al 55,03% para el SÍ, frente a un 44,97% para el NO. (Registro Oficial, 2011, pág. 35)

Consecuentemente el Código Orgánico Integral Penal expedido en el 2014 trajo consigo la eliminación del Código de Procedimiento Penal para incorporarlo dentro del nuevo ordenamiento penal, así como también incluyó nuevos tipos penales entre los que se encuentran sanciones frente a la no afiliación tanto para personas naturales como para personas jurídicas, mismas que se enunciarán en líneas posteriores.

### **2.1.3.2 Particularidades en el Código Orgánico Integral Penal**

De acuerdo al Código Orgánico Integral Penal, las personas jurídicas sí poseen responsabilidad penal la que se encuentra contemplada dentro del Capítulo Segundo con el nombre de Clasificación de la Pena, en donde se establece lo siguiente:

Artículo 71.- Penas para las personas jurídicas.- Las penas específicas aplicables a las personas jurídicas, son las siguientes:

1. Multa.

2. Comiso penal. Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de

buena fe, que se reconocen, liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial.

3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.

4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial.

5. Remediación integral de los daños ambientales causados.

6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontractación o de reactivación de la persona jurídica.

7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción. (Asamblea Nacional, 2014, pág. 52)

Con esto se sienta el antecedente de que la ley penal ecuatoriana contempla la existencia de sanciones penales para la persona jurídica lo que funge como fundamento para el contenido del Art. 243 relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas ante la falta de afiliación.

Para referenciar el Art. 244 del código penal resulta pertinente mencionar y configurar los elementos que componen la teoría del delito, siendo estos: la acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

La acción se la detalla como el presupuesto que da inicio para que los demás elementos del delito puedan existir. Se define -la acción- como el acto de exteriorizar la voluntad que posea el ser humano, la materialización de un pensamiento previo. Dentro del artículo en cuestión la acción se configura como “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” (pág. 98), a la par también se percibe el sujeto activo y sujeto pasivo, determinándose como sujeto activo el empleador que no inscribe al trabajador, y como sujeto pasivo al trabajador.

La tipicidad, es conexas al principio de legalidad, es posible definirla como la acción contemplada en la ley, es decir, que no es posible declarar una acción como punible si no está contemplada dentro de la normativa penal, y asignada la sanción para dicha acción.

La punibilidad es considerada por algunos autores como un elemento secundario dentro de la tipicidad. En el caso materia de estudio, la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de

Seguridad Social se encuentra determinada en el Art. 244 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano.

La antijuricidad, esto se describe como aquella conducta que sea contraria a derecho, es decir, que la conducta que se pretende penalizar vaya en contra de los preceptos establecidos por el ordenamiento jurídico. Dentro de la antijuricidad conviven dos clasificaciones, la antijuricidad formal y antijuricidad material, y se distinguen debido a que la formal vulnera lo establecido en la normativa y la material violenta a las normas de conducta social establecidas por la sociedad. Relacionando esto con el tema de estudio, la incorporación del Art. 244 al ordenamiento penal responde a la necesidad de obligar a los empleadores a asegurar a sus empleados, puesto que existe la cultura de no inscribir en el Seguro Social a los trabajadores, y esto último fue considerado una conducta contraria a las normas de conducta social.

La culpabilidad, se determina básicamente en la premisa de que el autor del delito pudo accionar de otra manera para evitar cometer el ilícito, como no sucedió, la conducta es reprochable y contraria al ordenamiento jurídico. Referente al reproche, este se encuentra estrechamente ligado con el libre albedrío, es decir, conocer el perjuicio que se ocasionaría en la sociedad el cometimiento de determinado acto y aun así realizar el acto, en el determinado caso de que la persona no tuviese la facultad de discernir la gravedad de un acto sería considerado como un inimputable. En relación al tema de estudio, el empleador es consciente de sus obligaciones, y aun así decide, por cualquier motivo que este considere, omitir la afiliación del empleado está en plena consciencia de que está cometiendo un acto que es contrario a derecho.

Un punto importante de aclaración es la diferencia que existe entre delito y contravención, la principal diferencia radica en la duración y la gravedad de las penas; mientras que en el delito son más extensas, en las contravenciones duran menos tiempo. El delito, es básicamente el ser del derecho penal debido a que la finalidad de este es controlar los comportamientos que alteren la convivencia social; por otra parte, la contravención, es una infracción penal de menor gravedad respecto de un delito y su finalidad radica en el control en el orden público.

### **2.1.3.3 Responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos del derecho al trabajo**

Tomando en consideración todos los antecedentes expuestos, tanto de la necesidad en la existencia de una norma que garantice el cumplimiento de la afiliación al Seguro Social, o caso contrario, se establezca una responsabilidad, como el resultado del consentimiento de los ecuatorianos expresado en las urnas mediante un referéndum, y teniendo presente que en el Ecuador los empleadores pueden ser personas tanto jurídicas como personas naturales, el Código Orgánico Integral Penal de 2014 recoge sanciones para ambas personerías. En su sección sexta y bajo el título de “Delitos contra el derecho al trabajo y la Seguridad Social” establece:

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. (Asamblea Nacional, 2014, pág. 98)

De acuerdo con la doctrina penal dentro de los elementos necesarios para el cometimiento de un delito se encuentran la voluntad y la conciencia, elementos de los cuales las personas jurídicas carecen puesto que son entes ficticios, sin embargo, las personas jurídicas poseen responsabilidades y derechos por los cuales la personería jurídica sí podría ser imputable, de acuerdo a lo establecido anteriormente el aforismo jurídico *societas delinquere non potest* no sería aplicable.

### **2.1.3.4 Responsabilidad penal de las personas naturales en las contravenciones contra el derecho al trabajo**

Por otra parte, en su sección séptima y bajo el título “Contravención contra el derecho al trabajo” se establecen las sanciones para las personas naturales de la siguiente manera:

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. (Asamblea Nacional, 2014, pág. 98)

A partir de este artículo se evidencia una cuestionable sanción discriminatoria de la persona natural respecto de la persona jurídica puesto que al tratarse de una persona física e imputable se establecen sanciones privativas de libertad contrario de lo que sucede con la persona jurídica donde se establece únicamente una sanción pecuniaria.

Frente a las sanciones impuestas a las personas naturales el Dr. Johnny Ayluardo Salcedo elaboró, para la revista Ensayos Penales, en su edición #9 de 2014, un texto titulado “Justificación de la Penalización del incumplimiento de Obligaciones Laborales” en el que establece que el fin máximo del Derecho Penal es la protección de la sociedad mediante los bienes jurídicos; que son pocos los derechos laborales protegidos con sanción penal, y precisamente son pocos en observancia al principio punitivo de ultima ratio pues este es aplicado cuando los mecanismos administrativos no resultan eficaces; el texto hace alusión al artículo 52 del COIP en donde señala que los fines de la pena es la prevención en la comisión de un delito y que en ningún caso la pena se concibe como un mecanismo que aísla a las personas sin causa justa sino más bien es un resultado que sucede ante la acción u omisión de la persona; Ayluardo mantiene que para comprender la decisión de sancionar penalmente figuras laborales se debe tomar en consideración que el delito es la lesión de un bien jurídico asentado bajo el principio de lesividad y se sustenta en un pensamiento de los “Fundamentos del Funcionalismo de Günter Jacobs dogmática y Derecho en Luhmann, María Luz Castany” al establecer que para afianzar la confianza en el sistema se debe delimitar específicamente el rol y la función del ciudadano en la sociedad, y destaca la regulación del comportamiento del ser humano conforme con las actividades profesionales que realizan.

El texto elaborado por el Dr. Ayluardo pretende brindar una aclaración doctrinaria del porqué se penalizaron incumplimientos en las obligaciones laborales, citando doctrina básica penal y fundamentos de Günter Jacobs al establecer la misión esencial del derecho penal y la delimitación del rol del ciudadano, sin embargo, dicha justificación no profundiza lo suficiente ni brinda el análisis necesario que merece el tema como para brindar una aclaración que abarque todas las aristas que resultan afectadas, tanto doctrinarias como sociales, con la incorporación del artículo 244 al Código Orgánico Integral Penal.

## **2.1.4 Principios vinculantes del Derecho Penal**

### **2.1.4.1 Principio de proporcionalidad y necesidad**

Si bien no se puede negar la relevancia de la que goza el derecho a la seguridad social y la importancia de su cumplimiento, tampoco se puede negar que la privación de libertad para la persona natural se vuelve un tanto drástico teniendo en consideración que la aplicación de sanciones de carácter monetario serían más leves y eficaces en la restitución del bien jurídico lesionado.

El derecho penal cumple una función más allá de únicamente proteger bienes jurídicos, y esta es el “aseguramiento de las expectativas normativas esenciales frente a sus defraudadores” (Cerezo Mir, 2005, pág. 13), lo que se traduce como la vigilancia de que la norma permita el desarrollo de la persona en la sociedad. El hecho de que la ley permita el normal desenvolvimiento del ser humano dentro del entorno en el que se rodea se encuentra estrechamente ligada a la proporcionalidad de las normas mismas, para (Alexy, 1985) el principio de proporcionalidad es el “procedimiento correcto, en términos conceptuales y normativos, que un tribunal debe utilizar para interpretar y aplicar las normas sobre derechos fundamentales contenidas en una constitución”.

La aplicación del principio de proporcionalidad se contempla en la Constitución de la República del Ecuador, la Carta Magna expresa:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (Asamblea Nacional, 2008, pág. 34)

La proporcionalidad se concibe como la exigencia de que un castigo o pena sea consecuente con el delito cometido limitando así el uso desmedido de la potestad sancionadora de la que goza el Estado. La creación de leyes penales debe asirse al fin que se pretenda conseguir o el bien jurídico que se pretenda proteger, debido a que “la cadena argumentativa del principio de proporcionalidad debe comenzar con la determinación del fin perseguido por el legislador. Si, al intervenir en un derecho, el legislador no persigue ningún fin, o persigue un fin constitucionalmente ilegítimo o irrelevante” (Bernal Pulido, 2009), se debería considerar contrario a la Constitución.

Del principio de proporcionalidad se deriva el subprincipio de necesidad, que toma relevancia en este caso en razón de que el artículo objeto de estudio restringe un derecho

fundamental como es el caso de la libertad debido a una omisión en la afiliación a la seguridad social y cuya reparación integral pudo ser más efectiva con una sanción de carácter pecuniario o de carácter administrativo sin tener que recurrir a la privación de libertad en donde se puede generar más perjuicios que ganancias.

En opinión de (Sánchez Gil, 2017) el subprincipio establece que cuando el legislativo dispone una medida que restringe un derecho fundamental, responde a que es estrictamente indispensable para satisfacer el fin que se pretendió perseguir, esta medida restrictiva debe ser la menos severa para el derecho afectado y, a su vez no deben existir opciones alternas más ligeras que permitan alcanzar el supuesto pretendido. Ante hallarse una falta en los supuestos antes mencionados, la medida sería ilegítima puesto que vulnera un derecho fundamental cuando no es estrictamente necesario, por la existencia de una medida menos perjudicial y con los mismos fines que el legislativo pretendía perseguir. (pág. 45-46).

