

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho

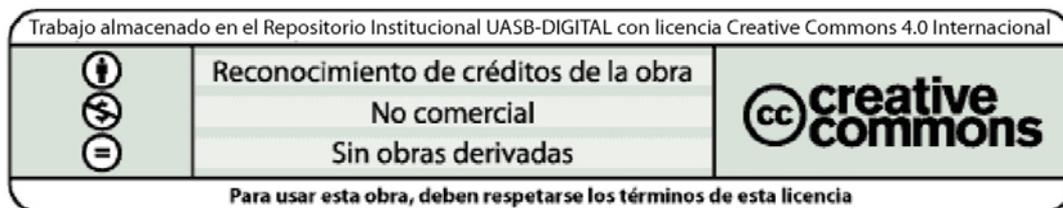
Mención en Derecho Constitucional

**Problemática jurídica respecto del ámbito sancionatorio de la no  
afiliación a la seguridad social en el Ecuador, un enfoque desde  
elementos jurídicos doctrinarios y constitucionales**

Jorge Eduardo Relica Ordoñez

Tutor: César Montaña Galarza

Quito, 2018



## **CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS**

Yo, Jorge Eduardo Relica Ordoñez, autor de la tesis titulada “Problemática jurídica respecto del ámbito sancionatorio de la no afiliación a la seguridad social en el Ecuador, un enfoque desde elementos jurídicos, doctrinarios y constitucionales”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autoría de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 07 de junio del 2018.

Firma: .....

## Resumen

La finalidad de la presente investigación tiene como objeto examinar, estudiar y criticar el ámbito sancionatorio de la no afiliación a la Seguridad Social desde el ámbito penal, relacionando el estudio con elementos jurídicos, ámbito doctrinario y constitucional tiene por objeto en sí el análisis el principio proporcionalidad, analizando la relación constitucional, teniendo en cuenta que el campo penal sancionatorio por la no afiliación a la seguridad social, estrecha relación con uno de principios fundamentales en el derecho penal y que sirve de base para el estudio y aplicación de este derecho, es así que el principio de proporcionalidad tiene como finalidad establecer la proporcionalidad entre la sanción y la pena en el presente estudio.

El contenido se enmarca a examinarla proporcionalidad de la pena impuesta y la sanción establecida en el Código Orgánico Integral Penal, teniendo en cuenta también que al existir un medio legal sancionatorio administrativo, la no afiliación a la Seguridad Social como sanción penal establecido en el Código Orgánico Integral Penal, estaría como letra muerta.

Para el desarrollo de esta investigación se ha procedido a estudiar el principio de proporcionalidad como un elemento imprescindible del derecho penal, que debe ser tomado en cuenta por ser parte del derecho, considerando a la Constitución de la República una norma sustancial en nuestro estudio, así como también se analizan diversas posiciones en cuanto a la doctrina que sirven de sustento para alcanzar que cada comentario del presente estudio tenga su enfoque y contenido desde una perspectiva vertical y crítica.

Finalmente con el estudio de las constituciones de países latinoamericanos, nos centramos al análisis de la Constitución de la República del Ecuador, como del Código Orgánico Integral Penal, puesto que la presente tesis pretende brindar los elementos jurídicos y doctrinarios que permitan concluir libremente en que la tipificación penal de prisión para el empleador que no afilie a su trabajador a la Seguridad Social, es una norma acorde al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que al existir una sanción administrativa en la Ley de Seguridad Social, la sanción punitiva estaría proporcional a la pena.

## **Dedicatoria**

A mi esposa y a mi hija que son el motivo fundamental para seguir adelante, a la memoria de mi padre Hernán, a mi madre y hermanos, que con su motivación ayudaron a que la presente investigación sea una realidad y a toda la familia que me brindaron su apoyo cada día para alcanzar una etapa más de mi vida.

## **Agradecimientos**

Mi más profundo agradecimiento a Dios y a la Virgen por sus bendiciones en cada etapa de mi vida, a Elizabeth mi esposa querida que con su apoyo y opinión crítica aportó en la realización de la presente tesis.

A Janeth y Johana que fueron un apoyo fundamental para el logro del presente trabajo.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, que me dio la oportunidad de estudiar en sus aulas y me permitió culminar mis estudios y cumplir un sueño de mi vida.