La vía penal debe ser utilizada cuando se constituya como un mecanismo idóneo para el fin que se persigue, observando el subprincipio de necesidad si se toma en cuenta que la falta de afiliación ya posee una sanción administrativa conforme lo establece la Ley de Seguridad Social, se torna evidente que la penalización de esta omisión no responde ante la necesidad y por lo tanto no se aleja de la idoneidad de la que debe estar revestida una sanción de carácter penal, por lo que queda en tela de duda si el legislador realizó el análisis de los principios fundamentales que merece el tema o si la incorporación del artículo 244 a la norma penal respondió única y meramente a la consulta popular de 2011, por lo que, la proporcionalidad de la norma en cuestión no guarda una relación constitucionalmente válida al no utilizar una medida alternativa que resulte menos restrictiva de derechos y que sea idónea para el fin protegido y se debió aplicar un test de proporcionalidad con la finalidad de analizar la conducta antijurídica y realizar “una medición razonable de las consecuencias derivadas de la afectación a un bien jurídico” (CASO N.º 0047-14-IN, 2016).

#### **2.1.4.2 Principio de mínima intervención**

El análisis previo que debió realizarse antes de considerar penalizar una conducta, cuya reparación es más eficaz mediante la vía administrativa que mediante la privación de un derecho fundamental, al parecer no fue realizado a profundidad como está demostrado en los párrafos previos, y, conexo al principio de proporcionalidad se halla también el principio de mínima intervención, que según (Quintero Olivares, 1981) se fundamenta estableciendo que:

El Derecho Penal no puede nunca emplearse en defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho, siendo inadecuado recurrir a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales. (pág. 48)

Tomando en cuenta lo antes señalado la privación de libertad ante la falta de afiliación se halla en una inconsistencia pues hubiese sido más eficiente una sanción de carácter administrativo, sanción que de hecho existe. El derecho penal no debe intervenir en cada aspecto de la vida del ser humano, en realidad, mientras que exista una menor intervención punitiva mejor será el desenvolvimiento de la sociedad. El principio de mínima intervención establece un límite al *ius puniendi*, además de consagrar al derecho penal como la última instancia a la que deberían recurrir las personas para la resolución de conflictos. La tipificación del artículo 244 vulnera el principio de mínima intervención al no existir la necesidad del establecimiento de una sanción penal, sumando a ello, este no es el único problema jurídico que enfrenta el mencionado artículo.

## **2.1.5 Política criminal**

### **2.1.5.1 Improcedencia de la criminalización por razones ideológicas**

Las ideologías han sido inherentes al ser humano y sobre la base de eso el humano ha dirigido sus actos y se ha desarrollado en el mundo, tomando buenas o malas decisiones, iniciando guerras o promoviendo la paz. El ser humano siempre ha buscado la manera de representar la ideología que profesa y mantener el *status quo*.

La influencia de la ideología en el derecho radica en afianzar una percepción política cuya finalidad es la de resguardar los intereses de un determinado grupo poblacional desempeñando un importante papel en la economía, en la política y en el derecho.

Aunque el derecho se ha construido con tintes ideológicos, el derecho penal no admite tal perspectiva puesto que el derecho no puede reducirse a que ciertos ideales que son válidos para un grupo poblacional, se implementen para toda la población. (Zavala Baquerizo, 2002, pág. 117) manifiesta que, la criminalización que únicamente se manifieste debido a la imposición de cierta forma de actuar o de pensar es improcedente, puesto que la ley penal no debe utilizarse como un mecanismo para orientar el pensamiento del hombre o para obligar la creencia de determinados postulados de carácter moral, filosófico o político. Emplear el derecho penal con los fines antes descritos atenta enormemente contra la dignidad humana y los derechos humanos.

La incorporación del artículo 244 al COIP fue influenciada con el propósito de crear y generar una mayor conciencia dentro de la mente de los empleadores respecto de la seguridad social, es decir, se utilizó la ideología para identificar los intereses tanto del Estado como de los trabajadores con los intereses de la sociedad y de esta manera lograr la concepción de dicho artículo, mismo que resulta ajeno a los fines que posee el derecho penal.

### **2.1.5.2 Uso inadecuado del poder punitivo**

El estado posee la facultad constitucionalmente reconocida para la creación de normativas represivas que tributen a la protección de los bienes jurídicos tutelados de cada individuo y es el derecho penal el medio por el cual se influye en el desarrollo intelectual y doctrinario de esta potestad punitiva, sin embargo, el poder punitivo no siempre sigue las líneas marcadas por el derecho penal.

Un estado de derechos debe procurar emplear mínimamente el uso del *Ius Puniendi*, en este sentido el literata Cesare Beccaria sostiene para reducir el número de delincuentes no resulta útil la severidad de las penas, más bien, lo que puede contribuir es la aplicación de penas justas y proporcionales.

Conforme el derecho penal avanza existe la tendencia de considerar al infractor como un enemigo para la sociedad, esto es conocido también como el derecho penal del enemigo, que se manifiesta en la desproporcionalidad existente entre la penalización y el bien jurídico que se pretende proteger, dando como resultado una escasa justicia penal que atenta contra los derechos humanos más elementales, siguiendo la misma línea (Araujo Granda M. P., 2007), sostiene que:

Por la gravedad que implica el control penal, este no puede ser usado frente a todas las situaciones de la vida cotidiana, sino sólo cuando las conductas con alto grado de lesividad han vulnerado bienes jurídicos, caso contrario estaríamos sometiendo a los ciudadanos a una permanente y constante amenaza de sanción que impediría su desarrollo integral y el ejercicio de sus derechos humanos y fundamentales, y para que el Derecho Penal se justifique en sí mismo, es imprescindible la tutela y satisfacción de esos valores y derechos de los seres humanos, esto nos arroja a la premisa de prevalencia de la inmunidad de los ciudadanos versus la arbitrariedad de las prohibiciones y los castigos.

El derecho penal debe utilizarse bajo el principio de mínima intervención, lo que significa que no todo bien jurídico debe ser protegido con la penalización puesto que se debe permitir la intervención penal cuando no existan otros mecanismos mucho más idóneos para la obtención de protección hacia un bien jurídico determinado. Existe un expansionismo del

poder punitivo perdiendo el horizonte de reinsercionista social previsto para este poder y desvirtúa la efectividad punitiva determinada para la lesión de un bien jurídico, para vincular el poder punitivo con la vulneración de la norma, incurriendo inclusive en el denominado populismo penal.

## **2.1.6 Derecho a la libertad**

### **2.1.6.1 Antecedentes de la privación de libertad por deudas**

La privación de libertad por deudas no es un concepto nuevo, de hecho, tiene sus orígenes aproximadamente en el siglo XVIII, en Grecia, los deudores eran encarcelados con el fin de que sus acreedores recibieran el dinero que se les adeudaba; en la península ibérica el uso de cuevas para privar de libertad a los deudores se encontraba avalado por una ley. En Ecuador la prisión por deudas tuvo su origen en la economía puesto que al ser un país agrícola la mano de obra era algo necesario, uno de los mecanismos utilizados para garantizar mano de obra ocurrió gracias a que en 1833 el Congreso revistió al estado como el sancionador legal de los terratenientes al instaurar la prisión por deudas.

La prisión por deudas se convirtió en un medio para perpetuar el concertaje puesto que si el jornalero adquiría una deuda con el hacendado este lo amenazaba con prisión en caso de que el jornalero quisiera incurrir en incumplimiento o quisiese huir de la hacienda, estos eran reclusos o bien en un lugar destinado para el efecto dentro de los predios de la hacienda o en una cárcel pública. Como concertaje se entiende la “relación laboral en base a un contrato, que en la práctica se convirtió en una coacción hecha a los indios, para con base en un constante endeudamiento obligarles a permanecer como fuerzas de trabajo estables en las haciendas y obrajes” (Moreno Yáñez, 1981, pág. 280).

Eran múltiples las maneras en que los campesinos contraían deudas con los terratenientes, desde cubrir la deuda de un preso para llevarlo a trabajar a una hacienda, hasta adquirir a crédito: alimentos o insumos básicos, y estos eran obligados a trabajar hasta cubrir su deuda, no tenían permitido dejar la hacienda con una deuda en curso, o eran reclusos en la cárcel hasta que el deudor o alguien devengue la deuda, y si era algún otro hacendado el que cubría la deuda, el deudor pasaba de la prisión hacia una esclavitud concierta.

Esta figura era amparada por el Código Civil de 1860 en donde se contemplaba la privación de libertad para la ejecución del hecho convenido y en 1869 el Código de Enjuiciamiento Civil contempló la privación de libertad por concepto de costas, multas, actuaciones

judiciales, honorarios y también cuando la deuda provenga de arrendamiento, de obra o de servicios personales; cuando se suscitaba un hecho de incumplimiento, el deudor era privado de su libertad hasta el pago total de la deuda con un día de prisión por cada 8 reales. (Lovato, 1955, pág. 15). En 1903 un grupo de diputados azuayos pretendieron derogar este sistema, sin embargo, su proyecto fue rechazado por el Congreso de la República; en 1916 bajo el mandato del Dr. Alfredo Baquerizo Moreno se promulga una ley cuyo objetivo es regular la jornada laboral de los jornaleros, la promulgación de esta ley aceleró el debate de la abolición del apremio por concepto de deudas, y finalmente en 1918 fue derogada la prisión por dicho concepto.

El apremio por deudas implicaba no solo una vulneración de derechos para el campesino, sino también un abuso de poder por parte de quienes estaban a cargo de impartir justicia, estos eran los comisarios de policía y tenientes políticos, que junto con la influencia de los hacendados, obraban con parcialidad y abuso.

#### **2.1.6.2 Privación de libertad por deudas, costas, multas o tributos y el Art. 244 del COIP**

El artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, versa acerca de la sanción para el empleador que no afilie a sus trabajadores, y la disposición constitucional que prohíbe la privación de libertad por deudas, costas, multas o tributos radica en que la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, fuera de la afectación que esto pudiese ocasionar al trabajador, constituye un interés por mora patronal, es decir que, cuando un trabajador omite afiliar a sus empleados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se genera una obligación pecuniaria por el cual el patrono debe responder, misma que en esencia es una deuda que se genera entre el patrono y el IESS, por lo tanto, que la sanción a esta omisión sea una privación de libertad, se contrapone en demasía a lo determinado en la Carta Magna al establecer en su artículo 66 numeral 29, literal c) “ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias” (Asamblea Nacional, 2008, pág. 31). Adicional a la problemática antes mencionada, el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, posee otras cuatro falencias:

La primera radica en la existencia de una doble sanción para una misma acción, por cuanto existen medios administrativos, más eficaces y menos dañinos tanto para el empleador como para el trabajador. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social establece que la disposición

de que el empleador, con el fin de evitar una mora patronal, realice el registro del aviso de entrada en el lapso de los primeros quince días de labores del trabajador, caso contrario el IESS establece una sanción pecuniaria por dicho incumplimiento. Es decir, la omisión de la afiliación de un empleado se sanciona en dualidad, por la vía administrativa y por la vía penal, generando de esta forma una vulneración al principio non bis in ídem que es contraria a derecho.

La segunda falencia es la existencia de una diferenciación de sanciones para una misma conducta logrando que exista una sanción discriminatoria para la persona natural respecto de la persona jurídica, al establecer una privación de libertad para la persona natural y una sanción monetaria para la persona jurídica;

La tercera falencia que posee el artículo 244 de la norma penal es la proporcionalidad, que se ha detallado en líneas anteriores junto con el subprincipio de necesidad, pero que se vuelve fundamental al analizar el artículo antes señalado por cuanto la proporcionalidad no se pone de manifiesto y, por consiguiente, no se encuentra coherencia entre la sanción determinada y la conducta que se tipifica; y

La cuarta falencia que se haya en este artículo responde a que la decisión de incorporarlo este artículo al COIP no respondió a un análisis profundo del tema, debido a que no toda conducta que lesione un bien jurídico se debe sancionar con la privación de libertad, más bien, la criminalización debe estar reservada para aquellas conductas que sean más graves y, por lo tanto, perjudiciales para el ser humano.

El legislador, previo a la incorporación del tipo penal en cuestión, debió realizar un análisis integral que evalúe todas las aristas que se pudiesen hallar involucradas con la tipificación de una conducta para no caer en el llamado derecho penal del enemigo que surge cuando indiscriminadamente se sitúa al infractor como un enemigo para la sociedad lo que conlleva a establecer sanciones penales desproporcionales que genera una afectación sobre el grupo social a quien se le aplica la sanción.

El bien jurídico que se pretende proteger es el derecho que posee el empleado de ser afiliado a la seguridad social, este bien jurídico se garantiza mediante la afiliación dentro de los plazos establecidos en derecho y el pago de las aportaciones que se derivan de la afiliación, cuando ocurra el supuesto de que el empleador no afiliasa a su trabajador la manera más efectiva y eficiente de proceder con la reparación del daño perpetrado al empleado es con la

afiliación inmediata y el pago de las demás obligaciones que surjan, sean estas aportaciones atrasadas y/o multas generadas por el IESS por concepto de atraso, de esta manera se protege el bien jurídico, no se suma otro proceso más al sistema judicial y el empleador no resulta tan afectado.

Resultado de la falta de análisis del artículo en cuestión: el empleador debe lidiar con consecuencias derivadas de la pena privativa de libertad puesto que esta sanción bloquea su libre desarrollo dentro de la sociedad al tener que enfrentar una sanción privativa de libertad que, en el caso de tratarse de empleadores con emprendimientos pequeños, pudiese afectar la relación con sus clientes en razón del estigma que existe hacia las personas con pasado judicial, afectando así su desarrollo económico; sumando que esta sanción no contribuye a la reparación integral mucho menos posee un fin preventivo debido a que en el momento que se establezca la pena privativa de libertad el daño ya se ha efectuado.

### **2.1.7 Independencia de las sanciones administrativas respecto de las sanciones penales**

El Estado posee la potestad sancionadora, es una de las formas en las que se expresa el Ius Puniendi, mediante el cual la potestad sancionadora se diversifica en la aplicación de diversos tipos de sanciones, una de sus más destacadas características es la autoridad que emite la sanción pues mientras que la sanción penal la emite un juez, la sanción administrativa la emite una autoridad administrativa competente.

La potestad sancionadora que posee la administración pública básicamente consiste en que la autoridad de administración pública pueda establecer sanciones a sus administrados en observancia del Ius Puniendi. Para el establecimiento de sanciones la administración pública con base en el criterio de facultad y de función. La facultad consiste en el ejercicio del principio de reserva de ley, es decir, la ley habilita la actuación frente a determinadas conductas antijurídicas cometidas por los administrados; la función radica en la obligación que tiene la administración de verificar el cometimiento de una infracción de carácter administrativo, este debe encontrarse establecido previamente en la normativa habilitante, identificar a la persona que cometió la infracción y aplicar la sanción prevista para el caso. Dentro de todo el procedimiento de la sanción administrativa debe primar la garantía al debido procedimiento administrativo, garantizando los derechos del administrado.

Los tratadistas (García de Enterría & Ramón Fernández, 2002) determinan que las sanciones administrativas son independientes respecto de las sanciones penales que pueda dictar un juez penal debido a que la potestad sancionadora de la Administración es independiente a la de la potestad punitiva del juez (p. 184), criterio similar fue emitido dentro de la (Sentencia de 11 de junio de 2001, 2005) por la entonces denominada Corte Suprema de Justicia, estableciendo que “El ius puniendi del Estado es uno solo, pero se manifiesta de dos maneras: la potestad administrativa sancionadora y la potestad penal de la jurisdicción”.

### 2.1.8 Comparación del régimen sancionatorio ante la falta de afiliación a la seguridad social: Ecuador, Perú, Colombia, Bolivia y Venezuela

Con el fin de esclarecer el régimen sancionatorio aplicable para la no afiliación de un trabajador a la seguridad social se procede a detallar un cuadro comparativo:

**Tabla # 2**

**Tabla comparativa del régimen sancionatorio ante la falta de afiliación a la seguridad social: Perú, Colombia, Bolivia y Venezuela**

	Administrativa	Privativa de Libertad	Sanciones
<b>Perú</b>	Sí	No	-Amonestación -Multa a la Entidad Prestadora de Salud de monto no mayor a 100UIT -Suspensión o revocación de la Autorización de Funcionamiento
<b>Colombia</b>	Sí	No	Una multa por cada caso y por cada afiliado, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente
<b>Bolivia</b>	Sí	Sí	-Multas de doscientos mil a cien millones de bolivianos de acuerdo a la gravedad de la infracción; -Apremio hasta el cumplimiento forzoso de la obligación; -Arresto de uno a treinta días de acuerdo a la gravedad de la falta o el desacato; -Intervención o cierre definitivo de la empresa.
<b>Venezuela</b>	Sí	No	-Las infracciones leves, con multa de hasta veinticinco unidades tributarias (25 U.T.) por cada trabajador o trabajadora expuesta. -Las infracciones graves, con multa desde veintiséis (26) hasta setenta y cinco (75) unidades tributarias (U.T.) por cada trabajador o trabajadora expuestos. -Las infracciones muy graves, con multa desde setenta y seis (76) hasta cien (100) unidades tributarias (U.T.) por cada trabajador o trabajadora expuestos. El número de trabajadores o trabajadoras expuestos será determinado por decisión debidamente fundada de la unidad técnica administrativa competente del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales.

Fuente: Jorge Eduardo Relica Ordoñez

Elaborado por: Autora

Una vez detallado el cuadro comparativo se concluye que en Latinoamérica existe la tendencia de considerar a la seguridad social como una obligación a cumplir por lo que se establece sanciones por su incumplimiento estableciendo sanciones administrativas, sin embargo, pese a tratarse de sistemas normativos similares, de los países comparados, únicamente Bolivia establece una sanción privativa de libertad para el empleador que no afilie al trabajador, adicional a esto vale destacar que la normativa que referencia la sanción en Bolivia fue puesta en vigencia en 1959 época en la que las corrientes sociales, específicamente la seguridad social, se encontraba en pleno auge y desarrollo.

## **2.2 Marco Legal**

Las normativas que regulan el actuar del individuo en la sociedad son imprescindibles por cuanto contribuyen con el cumplimiento del bienestar social y garantizan el desarrollo y convivencia del ser humano dentro del esquema social, estas normas otorgan derechos, obligaciones y también sanciones que son aplicadas ante la existencia de conductas que alteren el orden social o atenten en contra de los derechos de otros individuos. A continuación se detallan las normativas vinculantes con el objeto de estudio.

### **2.2.1 Constitución de la República del Ecuador**

La Carta Magna ecuatoriana fue concebida en Montecristi, Manabí, en 2008, y cambió el modelo de un estado social a un estado constitucional de derecho y de derechos, dicho cuerpo normativo es la norma suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo tanto, las demás leyes deben estar sometidas a la constitución. La Constitución al ser un cuerpo normativo que recoge diversos derechos, el derecho a la libertad y a la seguridad social, los determina en los siguientes artículos.

- 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, subsidiariedad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.
- Artículo 66, numeral 29, literal a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres, [...]. Literal c) ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas,

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

Un apartado muy importante a resaltar es que la Constitución de la República del Ecuador contempla la aplicación de diversos principios, sin embargo, es al principio de proporcionalidad al que más se ha hecho referencia en líneas previas dentro del presente trabajo de investigación, el mismo que es aplicable en el momento en el que se determinen sanciones y que se encuentra detallado de la siguiente manera:

- Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

La seguridad social se concibe como la protección que se presta, por parte de la sociedad, a un individuo frente a las adversidades a las que se haya expuesto el ser humano dentro de la vida cotidiana, es el aseguramiento a una asistencia médica, de un retiro de la vida laboral digno, asistencia en caso de accidentes que provocasen invalidez, maternidad, entre otros, es por ello que la Carta Magna ecuatoriana contempla la seguridad social en los siguientes artículos:

- 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. La Policía Nacional y las Fuerzas Armadas podrán contar con un régimen especial de seguridad social, de acuerdo con la ley; sus entidades de seguridad social formarán parte de la red pública integral de salud y del sistema de seguridad social.
- Art. 374.- El Estado estimulará la afiliación voluntaria al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior, y asegurará la prestación de contingencias. El financiamiento de estas prestaciones contará con el aporte de las personas afiliadas voluntarias domiciliadas en el exterior.

### **2.2.2 Código Orgánico Integral Penal**

El Código Orgánico Integral Penal nace en 2014 y reemplaza a los denominados Código Penal y Código de Procedimiento Penal, es un conjunto de normas punitivas cuya finalidad principal es la de normar el Ius Puniendi del cual el Estado se haya revestido, es un cuerpo normativo que recoge delitos, contravenciones, procedimiento para el juzgamiento de infractores, rehabilitación social y reparación integral. Este cuerpo normativo considera la falta de afiliación como un delito, tratándose de personas jurídicas, y como una contravención en las personas naturales; además, recoge la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones para los infractores relativos a la temática de estudio en el presente trabajo.

- Artículo 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.

- Artículo 50.- Concurrencia de la responsabilidad penal.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento.

Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.

- Artículo 71.- Penas para las personas jurídicas.- Las penas específicas aplicables a las personas jurídicas, son las siguientes:

1. Multa.

2. Comiso penal. Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de

terceros de buena fe, que se reconocen liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial.