A todos mis docentes por compartir sus ideas y conocimientos y de manera especial agradezco al Dr. César Montaña, por su tiempo, conocimiento y dedicación al dirigir la presente investigación

## Índice

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS .....	2
Resumen .....	3
Dedicatoria .....	4
Agradecimientos.....	5
Introducción .....	7
Capitulo Primero .....	9
Configuración teórica de la obligación del empleador afiliar a la seguridad social. .	9
1.1. El Derecho a la Seguridad Social.....	9
1.2. Obligaciones del empleador y trabajador respecto a la Seguridad Social ...	17
1.2.1 Obligaciones del empleador respecto a la seguridad social. ....	17
1.2.2 Obligaciones del trabajador respecto a la seguridad social. ....	20
1.3. La Obligación de afiliar a la Seguridad Social por parte del empleador .....	21
1.4. Sanciones frente a la no afiliación al trabajador, tanto en el ámbito penal como administrativo.....	22
Capítulo Segundo .....	25
El principio de proporcionalidad y la obligación de afiliar a la seguridad social en el Ecuador .....	25
2.1. La Constitución de la República del Ecuador, sobre el derecho a la seguridad social. ....	26
2.2. El campo sancionatorio contemplado en el Código Integral Penal a la no afiliación a la seguridad social, una perspectiva desde el ámbito de la Constitución del Ecuador. ....	35
2.3. El principio de Proporcionalidad desde un enfoque conceptual .....	48
2.4. El principio de Proporcionalidad, un análisis a la tipificación del artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal.....	51
Conclusiones .....	61
Bibliografía.....	64

## Introducción

La afiliación a la Seguridad Social, es un derecho que toda persona que labora bajo relación de dependencia y percibe una remuneración, está sujeta desde su primer día de labores cualquiera sea esta su relación laboral, sin embargo, el medio que se emplea en la ley para dar cumplimiento a la afiliación a la seguridad social, no sería la apropiada para que sea efectivo su cumplimiento, por lo que el estudio del principio de proporcionalidad debe ser establecida su eficacia en la norma penal.

Con este antecedente, en nuestro primer capítulo abordaremos el tema inherente a la obligación de afiliar a la seguridad social en el Ecuador, en donde se analiza el tema desde un contexto jurídico, doctrinario y constitucional, tomando como referencia elementos históricos que nos permitan desarrollar el contenido de la seguridad social en la Constitución ecuatoriana, haciendo referencia a la evolución de este derecho, así como a sistematizar los diferentes conceptos que se le ha dado a la seguridad social desde el nacimiento hasta la actualidad.

El campo sancionatorio contemplado en el Código Orgánico Integral Penal por la no afiliación a la seguridad social, es analizado desde la Constitución ecuatoriana, teniendo claro la tipicidad y la sanción penal como un mandato de una consulta popular, más sería importante conocer si el legislador estableció la sanción penal contemplando principios jurídicos elementales como el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, es analizada profundamente desde diversos enfoques conceptuales, teniendo en cuenta soluciones como en regular la norma penal desde lo racional a lo exagerado, así como también, se involucra un análisis desde el punto de vista doctrinario y jurídico, tomando en consideración la pre judicialidad de la sanción penal, ya que no existen presupuestos para dar vida a la sanción penal por la no afiliación al seguro social establecido en el Código Orgánico Integral Penal.

Una vez que se ha establecido los elementos que orientan el origen de esta temática, se profundiza aún más nuestro estudio en la constitución ecuatoriana, así como en el Código Orgánico Integral Penal, teniendo como base la Obligación de afiliar al trabajador a la seguridad social considerada como una conquista debido a las luchas por los derechos sociales, que durante años han surgido plasmándose en las leyes actuales incluyéndose nuestro país Ecuador.

Considerado los elementos básicos de la seguridad social y su afiliación a la misma, en el segundo capítulo entraremos a analizar con profundidad este derecho desde la Constitución ecuatoriana, teniendo claro que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, por lo que se convierte nuestra constitución en un guardián y garantista de los derechos ciudadanos, siendo uno de ellos, la afiliación a la seguridad social.

Desde ese análisis, es importante examinar el campo sancionatorio establecido en el Código Orgánico Integral Penal, respecto a la no afiliación a la seguridad social, teniendo en cuenta que la no afiliación es tipificada con pena de prisión para el empleador que incumpla con esa norma, puesto que la no afiliación a la seguridad social, es un derecho en donde su cumplimiento está establecido en el Código Orgánico Integral Penal. El estudio se enfoca a analizar la sanción penal de diversos países de América Latina, en donde la no afiliación a la seguridad social como sanción penal, estaría enmarcada o no en los parámetros jurídicos existentes, o si más bien predomina una consulta popular en donde la penalización por la no afiliación a la seguridad social, atenta contra la libertad de una persona cuando existe una ley administrativa adecuada que regula y sanciona su incumplimiento.

Finalmente, el estudio se enmarca a analizar el principio de proporcionalidad en base a los elementos abordados en la presente investigación, es así que si esta sanción penal guarda relación proporcional entre la pena y la sanción impuesta.

## **Capítulo Primero**

### **Configuración teórica de la obligación del empleador de afiliarse a la seguridad social.**

Uno de los derechos que ha generado particular importancia en décadas actuales debe ser sin duda el de la seguridad social, por lo que es deber de esta investigación hacer una especial referencia a su desarrollo progresivo, tanto desde el enfoque doctrinal, como desde su planteamiento sancionatorio.