3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.

4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial.

5. Remediación integral de los daños ambientales causados.

6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de reconstrucción o de reactivación de la persona jurídica.

7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.

El Código Orgánico Integral Penal de 2014 recoge sanciones para ambos tipos de personas en cuanto a la falta de afiliación a la seguridad se refiere y se detallan en las líneas siguientes:

- 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.

- 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.

### **2.2.3 Código del Trabajo**

El Código de Trabajo tuvo su registro oficial en el año 2005, dentro de este cuerpo normativo se encuentran reguladas las relaciones de carácter laboral que existen entre el trabajador y el empleador, dentro de estas regulaciones se detallan derechos, obligaciones para ambas partes, dentro del presente proyecto de investigación, las obligaciones de los empleadores forman parte fundamental por lo que se detallan a continuación los siguientes artículos vinculantes:

- Artículo 42 establece las obligaciones que tiene el empleador, en su numeral 31) Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro de los primeros quince días, y dar avisos de salida, de las modificaciones de sueldos y salarios, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, y cumplir con las demás obligaciones previstas en las leyes sobre seguridad social.
- Art. 412.- Preceptos para la prevención de riesgos.- El Departamento de Seguridad e Higiene del Trabajo y los inspectores del trabajo exigirán a los propietarios de talleres o fábricas y de los demás medios de trabajo, el cumplimiento de las órdenes de las autoridades, y especialmente de los siguientes preceptos:

5. Se ejercerá control de la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y de la provisión de ficha de salud. Las autoridades antes indicadas, bajo su responsabilidad y vencido el plazo prudencial que el Ministerio de Trabajo y Empleo concederá para el efecto, impondrán una multa de conformidad con el artículo 628 de este Código al empleador, por cada trabajador carente de dicha ficha de salud, sanción que se la repetirá hasta su cumplimiento. La resistencia del trabajador a obtener la ficha de salud facilitada por el empleador o requerida por la Dirección del Seguro General

de Salud Individual y Familiar del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, constituye justa causa para la terminación del contrato de trabajo, siempre que hubieren decurrido treinta días desde la fecha en que se le notificare al trabajador, por medio de la inspección del trabajo, para la obtención de la ficha.

#### **2.2.4 Ley de Seguridad Social**

Esta ley nace por la necesidad de establecer un marco normativo para la protección de la población tanto urbana como rural que se encuentre bajo una relación laboral de dependencia o los trabajadores autónomos, quienes dentro de los beneficios que perciben se encuentran los detallados en líneas anteriores, la variable independiente del presente proyecto de investigación versa acerca de la seguridad social por lo tanto los siguientes artículos son vinculantes al tema de estudio.

- Art. 2.- SUJETOS DE PROTECCION.- 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;
  - 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 dependencia.

- 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.

- Art. 73.- INSCRIPCIÓN DEL AFILIADO Y PAGO DE APORTES.- El empleador está obligado, bajo su responsabilidad y sin necesidad de reconvención, a inscribir al trabajador o servidor como afiliado del Seguro General Obligatorio desde el primer día de labor, y a remitir al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince (15) días, con excepción de los empleadores del sector agrícola que están exentos de remitir los avisos de entrada y de salida, acreditándose el tiempo de servicio de los trabajadores. El incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con el Reglamento General de Responsabilidad Patronal. El empleador dará aviso al IESS de la modificación del sueldo o salario, la enfermedad, la separación del trabajador, u otra novedad relevante para la historia laboral del asegurado, dentro del término de tres (3) días posteriores a la ocurrencia del hecho. (Congreso Nacional, 2001)

### **2.2.5 Normativa internacional**

La normativa internacional es considerada como fuente del derecho internacional y como un mecanismo que permite desarrollar una convivencia pacífica al reconocer los derechos fundamentales que poseen las personas así como también la obligación de proteger estos y por su puesto el establecimiento de políticas públicas que permitan su promoción. Dentro de

los tratados internacionales que versan respecto de la seguridad social se encuentran los siguientes:

### **Declaración Universal de los Derechos Humanos**

- Art. 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

### **Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

- Art. 9.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

### **Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia)**

- Art.3.- La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa.

Los instrumentos internacionales que versan respecto de la prohibición de la privación de libertad por deudas, versan al respecto los siguientes:

### **Pacto internacional de derechos civiles y políticos**

- Artículo 9º.- 1.-Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

### **Convención americana sobre derechos humanos**

- Artículo 7. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; 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.

Los instrumentos internacionales ponen de manifiesto el término *pacta sunt servanda* lo que significa que los tratados que entran en vigencia obliga a las partes y estas deben dar fiel cumplimiento en buena fe. La Constitución de la República del Ecuador reconoce a los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico, ubicándose solo debajo de la Carta Magna. La aplicación de estos tratados no es estricta sino más bien está supeditada a diversas circunstancias.

### **2.3 Marco Conceptual**

- Empleador.- “Quien emplea remuneradamente y con cierta permanencia a trabajadores subordinados a él” (Cabanellas, 1993, pág. 237).
- Trabajador.- “Quien trabaja; todo aquel que realiza una labor socialmente útil. Laborioso o aplicado al trabajo [...] La parte retribuida en el contrato de trabajo” (Cabanellas, 1993, pág. 313).
- Afiliación.- “El hecho de entrar a formar parte de un partido político, de una asociación o de una agrupación, con fines lícitos” (Ossorio, 2011, pág. 54).
- Referéndum.- “Sistema legislativo que consiste en someter al voto directo del pueblo las leyes o la aprobación de ciertos actos de gobierno” (Cabanellas, 1993, pág. 18).
- *Societas delinquere non potest*.- “La sociedad no puede delinquir’. La regla impide considerar responsable penal del delito a una persona jurídica” (Real Academia Española, s.f).
- *Ius puniendi*.-

Facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad, ha adquirido rango constitucional y se integra por un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades. (Medina Cuenca, 2007, pág. 87)

- Pensión.- “Canon o renta, perpetua o temporal, la que se establece sobre una finca. Suma de dinero que percibe una persona para su alimentación y subsistencia” (Cabanellas, 1993, pág. 239).
- Mora patronal.- “Incumplimiento en el pago de aportes del Seguro General Obligatorio o de Seguros Adicionales contratados, descuentos, intereses, multas y otras obligaciones, dentro de las fechas de pago exigible de la obligación” (Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, s.f).
- Pacta sunt servanda.- “Los pactos deben ser cumplidos” (Cisneros Farías, 2003, pág. 87)

## **CAPÍTULO III:**

### **MARCO METODOLÓGICO**

#### **3.1 Diseño y Tipo de Investigación**

El presente trabajo de investigación se desarrolló bajo el enfoque metodológico cualitativo mediante el cual se describió de manera precisa la problemática existente relativa a la pena privativa de libertad al empleador por la falta de afiliación al IESS y su afectación al derecho a la libertad, el cual restringe la privación de la libertad por deudas, costas, multas o tributos.

El estudio se direccionó al proceso inductivo utilizando la interpretación y análisis doctrinario, jurídico, teórico, partiendo del conocimiento general y estableciendo un nexo común con la problemática a investigar, se utilizó también una comparación analítica entre las sanciones por falta de afiliación a personas naturales y personas jurídicas, referenciando, además, las legislaciones de Perú, Bolivia, Colombia y Venezuela con la finalidad de enriquecer el marco doctrinario. El presente trabajo de investigación, al estar enfocado en la metodología cualitativa, permitió a la investigadora una aproximación más completa al objeto de estudio de tal manera que se aplicaron diversas técnicas de recolección de información tal como la encuesta, que fue aplicada a diversos profesionales del derecho mismos que se encontraban directamente relacionados con el fenómeno de estudio, de este modo se evidenció una significativa recopilación documental, que contribuyó a esclarecer el objeto de estudio, cumplir con los objetivos establecidos, responder la interrogante planteada y a su vez contribuir jurídicamente con el desarrollo del conocimiento.

El proyecto de investigación hace referencia a un estudio de corte exploratorio tomando en consideración la afirmación de (Hernández, Fernandez, & Baptista, 2010, pág. 79):

Los estudios exploratorios sirven para familiarizarnos con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa respecto de un contexto particular, investigar nuevos problemas, identificar conceptos o variables promisorias, establecer prioridades para investigaciones futuras, o sugerir afirmaciones y postulados.

La presente investigación tributa a la aproximación y la determinación relativa a la sanción privativa de libertad impuesta al empleador debido a la falta de afiliación al IESS y la afectación a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador relativo al derecho a la libertad.

El presente trabajo de investigación hace referencia a una investigación exploratoria, puesto que es la más idónea al utilizar el método cualitativo, además se basó en la respectiva búsqueda, revisión, recolección y análisis de la información recabada que contribuyeron a la validación de la idea a defender, la sistematización de las variables dependiente e independiente y el desarrollo de un marco doctrinario que permita cumplir con las consideraciones propias de un trabajo de corte exploratorio, establecer un punto de partida para investigaciones futuras y sugerir afirmaciones.

### **3.2 Recolección de la Información**

La información es fundamental para los trabajos de investigación, con la información “puede llegarse a explorar, describir y explicar hechos o fenómenos que definen un problema de investigación” (Méndez, 2011, pág. 249), debido a la importancia que toma la información, a continuación se detalla el procedimiento que permitió la recolección de la información para el presente trabajo de investigación.

Las técnicas documentales “consisten en la recopilación de información para enunciar las diferentes teorías que sustentan al objeto de estudio” (Castillo & Reyes, 2015, pág. 122), la información obtenida para la realización del presente trabajo de investigación fueron técnicas documentales y de campo, la técnica documental, es una fuente secundaria de investigación, se desarrolló mediante la investigación bibliográfica y mediante la consulta de artículos científicos, libros y tesis de grado de diferentes universidades en el contexto latinoamericano, así como también la consulta de bases de datos que contienen información científica respecto del tema como E-libro, Redalyc.org, Scielo, entre otras. Una vez recopilada la información se procedió con la lectura científica jurídica de la misma, así como el análisis del contenido los cuales se respaldaron con las fichas bibliográficas, citas y demás como instrumentos para dicha técnica, de esta manera se recopilaron los datos documentales y doctrinarios pertinentes para el desarrollo de la investigación, ampliar el fenómeno de estudio y permitir aportar con un enriquecedor conocimiento científico y confiable relativo al objeto de estudio.

La muestra utilizada en el presente trabajo de investigación fue no probabilística por conveniencia, la que le permitió, a la investigadora, seleccionar la muestra que se encontraba convenientemente disponible para el efecto. La muestra utilizada fue de 200 profesionales del derecho vinculados al ejercicio del derecho en el área objeto de estudio y una entrevista a la directora provincial del IESS – Santa Elena, sumando un total de 201 muestras en la presente investigación.