Es importante de la misma forma, recalcar el vínculo que mantendría la seguridad social, con la denominación empleado y empleador, en razón de su entorno social, ya que en la convivencia diaria y ardor popular se ha hecho costumbre identificarlos a los antes mencionados sujetos, los cuales estarían obligados a ser partícipes de la seguridad social en referencia.

Por tal motivo el presente capítulo se presenta con el fin de dilucidar la problemática jurídico-social que se refiere a la seguridad social desde el enfoque doctrinal, que más que un derecho se lo plantearía como una obligación, por lo tanto, es menester referirnos precisamente al primer apartado como lo es “seguridad social”.

#### **1.1. El Derecho a la Seguridad Social**

El derecho a la seguridad social constituye un derecho humano, no excluye en razón de edad, sexo, raza, nacionalidad, es común asociar la idea de la seguridad social como derecho exclusivo del trabajador, su realización está sujeta al Estado, este derecho procura el derecho de salud, vivienda, jubilación, entre otros, a fin de profundizar debemos analizar dos modelos de seguridad social, el modelo Alemán desarrollado por Bismarck y el del Reino Unido por Beveridge, que constituyen fuente histórica y permanente, para el establecimiento de modelos en varios Estados, influenciando el aspecto normativo legal de seguridad social.

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.”<sup>1</sup>

La implementación del programa de indemnización a los trabajadores creado en 1884 y el denominado seguro de enfermedad de 1883, estableció una cobertura completa, el modelo de Bismarck se encuentra direccionado a la obligación bilateral trabajador y empleador, que de manera proporcional y conjunta deben contribuir para garantizar el derecho de seguridad social, estableciéndose de manera plena la responsabilidad directa del empleador, cuyo propósito es el de previsión de los riesgos laborales.

En Inglaterra, desde finales del siglo XIX se legisló en materia de seguridad social. En 1987 contaba con una ley de Indemnización de Trabajadores, ley que en principio se aplicaba a un número limitado de trabajadores, pero en 1906 se generalizó su aplicación.<sup>2</sup> este modelo amplía el beneficio de seguridad social, que ha inicios se limitaba a trabajadores, su objetivo es el de beneficiar a todos los sectores vulnerables, sean trabajadores bajo relación de dependencia, trabajadores informales o la población en desocupación, situación que marca una diferencia con el modelo Alemán, ahora bien ambos modelos a lo largo del tiempo han contribuido a que el derecho de seguridad social, cuya responsabilidad recae en el Estado sea ejecutado y permita establecer un sistema acorde a la realidad social.

La seguridad social es un derecho humano que tiene como fin proteger a todas la personas frente a las contingencias de la vida derivadas de la falta de ingresos producidas por enfermedad, incapacidad, invalidez, vejez, desempleo o muerte”<sup>3</sup> debemos tener claro que la seguridad social, es lo sustancial que toda persona tiene en base al desarrollo de un campo de mejora laboral, que en base a su aporte merece la atención necesaria, y que ésta constituida como un derecho fundamental.

En cuanto a los principios del derecho a la seguridad social, tenemos:

1. “El principio de universalidad subjetiva (todos los sujetos) y objetiva (todas las prestaciones) y la garantía de igualdad y no discriminación, son un corolario de la titularidad del derecho”.<sup>4</sup> De lo anotado se desprende que es un derecho no segregacionista, que corresponde a todos los seres humanos, las vicisitudes sobrevenidas y el sin número de

---

<sup>1</sup>La Revista de la OIT, “Responder a la Crisis: Construir una protección social básica”, N°67 diciembre de 2009.

<sup>2</sup> Principales modelos de seguridad social y protección social, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

<sup>3</sup> Angélica Porras Velasco, La seguridad social en el Ecuador: un necesario cambio de paradigmas

<sup>4</sup>Román Navarro Fallas, “Los principios jurídicos: estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense”, Revista jurídica IVSTITIA, No. 138, junio 1998, 4-19.

contingencias deben estar sujetas a soluciones inmediatas, responsabilidad que asume la seguridad social.

Sin duda el principio de universalidad conlleva un objetivo global; el sistema como tal, es que todos los habitantes de un país puedan disfrutar de una seguridad social, en tal virtud tiene el carácter de obligatorio, quiere decir que corresponden a un todo, tiene que ver con los sujetos titulares de los derechos, en nuestro país por ejemplo para ser ciudadano se lo obtiene por nacimiento conforme así lo establece el artículo 6 de la Constitución de la República del Ecuador.<sup>5</sup> Por lo tanto al establecer la norma este precepto, la universalización no se encuentra restringida sino que su cobertura es para todas las personas, en la seguridad social la universalización no distingue entre razas, género, religión, doctrina política etc.