Las técnicas de campo se enfocan en “la recopilación de información que permitirá contrastar las diferentes teorías de la práctica real” (Castillo & Reyes, 2015), para el desarrollo de la técnica de campo se tomaron en consideración las variables establecidas en el presente trabajo, la investigadora utilizó la entrevista y la encuesta por considerarlas fuentes primarias de información, las técnicas de campo utilizadas fueron las ideales para la obtención de información de las personas que se hayan inmersas dentro del fenómeno de estudio, como instrumentos se utilizaron la entrevista dirigida a la Directora Provincial Santa Elena del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la encuesta dirigida a los profesionales del derecho vinculados al ejercicio del derecho en el área del objeto de la investigación.

La encuesta se corrió en atención a diversas bases de datos de abogados en la provincia de Santa Elena, se envió la encuesta utilizando el e-mail registrado en dichas bases de datos, la plataforma utilizada para la recolección fue Google Forms, de esta manera se pudo alcanzar la meta de doscientas encuestas a abogados.

Para la entrevista a la Directora Provincial del IESS en Santa Elena, se concretó una cita el día 28 de junio de 2022 a las 16:00 horas, durante 40 minutos la funcionaria respondió al cuestionario planteado por la investigadora, al ser preguntas de carácter semi estructurado, la funcionaria tuvo la libertad de expresar en su totalidad las ideas relacionadas al tema central de estudio lo que significó para esta investigación un enriquecedor aporte, adicional a ello, la funcionaria tuvo la predisposición de incluir en la reunión a la encargada del departamento jurídico y a la encargada del departamento de afiliaciones del IESS Santa Elena, las funcionarias brindaron información que contribuye con el esclarecimiento del tema de investigación.

### **3.3 Tratamiento de la Información**

Como se señaló en líneas anteriores las técnicas aplicadas para la recolección de información primaria, fueron las encuestas y entrevistas, dentro del presente trabajo de investigación se

utilizó la muestra que ya se encuentra declarada, estos elementos fueron utilizados en razón de ser considerados los más idóneas de conformidad con los objetivos planteados para la presente investigación.

Para el tratamiento de la información que se recabó mediante los métodos antes señalados se aplicó una entrevista. La investigadora utilizó para el efecto una guía de entrevista semi-estructurada, con la información obtenida se realizó un proceso que incluyó registrar, analizar e interpretar las respuestas que fueron proporcionadas por los profesionales antes mencionados.

Con el fin de aplicar la encuesta la investigadora planteó un cuestionario elaborado con siete preguntas, estos instrumentos fueron los que permitieron obtener la información precisa relativa al fenómeno objeto de estudio.

Con relación al tratamiento de la información obtenida en las encuestas aplicadas se procedió a trasladar los datos a Microsoft Excel para su tabulación en función de cada uno de los ítems planteados, con la finalidad de mostrar en gráficos de barras agrupadas con porcentajes de las respuestas obtenidas.

El análisis de resultados de las encuestas se realizó en tres partes, descripción del ítem, interpretación de resultados, y análisis. Con la información recabada tanto en la entrevista como en la encuesta se llegó a las conclusiones y recomendaciones que se encuentran detalladas en la sección correspondiente.

### 3.4 Operacionalización de Variables

**Tabla # 3**  
**Operacionalización de la Variable Dependiente**

<b>Título:</b>	<b>PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS, Y LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD POR DEUDAS, COSTAS, MULTAS O TRIBUTOS. AÑO 2021.</b>			
<b>Autora:</b>	<b>Lady Madeline Menoscal Muñoz</b>			
<b>VARIABLE</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>ÍTEM</b>	<b>INSTRUMENTO</b>
<p><b>Dependiente</b></p> <p><b>Privación de la libertad por deudas, costas, multas o tributos</b></p> <p><i>La libertad es un derecho imprescriptible que poseen todos los seres humanos.</i></p> <p><i>El derecho a la libertad que prohíbe la prisión por deudas, es un derecho constitucionalmente reconocido en el Ecuador en el Art. 66, numeral 29, literal c) de la Carta Magna en donde se establece que, salvo caso relacionado a derechos de niños, niñas y adolescentes, es decir, pensiones alimenticias, se prohíbe restringir de la libertad a una persona por concepto de deudas.</i></p>	Normativa ecuatoriana	Constitución de la República del Ecuador	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la libertad	Fichas bibliográficas, encuesta: el derecho a la libertad que prohíbe la privación de libertad por deudas, etc., y la afectación por la incorporación de la pena privativa de libertad al empleador por falta de afiliación de sus empleados al IESS; entrevista: sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social incurre en una vulneración al derecho a libertad que prohíbe la prisión por Deudas, etc.
		Código Orgánico Integral Penal	Incorporación sanciones relativas a la falta de afiliación al Código Orgánico Integral Penal	Lectura científica, encuesta: incorporación de la sanción privativa de libertad y análisis integral del tema; encuesta: opción idónea para lograr una eficaz política criminal de contención en los casos de no afiliación al IESS
	Instrumento Internacional	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos  Convención Americana de Derechos Humanos	Prohibición de privación de libertad por incumplimiento de obligaciones contractuales  Prohibición de encarcelamiento por deudas	Ficha bibliográfica  Ficha bibliográfica
Prisión por deudas	Antecedentes  Uso inadecuado de la potestad sancionadora	Establecer los antecedentes relativos a la privación a la libertad por deudas  El sometimiento constante de los ciudadanos a amenazas de sanción impide su desarrollo integral y el ejercicio de sus derechos humanos	Fichas bibliográficas y lectura científica  Lectura científica, encuesta: la sanción privativa de libertad y el uso inadecuado de la potestad sancionadora,	

Elaborado por: Autora

**Tabla # 4**  
**Operacionalización de la Variable Independiente**

<b>Título:</b>	<b>PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS, Y LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD POR DEUDAS, COSTAS, MULTAS O TRIBUTOS. AÑO 2021.</b>			
<b>Autora:</b>	<b>Lady Madeline Menoscal Muñoz</b>			
<b>VARIABLE</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>ÍTEM</b>	<b>INSTRUMENTO</b>
<p><b>Independiente</b></p> <p><b><i>Penal privativa de libertad por falta de afiliación al IESS</i></b></p> <p><i>La penal privativa de libertad al empleador por falta de afiliación al IESS es una sanción establecida en el Código Orgánico Integral Penal, misma que fue incorporada con el objetivo de proteger el derecho a la seguridad social. La seguridad social se refiere a proporcionar servicios accesibles y que estos puedan cubrir las necesidades de cónyuges y demás familiares en diferentes prestaciones como en enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo, entre otras</i></p>	Derecho a la Seguridad Social	<p>Antecedentes</p> <p>Obligaciones del empleador respecto a la seguridad social</p>	<p>Síntesis de la historia del derecho a la seguridad social</p> <p>Diferencia y sanciones para las personas naturales y las personas jurídicas</p>	<p>Lectura científica</p> <p>Encuesta: sanción discriminatoria para personas jurídicas y para personas naturales, y entrevista: sanción diferenciada para las personas naturales y las personas jurídicas, ¿vulnera el derecho a la igualdad?</p>
	Principios vinculantes del Derecho Penal	<p>Principio de proporcionalidad y necesidad</p> <p>Principio de mínima intervención</p>	<p>Es proporcional y necesaria la privación de libertad al empleador por falta de afiliación al IESS</p> <p>El Art. 244 del COIP se adhiere al principio de mínima intervención</p>	<p>Lectura científica, encuesta: sanción privativa de libertad por la no afiliación y el principio de proporcionalidad, y entrevista: sanción privativa de libertad para el empleador y el principio de proporcionalidad</p> <p>Lectura científica, entrevista: la sanción privativa de libertad para el empleador y el principio de ultima ratio</p>
	Régimen sancionador ante la no afiliación	<p>Comparación entre Ecuador, Perú, Colombia, Bolivia y Venezuela</p> <p>Efectos negativos</p> <p>Sanciones administrativas y sanciones penales</p>	<p>La sanción ante la falta de afiliación a la seguridad social en países jurídicamente similares</p> <p>Vulneración de derechos del empleador debido que al privarlos de su libertad se les impide mantenerse como personas económicamente productivas</p> <p>Independencia de las sanciones penales respecto de las sanciones administrativas</p>	<p>Fichas bibliográficas</p> <p>Lectura científica y entrevista: la sanción privativa de libertad para el empleador y el impedimento del desarrollo empresarial</p> <p>Lectura científica, encuesta: doble sanción al penalizar la no afiliación al IESS con privación de libertad y también con una sanción administrativa por parte del IESS; entrevista: La no afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social genera una sanción administrativa</p>

Elaborado por: Autora

## CAPÍTULO IV:

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### 4.1 Análisis, interpretación y discusión de resultados

##### 4.1.1 Encuestas dirigidas a los abogados de la Provincia de Santa Elena

Tabla # 5

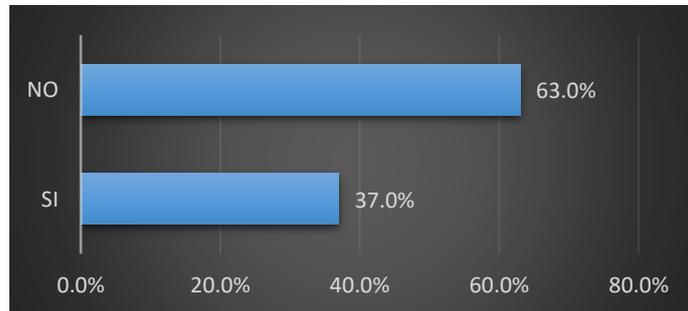
**Pregunta #1 ¿Considera usted que la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador Art. 244, atiende al principio de proporcionalidad?**

	SÍ	NO
Abogados de la Provincia de Santa Elena	74	126

Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

Gráfico # 1

**Opinión de los abogados respecto de la proporcionalidad del Art.244**



Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

#### Descripción del ítem

Con esta pregunta se pretendió conocer la opinión de los abogados de la Provincia de Santa Elena respecto del contenido y de la sanción prevista en el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal y si este artículo se haya en consonancia con el principio de proporcionalidad.

#### Interpretación del resultado

De la muestra considerada para el presente trabajo de investigación se obtuvo que: de los encuestados, 74 opinaron que este artículo sí atiende el principio de proporcionalidad, por otra parte, 126 de los encuestados determinaron que el artículo 244 del ordenamiento penal no atiende al principio de proporcionalidad establecido dentro de la Carta Magna ecuatoriana.

#### Análisis del resultado

Con los resultados obtenidos se determina que el 63% de la población encuestada considera que el contenido y la sanción prevista dentro del artículo 244 se alejan del principio de proporcionalidad y por lo tanto se haya una vulneración a la esencia propia del derecho penal.