Como se ha manifestado la seguridad social es un derecho humano, no limitado para un grupo de personas, ante tal situación el medio para su ejecución conlleva un objetivo global; su aplicabilidad a favor de todos los habitantes, en tal virtud tiene el carácter de obligatorio, cuya cobertura es para toda la población.

2. “El principio de solidaridad es una garantía que se deriva de la naturaleza social del derecho”.<sup>6</sup> Procura atender a los menos favorecidos, quienes están sujetos a situaciones que no permiten su desarrollo de vida normal, por ello es importante el rol generacional, mencionemos el seguro por vejez, que es cubierto con las aportaciones de los actuales afiliados, y a su vez estos recibirán en su momento esta prestación por las nuevas generaciones.

El principio de solidaridad a nuestro criterio tiene una característica básica, que es la ayuda del más fuerte hacia el más débil, es decir que el Estado la familia y la sociedad solidariamente deben contribuir a un eficiente cubrimiento universal de la seguridad social, estableciendo la asistencia que recibe el ciudadano por parte del Estado o la sociedad como propios.

El principio de solidaridad no se limita al sistema de aportaciones generacionales que hemos manifestado, de hecho si bien la universalidad es uno de los principios de la seguridad

---

<sup>5</sup>Art. 6 Constitución de la República del Ecuador con este texto: Art. 6.- Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional. La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad.)

<sup>6</sup> Ibíd.

social es importante conocer que entre las políticas establecidas, sistemas económicos inestables conllevan que no toda la población sea parte del seguro social y por ende el derecho de seguridad social, sea un privilegio de determinado sector, realidad de lo que sucede en nuestro medio, y es aquí donde nos encontramos frente a la llamada protección social, que actúa como medio solidario, así tenemos el seguro social campesino e incluso el bono solidario, que son parte de las políticas de protección solidaria, a favor de los grupos vulnerables.

3. “El principio de integralidad, es una garantía derivada del bien jurídico del derecho y de la dignidad humana”.<sup>7</sup> Si hacemos referencia a seguridad social su ejecutividad debe ser efectuada de manera oportuna, en el momento que así lo requiera el titular del derecho, que la prestación sea de calidad y cantidad necesaria, tal es el caso de atención médica, medicamentos, etc.

Este principio conlleva una interrelación entre las prestaciones, es decir que conlleva una cobertura de todas las contingencias como en salud, en capacidad económica, en términos generales trata de que las condiciones de vida tengan la cobertura de los servicios que el Estado brinda al ciudadano.

4. “El principio de subsidiariedad, es una consecuencia de que el derecho reposa tanto sobre la responsabilidad individual como social (principio de responsabilidad)”.<sup>8</sup> Se conoce que el derecho a la seguridad social depende de las aportaciones económicas de sus miembros, de ahí que la responsabilidad es también individual, por ello la cancelación de cada una de las aportaciones constituyen la base de financiación de la seguridad social, y de esta manera permite cubrir las prestaciones correspondientes.

La función que cumple el principio de subsidiaridad en palabras de Daniel Achá, señala “que la subsidiaridad se resume tradicionalmente en la regulación de las relaciones entre la esfera pública y la privada y, dentro de estas las de los distintos grupos o niveles de poder que las integran”<sup>9</sup> Es decir que la subsidiaridad hace relación a algo que se encuentra secundario respecto de lo principal, podemos determinar que la idea de la subsidiaridad hace referencia a un componente de reforzamiento o ayuda desde una instancia superior (Estado)

---

<sup>7</sup> Ibíd.

<sup>8</sup> Ibíd.

<sup>9</sup> Daniel Achá, El principio de subsidiaridad, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4012/1/SM123-Ach%C3%A1-El%20principio.pdf>

refuerza una instancia o comunidad inferior (Grupo social), siendo esta ayuda algo complementario.

5. “El principio de la inmediatez, es un corolario o exigencia que se deriva de la naturaleza de la contingencia”.<sup>10</sup> El propósito de la seguridad social, es hacer frente a eventualidades perjudiciales en contra del ser humano, por esta razón su denominación de seguridad social, la cual debe ser inmediata, rápida y oportuna.

Esta denominación a la Seguridad Social en el estudio realizado por Rolando Díaz y Jaime Ensignia se ha hecho entrever en América Latina, que en los años ochenta, presentaba una mera cobertura de protección en vista a la situación económica que padecían los países latinoamericanos, teniendo que activar algunas medidas con el fin de dar protección a la ciudadanía sin embargo, estas no serían suficientes para concretar posiciones más beneficiosas para la garantía de la seguridad social,<sup>11</sup> motivo que hace pensar que la seguridad social ha ido perfeccionando su estructura por medio del tiempo, por las estrategias y los acuerdos sociales.

El derecho a la Seguridad Social, no solo se manifiesta en la Constitución de la República del Ecuador como un derecho de atención social, como a la salud por ejemplo, sino, como un deber que el Estado debe cumplir para su plena efectividad. De manera que Christian Courtis expresa que:

La Seguridad Social es un derecho como tal, sin embargo es considerado como un argumento político sociológicamente hablando que no puede ser alejado como un tema de interés para los ecuatorianos, y que consecuentemente deriva hacia una responsabilidad del Estado sustentando la idea que estamos hablando de una obligación positiva que debe solventarse con recursos Públicos.<sup>12</sup>

El argumento político con frecuencia va detrás de cualquier proyecto público, por eso es importante tener en cuenta hasta qué punto se fija a la seguridad social como argumento y como excusa, si consideramos que es el Estado quien debe solventar este derecho, es decir que se considera a la seguridad social como un proyecto en donde la seguridad social aparece como una institución que cubre las expectativas de la ciudadanía, más es una obligación.

En la definición citada por el Dr. Fidel Márquez Sánchez, en la obra Análisis sobre la Seguridad Social señala que:

---

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> Jaime Ensignia y Rolando Díaz, *La seguridad social en América Latina: Respuestas sindicales*, (Venezuela: Editorial Nueva Sociedad, 1997), 7.

<sup>12</sup> Christian Courtis, “Los derechos sociales como derechos” (Buenos Aires-Argentina:2003), 198.

Una definición de seguridad social podría ser la provisión de beneficios a los hogares y a los individuos a través de acuerdos públicos o colectivos con el objeto de otorgar protección contra los bajos o declinantes niveles de vida como producto de varios riesgos (desempleo, invalidez y retiro) y de satisfacer necesidades básicas por la sociedad<sup>13</sup>.

Está claro entonces decir que el derecho a la seguridad social arranca como un elemento incólume de las personas, puesto que de los acuerdos públicos estaríamos entendiendo que se ha mantenido de la voluntad del hombre en sus diferentes manifestaciones de carácter progresista, es ahí que el Estado, responsable de la naturaleza de este derecho, otorgando su atención al ser humano en el que considera a la Seguridad como un dispositivo sine qua non en bien del pueblo.

Desde otra perspectiva Francisco E Barreto de Oliveira, en su estudio Seguridad Social en América Latina, refiere: “Se entiende por seguridad social el conjunto de programas del seguro social (previsión) la salud y la asistencia social, en forma independiente de su estructura en los planos político-administrativo, institucional o económico financiero”<sup>14</sup>, como bien se describe de lo antes anotado, para poder generar la seguridad social se debe considerar una estructura que faculte su concreción.

Los programas en un Estado, constituyen o se enmarcan en si al gasto social en donde la connotación desarrolla puntos focalizados de los sectores sociales haciendo énfasis a la estructura determinada en grupos, regiones y viendo los problemas que incurren en un sector o zona específica del Estado.

Así en este contexto Alfredo Mancero Samán, advierte dos puntos de vista cuando de seguridad social se refiera a:

La expresión Seguridad Social encierra dos significados: por una parte, describe una situación de bienestar entre los miembros de una comunidad cuando saben que en el futuro seguirán percibiendo un ingreso suficiente para mantener su nivel de vida; y, por otra parte, se refiere a la existencia de un conjunto de políticas públicas mediante las cuales los gobiernos garantizan a todos los individuos su derecho a un ingreso mínimo de subsistencia para que no tengan que depender de otras personas.<sup>15</sup>

De lo expresado por el autor, se puede afirmar, que la seguridad social es una condición del ciudadano frente a los demás, que se proyecta por medio de los acuerdos existentes, bien sean con el Estado o con un ente privado, en la legislación ecuatoriana dicho

---

<sup>13</sup>Fidel Márquez Sánchez,” (Guayaquil: Universidad Espiritu Santo, 2004), 2.

<sup>14</sup>Francisco E. Barreto de Oliveira, Sistemas de seguridad social en la región: problemas y alternativas de solución (Rio de Janeiro, BR: Banco Interamericano de Desarrollo, 1994), 3.

<sup>15</sup>Alfredo Mancero Samán, Seguridad social y vejez: la privatización de los fondos de pensiones (Quito, CORDES, 1994), 2.

acuerdo se encuentra determinado en la Constitución y que precisa la responsabilidad del Estado.

Por su parte, de esta manera en la norma suprema ecuatoriano se ha determinado lo siguiente:

Pero ante todo, la Seguridad Social en nuestra legislación se la ha considerado como un derecho irrenunciable de todas las personas donde el mayor compromiso lo tiene el Estado poniendo énfasis a principios que rigen como base y que se desarrollan como la solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación.<sup>16</sup>

Esto permite descifrar que es el Estado quien se responsabiliza por el cumplimiento de dichos principios.