**Tabla # 6**

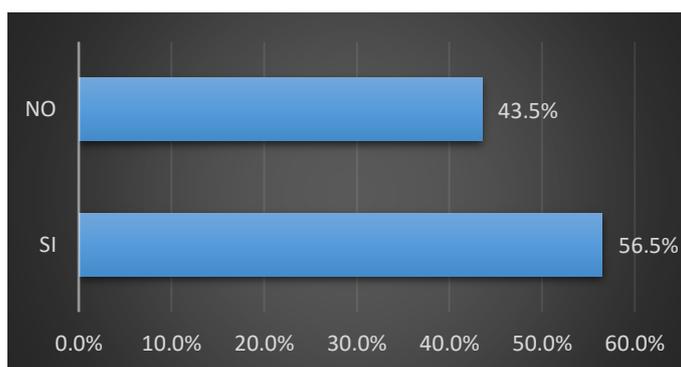
**Pregunta #2 ¿Considera usted que existe una sanción discriminatoria al establecer sanciones diferentes, para personas jurídicas (sanción pecuniaria–Art 243) y para personas naturales (privación de libertad–Art.244) respecto de la no afiliación al IESS?**

	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>
Abogados de la Provincia de Santa Elena	113	87

Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

**Gráfico # 2**

**Opinión de los abogados respecto de una sanción discriminatoria**



Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

### **Descripción del ítem**

Con esta pregunta se pretendió conocer si en opinión de los abogados de la Provincia de Santa Elena existe una discriminación respecto de las sanciones establecidas por la no afiliación del trabajador para la persona natural y para la persona jurídica.

### **Interpretación del resultado**

Los resultados obtenidos establecen que respecto a la diferenciación de las sanciones establecidas para la persona jurídica y para la persona natural, el 56.5% de los abogados encuestados consideran que sí existe una sanción discriminatoria por una misma causa, por el contrario, el 43.5% de los encuestados considera que no existe una sanción discriminatoria.

### **Análisis del resultado**

De los resultados obtenidos se evidencia la existencia de una diferenciación en cuanto a las sanciones establecidas para la no afiliación respecta, la existencia de este hecho claramente vulnera el principio de igualdad que encuentra determinado en la Carta Magna ecuatoriana,

**Tabla # 7**

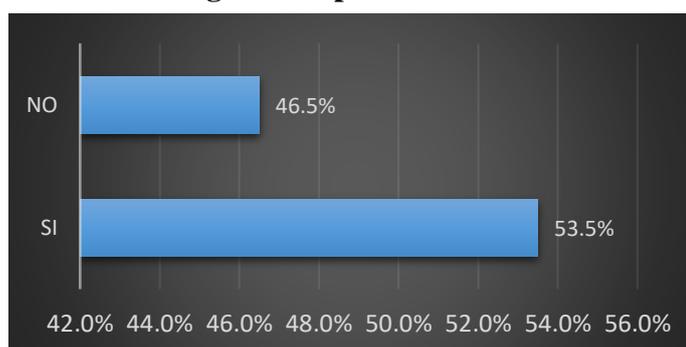
**Pregunta #3 ¿Considera usted que la incorporación la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al IESS del trabajador respondió a un análisis de todas las aristas que se ven involucradas, con la tipificación de este artículo?**

	SI	NO
Abogados de la Provincia de Santa Elena	107	93

Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

**Gráfico # 3**

**Opinión de los abogados respecto del análisis del art. 244**



Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

### **Descripción del ítem**

La pregunta tuvo como objetivo conocer la opinión de los abogados respecto de la incorporación del artículo 244 al ordenamiento penal y si la incorporación de este artículo respondió a un análisis exhaustivo de todos los puntos que se verían afectados a futuro.

### **Interpretación del resultado**

Los resultados de la presente pregunta denotan que 107 de los abogados encuestados consideran que sí existió un análisis integral de los diversos ámbitos que pueden resultar más afectados que beneficiados con la incorporación del artículo 244 al COIP; por otra parte, 93 de los abogados encuestados determinó que no existió dicho análisis.

### **Análisis del resultado**

De la muestra considerada para el presente trabajo de investigación se evidencia que el 53.5% de los encuestados considera que la incorporación de art. 244 sí respondió a un análisis integral del tema abarcando tanto el contexto social como el contexto económico.

**Tabla # 8**

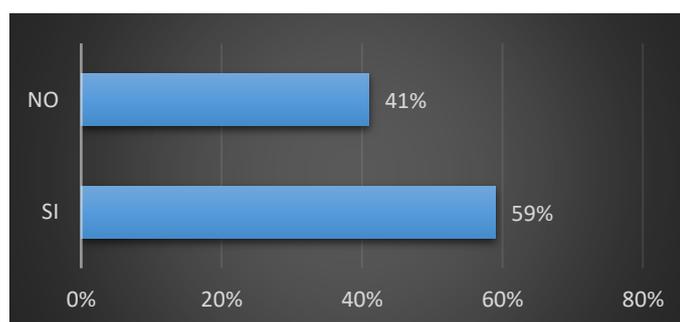
**Pregunta #4 ¿Considera usted que en la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación del trabajador al IESS se pone de manifiesto un uso inadecuado de la potestad sancionadora?**

	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>
Abogados de la Provincia de Santa Elena	118	82

Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

**Gráfico # 4**

**Opinión de los abogados respecto de la potestad sancionadora**



Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

### **Descripción del ítem**

Con la pregunta planteada a los abogados encuestados se pretendió determinar la opinión de estos respecto al uso inadecuado de la potestad sancionadora y si este último se haya presente en lo dispuesto dentro del articulado referente a la sanción otorgada por no afiliación

### **Interpretación del resultado**

Los resultados de la pregunta planteada a los abogados de la provincia de Santa Elena muestran que 118 de los 200 abogados encuestados, determinaron que el uso inadecuado de la potestad sancionadora se pone de manifiesto en el art. 244, frente a los 82 encuestados que opinan que el uso inadecuado de la potestad sancionadora no se pone de manifiesto.

### **Análisis del resultado**

Los resultados muestran que el art. 244 el uso inadecuado de la potestad sancionadora se pone de manifiesto, este hecho puede incurrir inclusive en el denominado derecho penal del enemigo que tiende a considerar a cualquier infractor como un enemigo de la sociedad civil.

**Tabla # 9**

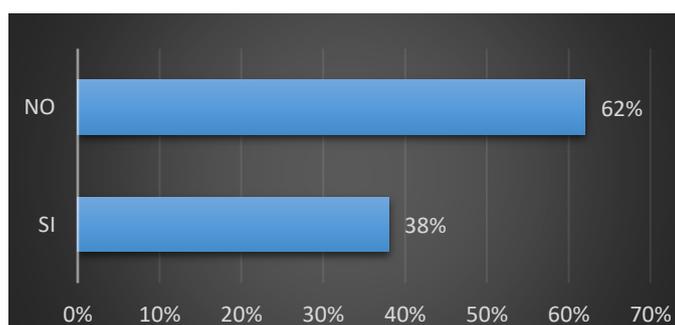
**Pregunta #5 ¿Considera usted que se incurre en una doble sanción al penalizar la no afiliación al IESS con privación de libertad y también con una sanción administrativa por parte del IESS?**

	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>
Abogados de la Provincia de Santa Elena	76	124

Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

**Gráfico # 5**

**Opinión de los abogados respecto de la doble sanción**



Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

### **Descripción del ítem**

La pregunta tuvo la finalidad de conocer respecto de la intervención de una sanción duplicada por la no afiliación ante la existencia de una sanción de carácter penal y una sanción de tipo administrativa, respecto a esto los abogados se pronunciaron.

### **Interpretación del resultado**

En la muestra considerada para el presente trabajo de investigación se obtuvo que el 62% de los abogados encuestados no considera existente una doble sanción para el empleador que no cumple con la obligación de afiliarse a su trabajador, frente a un 38% que sí considera la existencia de una doble sanción para una misma causa: la no afiliación.

### **Análisis del resultado**

El resultado obtenido muestra que en opinión de los abogados encuestados no se pone de manifiesto la existencia de una doble sanción hacia el empleador ante la falta de afiliación, por lo que el principio que establece la prohibición de doble sanción no sea o no se vea afectado.

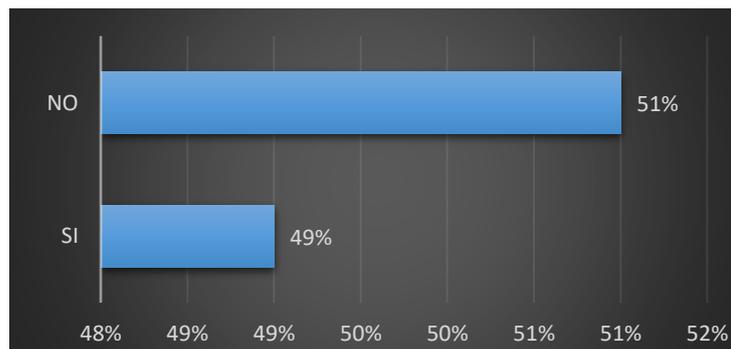
**Tabla # 10**

**Pregunta# 6 ¿Considera usted que el derecho a la libertad que prohíbe la privación de libertad por deudas, etc, se ve afectado por la incorporación de la pena privativa de libertad al empleador por falta de afiliación de sus empleados al IESS al COIP?**

	SÍ	NO
Abogados de la Provincia de Santa Elena	98	102

Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

**Gráfico # 6**  
**Opinión de los abogados respecto del derecho a la libertad**



Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

### **Descripción del ítem**

Objetivo principal de la pregunta fue recabar la opinión de los abogados en relación al derecho a la libertad en donde se prohíbe la prisión por deudas entre entre otros propósitos, y la relación existente con el artículo 244 del ordenamiento penal ecuatoriano.

### **Interpretación del resultado**

El resultado obtenido denota que, de los 200 abogados de la provincia de Santa Elena que fueron encuestados, 102 opinaron que no existe una vulneración por parte del artículo 244 hacia el derecho a la libertad que prohíbe la prisión por deudas, etc; por otra parte, 98 de los 200 abogados encuestados consideran que sí existe una vulneración al derecho a la libertad.

### **Análisis del resultado**

Basada en el resultado obtenido, se infiere que el 51% de los encuestados considera que el derecho a la libertad, donde se prohíbe el encarcelamiento por deudas, no se ve afectado por la incorporación de la sanción determinada dentro del artículo 244 del COIP.

**Tabla # 11**

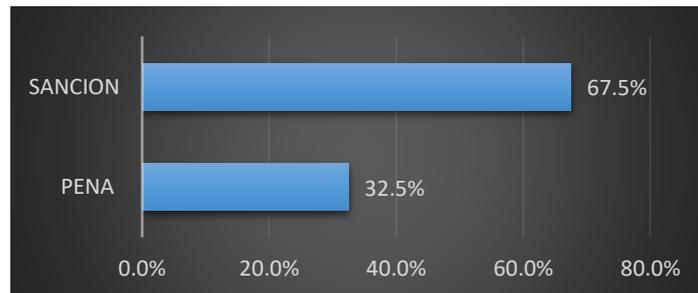
**Pregunta#7 ¿Cuál de las siguientes opciones lograría una eficaz política criminal de contención en los casos de no afiliación al IESS?**

	Sanción	Privación de libertad
Abogados de la Provincia de Santa Elena	135	65

Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

**Gráfico # 7**

**Opinión de los abogados respecto a las políticas de contención**



Elaborado: Menoscal Muñoz Lady Madeline

### **Descripción del ítem**

La pregunta planteada tuvo como finalidad conocer la opinión de los abogados respecto de cuál sería la mejor opción para lograr una real y eficaz política criminal de contención en los casos relacionados con la no afiliación del trabajador.

### **Interpretación del resultado**

Los resultados mostraron una mayor aceptación hacía la sanción de carácter pecuniario por parte de los encuestados, dicha aceptación se refleja en 135 de los 200 abogados encuestados, por otra parte, un segmento de 63 encuestados opina que una mejor política de contención se lograría con la privación de libertad para el empleador.

### **Análisis del resultado**

El resultado arrojado muestra que para el 67.5% de los encuestados la sanción privativa de libertad no se configura como una vía idónea en la política criminal de contención, por el contrario, la vía más eficaz y adecuada es la incorporación de una sanción de carácter pecuniario para la persona natural.

#### **4.1.2 Entrevista realizada a la Directora Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social – Santa Elena**

**Nombre:** Ab. Zoila Dolores Mosquera Campuzano

**Fecha:** 28 de junio de 2022

**Lugar:** Oficina de la Dirección Provincial IESS – Santa Elena

1. ¿Considera usted que la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador atiende al principio de proporcionalidad?
2. ¿La no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador genera una sanción administrativa? ¿De qué naturaleza?
3. ¿Considera usted que la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador incurre en una vulneración al derecho a libertad que prohíbe la prisión por Deudas, Costas, Multas o Tributos?
4. ¿Considera usted que la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador atiende al principio de ultima ratio?
5. El hecho de establecer una sanción diferenciada para las personas naturales y las personas jurídicas, ¿vulnera el derecho a la igualdad? Siendo que se pudo establecer una sanción privativa de libertad para el representante legal de persona jurídica.
6. El empleador persona natural, por lo general es un emprendedor empezando su vida empresarial, en razón de esto, ¿considera usted que la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador impide su desarrollo en el campo empresarial?

La entrevistada adoptó la iniciativa de que estuviera presente la persona encargada del departamento jurídico de la dirección provincial IESS – Santa Elena.

La entrevistada considera que la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador no atiende al principio de proporcionalidad y no es garantista de acuerdo a lo contemplado en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador; a su vez manifestó que la sanción que se genera ante una falta de afiliación es de carácter penal conforme a lo establecido en el Código

Orgánico Integral Penal artículos 243 y 244; la persona encargada del área jurídica de la Dirección Provincial del IESS – Santa Elena considera que sí se vulnera el derecho a la libertad en razón de no atenderse lo establecido en la Constitución ecuatoriana y no ser garantista; en relación al principio de ultima ratio se considera que no se atiende y además que coartan muchos derechos y en lo principal el derecho al trabajo; haciendo referencia a la existencia de la igualdad en las sanciones para las personas naturales y jurídicas, la directora manifestó que sí considera que se vulnera la igualdad y que se debería aplicar a base de la proporcionalidad tanto para la persona jurídica como para la persona natural, por lo tanto, el principio de igualdad no se pondría de manifiesto; en relación a la última pregunta la directora manifestó que existen emprendedores que inician con un capital monetario alto y esto debería ser evaluado puesto que para beneficiar al emprendedor no se puede perjudicar los derechos del trabajador y a su vez también dependerá de si los trabajadores están afiliados a cierto tipo de cámaras ya sea de comercio, de industria o de artesanos puesto que estos últimos no tienen la obligación de afiliar a sus empleados si estos están también considerados como artesanos; por el contrario, la encargada del Departamento Jurídico considera que la privación de libertad para la persona natural estaría coartando su desarrollo dentro de la vida empresarial al obstaculizarle la vía para emprender, crecer y desarrollarse; los casos más comunes presentados ante el IESS son los casos de apropiación indebida de valores, el proceso a realizar en cuanto el IESS toma conocimiento de una falta de afiliación es realizar una inspección en la entidad contratante; con respecto a las glosas impuestas a los empleadores estas se establecen los 5 primeros días de cada mes, posterior a eso y de existir la falta de pago el sistema genera automáticamente una planilla en mora.

De manera voluntaria y como un aporte al proceso de investigación la funcionaria amplió la entrevista con la persona encargada del departamento de afiliación, quien contribuyó con información valiosa que permitió obtener una nueva perspectiva del tema de investigación.

La encargada del departamento de afiliación manifestó que en caso de que el empleador no cumpla con sus obligaciones el empleado está en la facultad de acercarse a oficinas e interponer su reclamo mediante un formulario o anónimamente, posterior a ello se realiza una visita in situ con el fin de comprobar la relación laboral y el cumplimiento de sus obligaciones para con el trabajador y en caso de comprobar la falta de afiliación se dispondrá el inmediato registro del empleador, en esos casos proceden a realizar la citación al empleador, el reporte de los documentos y en base a la información recopilada por ambas

partes se proceden a elaborar los informes técnicos para que se emitan las planillas correspondientes a los períodos que está reclamando el trabajador, la carga de la prueba recae tanto en el trabajador como en el empleador, y el Departamento de Cartera se encarga de emitir el documento de cobro (Glosa). Ante la presencia de un conflicto de información se requiere a la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias más cercana (Guayas), con la finalidad de resolver si procede o no el reclamo del trabajador basada en la documentación presentada por las partes. Las glosas se calculan con base en los sueldos percibidos por el trabajador.

### **Interpretación y análisis**

De acuerdo con las respuestas otorgadas, la sanción establecida en el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal se configura en diversas vulneraciones, por cuanto su incorporación al ordenamiento penal ecuatoriano no atiende al principio de proporcionalidad, mismo que se encuentra constitucionalmente reconocido y que permite la prevención en el cometimiento de arbitrariedades dentro de las sanciones de carácter penal conforme lo establece el art. 76 de la Carta Magna ecuatoriana generando de esta forma una vulneración del derecho a la libertad del empleador, y del mismo modo en el que no se observan los principios antes mencionados se está haciendo un uso inadecuado del Ius Puniendi al no observar el principio de ultima ratio.

En el artículo 244 del COIP además de hallarse las inconsistencias antes mencionadas, también se considera la existencia de una vulneración al derecho al trabajo, adicional a que se halla presente una sanción discriminatoria para la persona natural respecto de la persona jurídica, violentando de esta forma el principio de igualdad, que si bien es cierto que existen emprendedores que inician sus actividades con un flujo de caja lo suficientemente elevado como para afrontar las obligaciones económicas que la afiliación del trabajador trae consigo, no es viable encasillar a todos los emprendedores dentro de las mismas posibilidades y sancionarlos penalmente por no poder disponer del recurso económico que le permita hacerle frente a la afiliación del trabajador.

#### **4.2 Verificación de la Idea a Defender**

La idea a defender declarada en el capítulo I del presente informe de investigación sostiene que el derecho a la libertad que prohíbe la privación de libertad por deudas, costas, multas o tributos se ve afectado por la incorporación de la pena privativa de libertad al empleador por

falta de afiliación de sus empleados al IESS, al Código Orgánico Integral Penal. Esta idea a defender, dentro de los hallazgos preliminares y los primeros acercamientos realizados al problema jurídico daban cuenta de que el incumplimiento de la afiliación constituía una mora patronal lo que en primera instancia se consideró como una deuda que contraía el patrono con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y que, la sanción para dicho incumplimiento sea la privación de la libertad se contraponía por completo a lo dispuesto dentro del precepto constitucional, sin embargo, al profundizar en aspectos teóricos, científicos, la búsqueda de doctrina y el intercambio de información por parte de los abogados de la Provincia de Santa Elena y la Directora del IESS – Santa Elena en el tema objeto de estudio, han puesto en conocimiento de la investigadora otras dimensiones de la realidad estudiada, como por ejemplo, el hecho de que las sanciones de carácter administrativos son independientes de la potestad penal. Otro hecho que resalta es el procedimiento que aplica el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y que básicamente radica en que el trabajador pone en conocimiento la falta de afiliación, acto seguido, el IESS inicia un procedimiento por reclamos; dentro del procedimiento la carga de la prueba recae tanto en el empleador como en el empleado, y en caso de determinarse una responsabilidad se dispone que se emitan las planillas y el Departamento de Cartera establece un documento para el cobro de la glosa, sin menoscabo de lo antes mencionado. Dentro de la recolección de información resalto el hecho de que para los actores el principio de proporcionalidad no se manifestaba en la sanción determinada al empleador.

Los elementos antes aludidos, inicialmente no se encontraban contemplados, adicional a ello, dentro de las encuestas realizadas la opinión de los abogados encuestados recayó en que el derecho a la libertad que prohíbe la privación de libertad por deudas, costas, multas o tributos, no se ve afectado por la incorporación de la pena privativa de libertad al empleador por falta de afiliación de sus empleados al IESS en el Código Orgánico Integral Penal, ambos factores, tanto el bibliográfico como la recolección de información en el campo dieron un revés al enfoque planteado en la etapa inicial de la presente investigación, por lo tanto, la investigadora adopta la posición de negar el hecho de que el derecho a la libertad que prohíbe la privación de libertad por deudas, costas, multas o tributos se vea afectado por la incorporación de la pena privativa de libertad al empleador por falta de afiliación de sus empleados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dentro del Código Orgánico Integral Penal.

## CONCLUSIONES

- El derecho a la libertad que prohíbe la privación de libertad por deudas, costas, multas o tributos no resulta afectado por la incorporación de la pena privativa de libertad al empleador por falta de afiliación de sus empleados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dentro del Código Orgánico Integral Penal y se niega la existencia de una doble sanción al penalizar la no afiliación al IESS con privación de libertad y sancionar también con una sanción administrativa establecida por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
- Dentro de la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador establecida dentro del Art. 244 principio de proporcionalidad no pone de manifiesto, este hecho da lugar a que el ejercicio de la prevención en el cometimiento de arbitrariedades dentro de las sanciones de carácter penal no sea efectivo, al mismo tiempo existe una sanción discriminatoria al establecer sanciones diferenciadas, para las personas jurídicas a las que se les establece una sanción pecuniaria de conformidad con el Art. 243 del ordenamiento penal, respecto de las personas naturales a las que se les determina la privación de libertad conforme lo dispone el Art.244, referente a la no afiliación al IESS.
- En la disposición de sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación del trabajador al IESS resalta y se pone de manifiesto el uso inadecuado de la potestad sancionadora, dando lugar incluso al denominado derecho penal del enemigo que considera al infractor como un enemigo de la sociedad civil o bien al llamado socialismo penal.
- Con el fin de lograr una eficaz política criminal de contención en los casos de no afiliación del trabajador, sería más efectiva, eficiente y menos lesiva de derechos la sanción administrativa para el empleador y la disposición de la afiliación inmediata, frente a la sanción de pena privativa de libertad para el empleador.