Es así que, desde la doctrina se ha considerado a la Seguridad Social, como un elemento vital e indispensable para los ciudadanos en un Estado, donde se contempla un desarrollo de atención Estatal; podría decirse entonces que la Seguridad Social, se cataloga como uno de los derechos de más exigibilidad social, sin embargo, el fin para que fue creada como un derecho, no puede ser burlada por los propios ciudadanos quienes son llamados al cumplimiento de una obligación, que beneficia a la gran mayoría del pueblo: por lo tanto Christian Courtis al respecto enfatiza señalando:

Sabemos que ningún derecho pesa más que otro, peor aún, uno vale más que otro, las obligaciones que mantiene un derecho son los mismos para con otros derechos, el derecho a la Seguridad Social, el respeto que se debe tener para el derecho al trabajo el derecho a la salud mantienen el mismo interés por parte del Estado, es así que los derechos sociales no requieren solamente obligaciones de garantizar o de promover, sino en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado.<sup>17</sup>

Naturalmente la Seguridad Social en el mundo mantiene un valor muy significativo, que no aleja por ninguna circunstancia la razón ni el conocimiento, de cómo surge este derecho, lo que induce prácticamente es a una convivencia más segura, lo que permite fomentar un auxilio a la persona que necesite de ayuda y que generalmente es el Estado el responsable de brindar este derecho.

Cuando hablamos de la Seguridad Social en el mundo, obviamente nos remontamos a tiempos del hombre primitivo, pues en ese entonces ya se conocía de un ambiente de supervivencia inhóspito, en donde fenómenos naturales como terremotos, sequias, inundaciones hicieron que las necesidades más elementales del individuo tomaran camino y

---

<sup>16</sup>Constitución de la República del Ecuador [2008]. Art. 34 Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>17</sup>Christian Courtis, “Los derechos sociales como derechos”, 204.

empezara a abrirse paso a un cuidado que le garantice una mayor protección a su integridad física, como modo de seguridad: Así Ricardo Nugent refiere:

En cuanto a esa vida de supervivencia natural logramos entender que el germen de la Seguridad Social, la encontramos plasmada en la humanidad desde tiempos muy remotos siendo así que el hombre se enfrenta a una vida difícil que no la entiende y que le afectan constantemente añadiendo las enfermedades que abatían su buen desarrollo para la convivencia y la necesidad de prevenirlas formaban un aumento a la preocupación tomando en cuenta que las incidencias de la vejez complicaban una subsistencia que les permita valerse por sus propios medios.<sup>18</sup>.

Lo manifestado quiere decir que la Seguridad social tiene sus raíces, desde que el hombre siente necesidades de salud y cuidado, las cuales debieron ser garantizadas por la sociedad por intermedio de las leyes. En este contexto se ha señalado que las demás culturas del mundo no fueron ajenas a recibir atención prioritaria que mejore su condición social; es así que Egipto es donde se crean las primeras instituciones de defensa y sobre todo de una ayuda mutua que brindaban auxilio a las personas en caso de enfermedades, como lo era el servicio de salud pública y que consiguientemente tomaron responsabilidades de ayuda social fueron Babilonia y Grecia que también prestaron ayuda a las personas como atención médica y educación.<sup>19</sup>.

Ricardo Nugent, en cuanto a Latinoamérica refiere:

Este tipo de protección social y la preocupación existente a la Seguridad Social, también se hizo presente en Latinoamérica donde las colectividades de culturas antiguas tomaron la iniciativa principalmente en el Tahuantinsuyo y fueron los incas quienes fueron los que garantizaron a los seres humanos el derecho a la vida satisfaciendo las principales necesidades básicas que rigen en una sociedad para el buen desarrollo y convivencia de las personas siendo las principales el derecho a la salud, alimentación, vestido, vivienda, etc.<sup>20</sup>

Por lo tanto, enmarcados a las destrucciones de la madre naturaleza que dejaban estragos a los habitantes de aquel entonces y que esa iniciativa les permitió salir y sobrellevar una protección social más llevadera y eficaz, Julia Romero refiriéndose al acontecimiento ecuatoriano de la Seguridad Social nos indica:

Naturalmente los derechos históricos nos permite poner como plataforma el surgimiento de la Seguridad Social en el Ecuador como un derecho fundamental e irrenunciable de las personas, debemos señalar que desde el año 1905 ya surge la primera ley de Seguridad Social en el Ecuador al igual que las de 1915, 1918 y 1923, que precisamente valían ya para el amparo de los empleados públicos.<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup>Ricardo Nugent, “La seguridad social: su historia y sus fuentes”, 603, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/139/36.pdf>

<sup>19</sup> Ibíd.

<sup>20</sup> Ibíd.

<sup>21</sup>Julia Romero, “La Seguridad Social en el Ecuador”, MJE-CEOSL, 2004.

De lo antes citado, se podría señalar que la Seguridad Social de ese entonces permitió que los ecuatorianos ya reciban una atención del Estado y que como producto de las conquistas sociales se logró la caja de pensiones, sin dejar de mencionar la creación del Instituto Nacional de Previsión asumiendo como objetivo la práctica del Seguro Social obligatorio, fomentar el seguro voluntario y ejercer el patronato del Indio y del Montubio.

La Seguridad Social, en su conjunto persigue finalidades de igualdad, que permiten al ciudadano afiliado mejorar sus condiciones de vida, enmarcados siempre en el respeto y buena aplicación de las normas constitucionales y legales, a fin de que estas normativas no salgan de su contexto como enunciados, sino como un elemento de cumplimiento obligatorio y prioritario, adaptado a la realidad de las condiciones sociales.

Naturalmente hemos podido comprender que la Seguridad Social, es el derecho constitucional que nos garantiza a todos los ciudadanos ecuatorianos, en definitiva, sería la armonía de derechos como es la atención en salud, medicina, préstamos y una serie de beneficios más que el Estado con el pasar de los tiempos ha implementado para brindar un mejor vivir para los ecuatorianos.

## **1.2. Obligaciones del empleador y trabajador respecto a la Seguridad Social**

Tanto el empleador como el trabajador cumplen un rol importante en el sector productivo, siendo considerados un elemento indispensable para el desarrollo económico de los Estados, además, son el recurso elemental para empresas públicas y privadas.

Es conocido asimismo que la legislación interna ecuatoriana a determinado tanto sus derechos como obligaciones entre las partes, por ello se hace imperante la necesidad de dilucidar este aspecto refiriéndonos inicialmente a las obligaciones del empleador respecto a la seguridad social

### **1.2.1 Obligaciones del empleador respecto a la seguridad social.**

El derecho de trabajo y el de seguridad social se encuentran estrechamente ligados, recordemos, que la serie de situaciones deplorables del trabajador y de riesgos producto de las actividades realizadas, tras el advenimiento de la revolución industrial, y la desventaja y perjuicios al trabajador, promovieron el derecho a la seguridad social, responsabilizando al empleador y con ello una relación más justa a favor del trabajador, situación que paulatinamente, se extiende a otras esferas de la sociedad.

Antes de referirnos a la obligación del empleador con relación a la seguridad social es necesario saber cuál es el antecedente de la seguridad social en el Ecuador, para ello hemos traído a este análisis lo escrito por Jorge Nuñez, quien advierte la fundación de la antes nombrada institución en el año de 1928, advirtiendo antes de esa fecha una variedad de situaciones sociales y luchas que el pueblo ecuatoriano padeció antes de que se incorpore la institución de la seguridad social.<sup>22</sup>

Desde el análisis antes planteado asimismo, en el estudio enfocado por Cecilia Mantilla y Enrique Abad, nos deja entrever que en épocas anteriores ya se percibe la obligación de todo empleador sea éste privado o público respecto a la seguridad social del trabajador, si bien la estructura de funcionamiento no estaba correcta, el empleador tenía esa obligación de notificar a la caja, por lo que se precisa entonces que asegurados obligados son “todas las personas que prestan servicios o ejecutan una obra en virtud de un contrato de trabajo o por nombramiento, esto es, los empleados privados, los obreros y los empleados públicos”<sup>23</sup>

La relación laboral genera obligaciones, la obligación del empleador de inscribir al trabajador en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social conforme a los preceptos constitucionales y normativa vigente, y la obligación del trabajador en torno a la Seguridad Social, así la Ley Orgánica de Seguridad Social, determina:

“Art. 2.- Sujetos de protección.- Son sujetos "obligados a solicitar la protección" del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular: a. El trabajador en relación de dependencia.”<sup>24</sup>

Hay que recordar que la primera revolución francesa acarrea una serie de eventualidades que perjudican al sector obrero que debe asumir jornadas laborales extenuantes que desencadenan en la explotación laboral, ocasionando una serie de eventualidades y malestar evidente de los trabajadores, ante ello el empleador asume la obligación de pago de un salario, y es quien debe asumir cualquier contingencia que sobrevenga de la actividad laboral.

---

<sup>22</sup>Jorge Nuñez, “Los orígenes del seguro social ecuatoriano: la caja de pensiones”, (Quito: editorial voluntad, 1984), 15-28.

<sup>23</sup>Cecilia Mantilla y Enrique Abad, “El instituto nacional de previsión”, en Jorge Nuñez y otros, Historia del seguro social ecuatoriano, la evolución institucional (Quito: editorial voluntad, 1984), 137.

<sup>24</sup>Ecuador, Ley de Seguridad Social, Ley 55 Registro Oficial, Suplemento, N° 465, (Quito, 30 noviembre 2001, última modificación 28 de marzo del 2016):art. 2.