## RECOMENDACIONES

- El Ecuador al ser un Estado de derecho y de derechos debe precautelar la correcta aplicación de los principios acogidos dentro de la Constitución de la República del Ecuador, con el fin de garantizar la tutela de derechos fundamentales para todos los actores que forman parte de la sociedad y dejar de lado, en la medida de lo posible, el concepto de estado paternalista.
- Considerar pertinente la reforma legislativa del artículo 244 por hallarse diversos aspectos de carácter constitucionales y aspectos propios de la dogmática penal.
- Establecer políticas públicas que tributen a permitir el desarrollo al empleador en el campo empresarial, lo que permite generar riqueza, misma que resultará en beneficio tanto para el trabajador como para el propio estado central.
- Realizar una evaluación al ordenamiento penal ecuatoriano con la finalidad de identificar otras conductas tipificadas que, así como el artículo 244, vulneren disposiciones tanto constitucionales como dogmáticas y si cumplen con la finalidad para lo cual fueron incorporadas dentro de la normativa penal.

## BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1985). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Araujo Granda, M. P. (2007). *Reflexiones acerca de la peligrosa expansión del Poder Punitivo: Derecho Penal de Riesgo*. Quito: Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad.

Araujo Granda, P. (2007). Reflexiones acerca de la peligrosa expansión del Poder Punitivo: Derecho Penal de Riesgo. *Revista Ruptura*, 228-239.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). *Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado*. Obtenido de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: [https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/ccpr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/ccpr_sp.pdf)

Asamblea Nacional. (2005). Código de Trabajo. Última modificación: 22 de junio de 2020.

Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.

Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal [COIP]*. Quito.

Bernal Pulido, C. (2009). *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho. Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho N° 7*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Beveridge, W. (1943). *Seguridad social y servicios afines: Informe presentado al Parlamento de Gran Bretaña el 22 de Noviembre de 1942 (versión castellana del académico Dr. José Arce)*. Buenos Aires: Losada.

Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

CASO N.º 0047-14-IN, Sentencia N.º. 025-16-SIN –CC (Corte Constitucional de Ecuador 6 de abril de 2016).

Castillo, C., & Reyes, B. (2015). *Guía Metodológica de Proyectos de Investigación*. Santa Elena: Universidad Estatal Península de Santa Elena.

- Cerezo Mir, J. (2005). *Curso de Derecho penal español. Parte General, Introducción* (Sexta ed., Vol. I). Madrid: Editorial Tecnos.
- Cisneros Farías, G. (2003). *Diccionario de frases y aforismos latinos: una compilación sencilla de términos jurídicos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Congreso Nacional. (2001). Ley de Seguridad Social. *Ultima modificación 01 de septiembre del 2020*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (2016). *Reglamento General de Responsabilidad Patronal*. Quito.
- García de Enterría, E., & Ramón Fernández, T. (2002). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Hernández, R., Fernandez, C., & Baptista, M. d. (2010). *Metología de la Investigación*. México: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (s.f). *Mora Patronal*. Obtenido de <https://www.iess.gob.ec/es/web/empleador/mora-patronal>
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (s.f). *Prestaciones y Beneficios*. Obtenido de <https://www.iess.gob.ec/en/web/afiliacion-voluntaria/prestaciones-y-beneficios3>
- Lovato, J. I. (1955). *La prisión por deudas*. Quito: Editorial Uniersitaria.
- Mallet, A. (1983). *La búsqueda de la seguridad social. Estudio de la seguridad social*. Buenos Aires: Ginebra.
- Medina Cuenca, A. (2007). Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad . *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 87-116.
- Méndez, C. E. (2011). *Metodología: Diseño y desarrollo del proceso de investigación con énfasis en ciencias empresariales*. México: Limusa.
- Moreno Yáñez, S. E. (1981). EL "FORMULARIO DE LAS ORDENANZAS DE INDIOS": UNA REGULACION DE LAS RELACIONES LABORALES EN LAS HACIENDAS Y OBRAJES DEL QUITO COLONIAL Y REPUBLICANO. En S. E.

Moreno Yáñez, & U. Oberem, *Contribución a la Etnohistoria Ecuatoriana. Serie: Etnohistoria* (págs. 280-281). Quito: Instituto Otavaleño de Antropología.

Organización de los Estados Americanos. (22 de Noviembre de 1969). *Organización de los Estados Americanos*. Obtenido de Tratados Multilaterales. Convención Americana sobre Derechos Humanos: [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Organización Internacional del Trabajo. (2009). Responder a la Crisis: Construir una protección social básica. *La Revista de la OIT, N°67*.

Ossorio, M. (2011). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Guatemala: Datascan, S.A. Obtenido de <https://derechounsxx.karthos.com/wp-content/uploads/2021/06/Diccionario-de-ciencias-juridicas-politicas-y-sociales-manuel-osorio.pdf>

Quintero Olivares, G. (1981). *Introducción al Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Barcanova.

Real Academia Española. (s.f). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/societas-delinquere-non-potest>

Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Red-DESC]. (s.f). *Introducción a los DESC*. Obtenido de El Derecho a la Seguridad Social: <https://www.escr-net.org/es/derechos/seguridad-social>

Registro Oficial. (13 de julio de 2011). Consejo Nacional Electoral. *Resultados del Referéndum y Consulta Popular 2011, Registro Oficial N° 490 - Suplemento*. Quito, Ecuador.

Sánchez Gil, R. (2017). *El Principio de Proporcionalidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Sánchez-Castañeda, A. (2006). *Las transformaciones del derecho del trabajo*. México: UNAM.

Sentencia de 11 de junio de 2001, Registro Oficial 468 (Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. 05 de diciembre de 2005).

Simon Campaña, F. (2010). *La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional”)*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.

Valcárcel, L. E. (2015). *Historia del Perú antiguo*. Lima: Ediciones Copé.

Zavala Baquerizo, J. (2002). *El debido Proceso Penal*. Quito: Editorial EDINO.

# ANEXOS

**Anexo # 1 Entrevista realizada a la Directora Provincial IESS-  
Santa Elena**



## Anexo # 2 Guía de encuestas realizadas a profesionales del derecho vinculados al ejercicio derecho en el área



UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA  
CARRERA DE DERECHO  
TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR: Pena Privativa de Libertad por Falta de Afiliación al IESS, y la Restricción Constitucional de la Privación de la Libertad por Deudas, Costas, Multas o Tributos. Año 2021.  
INVESTIGADORA: Lady Madeline Menoscal Muñoz



### CUESTIONARIO

**OBJETIVO:** Valorar la opinión de los abogados en libre ejercicio en relación a la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador.

*Estimado/a encuestado/a, sírvase a dar lectura al presente cuestionario que permitirá profundizar aspectos referenciados de la presente investigación en torno al contenido de el art 244 del Código Orgánico Integral Penal, recomiendo dar respuesta a cada una de las interrogantes a través de una X según corresponda. Detallo a continuación el contenido articular vinculante para su mejor comprensión.*

*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 trabajadoras 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 trabajadoras 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 notificada.*

*Artículo 244.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- La o el empleador que no afilie a sus trabajadoras 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.*

¿Considera usted que la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador (Artículo 244.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- La o el empleador que no afilie a sus trabajadoras 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.), atende al principio de proporcionalidad?

Si

No

¿Considera usted que existe una sanción discriminatoria al establecer sanciones diferentes, para personas jurídicas (sanción pecuniaria – Art 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 trabajadoras 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 trabajadoras 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 notificada.) y para personas naturales (privación de libertad – art.244) respecto de la no afiliación al IESS?

Si

No



UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA  
CARRERA DE DERECHO  
TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR: Pena Privativa de Libertad por Falta  
de Afiliación al IESS, y la Restricción Constitucional de la Privación de la Libertad por  
Deudas, Costas, Multas o Tributos. Año 2021.  
INVESTIGADORA: Lady Madeline Menoscal Muñoz



¿Considera usted que la incorporación la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al IESS del trabajador respondió a un análisis integral de todas las aristas (consecuencias para el empleador y para el trabajador) que se ven involucradas con la tipificación de este artículo?

Si

No

¿Considera usted que en la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación del trabajador al IESS se pone de manifiesto un uso inadecuado de la potestad sancionadora?

Si

No

¿Considera usted que se incurre en una doble sanción al penalizar la no afiliación al IESS con privación de libertad y también con una sanción administrativa por parte del IESS?

Si

No

¿Considera usted que a disposición constitucional el derecho a la libertad que prohíbe la privación de libertad por deudas, costas, multas o tributos se ve afectado por la incorporación de la pena privativa de libertad al empleador por falta de afiliación de sus empleadas al IESS al COIP?

Si

No

¿Cuál de las siguientes opciones lograría una eficaz política criminal de contención en los casos de no afiliación al IESS?

Pena privativa de libertad para el empleador

Sanción administrativa (pecuniaria) para el empleador y la disposición de afiliación inmediata

*Agradecemos vuestra colaboración*

## Anexo # 3 Guía de entrevista realizada a la Directora Provincial del IESS-Santa Elena



### UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA CARRERA DE DERECHO

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR:** Pena Privativa de Libertad por Falta de Afiliación al IESS, y la Restricción Constitucional de la Privación de la Libertad por Deudas, Costas, Multas o Tributos. Año 2021.

INVESTIGADORA: Lady Madeline Menoscal Muñoz



#### GUIA DE ENTREVISTA

**OBJETIVO:** Valorar la opinión de la Directora Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) en Santa Elena en relación a la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador.

*Estimada entrevistada, reciba usted mis saludos y mi más sincero agradecimiento por atender mi petición y darme este espacio de su tiempo para mi investigación, misma que permitirá profundizar aspectos relevantes de la presente investigación en torno al contenido de el art 244 del Código Orgánico Integral Penal: Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- La o el empleador que no afilia 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 privativas se impondrán siempre que la persona no abona el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada.*

¿Considera usted que la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador atiende al principio de proporcionalidad?

¿La no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador genera una sanción administrativa? ¿De qué naturaleza?

¿Considera usted que la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador incurre en una vulneración al derecho a libertad que prohíbe la prisión por Deudas, Costas, Multas o Tributos?

¿Considera usted que la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador atiende al principio de última ratio?

El hecho de establecer una sanción diferenciada para las personas naturales y las personas jurídicas, ¿vulnera el derecho a la igualdad? Siendo que se pudo establecer una sanción privativa de libertad para el representante legal de persona jurídica

El empleador persona natural, por lo general es un emprendedor empezando su vida empresarial, en razón de esto, ¿considera usted que la sanción privativa de libertad para el empleador por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador impide su desarrollo en el campo empresarial?