Ante esta situación paulatinamente surgen sistemas iniciales de protección a favor del trabajador como el ahorro privado, la mutualidad, el seguro privado, la responsabilidad civil y la asistencia pública. Ricardo Nugent al respecto refiere:

El ahorro privado, como medio de solventar necesidades futuras, nace el ahorro particular; cuando una persona reserva parte de sus ingresos ordinarios, y renuncia a determinadas satisfacciones inmediatas, se trataba y trata de una previsión de carácter individual, en la que está ausente el principio de solidaridad.<sup>25</sup>

La reserva de un porcentaje del salario es destinado al ahorro privado como plan de ayuda ante las eventualidades por sobrevenir, es un sistema individual que depende del ahorro personal y no solidario, frente a la labilidad salarial el resultado no cumple con los fines de ayuda, a ello es necesario considerar la situación de carácter económico la devaluación de la moneda aspecto tendiente en países subdesarrollados, el ahorro privado depende de un salario suficiente propio de clases pudientes y no de la clase obrera, a lo cual Ricardo Nugent indica:

El seguro privado hace su aparición a finales del siglo XIX, como un contrato de derecho privado, con objeto de cubrir ciertos riesgos y contingencias sociales, mediante el pago de una prima estimada en función del riesgo asumido por la aseguradora, esta se obligaba al pago del capital del seguro, al producirse el evento incierto y futuro materia de la convención.<sup>26</sup>

Frente a las demandas sociales en que las asociaciones de socorro mutuo no cubren necesidades sobrevenidas de infortunios, surge el seguro privado en el que el porcentaje de asegurados es alta, incluyendo a una serie de personas de diversas actividades económicas, constituyendo un precedente para el seguro social, debido a que muchos empleadores recurrieron a este sistema para asegurar a los trabajadores sobre riesgos de trabajo y enfermedades provenientes de la actividad, sin embargo, el seguro privado está lejos de cubrir estas eventualidades y a la fecha es un sistema de acceso para personas con capacidad económica suficiente para cubrir los costos de prima.

---

<sup>25</sup> Ricardo Nugent, "La Seguridad Social: su historia y sus fuentes", 607.

<sup>26</sup> Ricardo Nugent, "La Seguridad social: su historia y sus fuentes, 608.

### **1.2.2 Obligaciones del trabajador respecto a la seguridad social.**

El trabajador como sujeto activo del derecho, tiene un rol importante no solo el de beneficiarse de la seguridad social, sino el de posibilitar la ejecución de este derecho, en nuestra normativa, tanto el empleador como trabajador, aportan un porcentaje económico mensual, existiendo corresponsabilidad de ambas partes, pero; ¿Qué sucede si no existe aviso de entrada?, ¿Ante la irresponsabilidad dolosa del empleador de no aseguramiento de sus trabajadores, este último tiene alternativas?, ante estas interrogantes nuestra legislación ofrece opciones tanto de carácter administrativos y judiciales, siendo obligación del trabajador reclamar y denunciar, sin embargo ante el silencio es imposible efectivizar el derecho de seguridad social.

Finalmente en el análisis de Nugent se indica: “La teoría del riesgo de autoridad, propiciada por Rouast y Givord, quienes consideraron que el trabajador está colocado bajo la autoridad del patrón y en consecuencia, el accidente que sufre en esas condiciones, no debe dejarse a cargo del obrero, por tratarse de un accidente sobrevenido en un servicio dirigido”.<sup>27</sup> Esta teoría establece la responsabilidad del empleador, partiendo del hecho que quien da la orden es responsable y no de quien ejecuta la orden, de tal manera la negligencia recae sobre el patrono como responsable del riesgo, accidente o enfermedad del trabajador, ampliándose a todo tipo de actividad laboral en que el obrero haga o no uso de maquinaria. Ante la existencia de sistemas de previsión que no cumplieran con las demandas sociales imperantes, los seguros sociales se establecen con el propósito de proteger a la clase trabajadora, y la seguridad social ampara a cada uno de los miembros de una sociedad en específico.

El trabajador dependiente es aquel que realiza sus labores bajo la subordinación de un empleador, a cambio de un salario, el trabajador está obligado a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio, el cual es financiado con el aporte individual de los afiliados, es un derecho irrenunciable, que a falta del empleador el trabajador tienen la facultad de denunciar el impago de las aportaciones y la no afiliación. Una vez realizado este breve enfoque a continuación propiciaremos por verificar la obligación del empleador por la seguridad social de su trabajo.

---

<sup>27</sup>Ibíd, 609.

### 1.3. La Obligación de afiliar a la Seguridad Social por parte del empleador

Considérese como empleador toda persona natural o jurídica que contrate un trabajador, quienes están obligados a la inscripción de afiliar y al pago de aportes a favor del trabajador por concepto de seguro social obligatorio, sean estos empleadores pequeños, empresas unipersonales, microempresas, personas naturales, amas de casa, al respecto el Código del Trabajo y la Ley de Seguridad Social establecen la obligación de afiliar a la seguridad social, el capítulo IV de las obligaciones del empleador y del trabajador artículo 42 numeral 31 del Código de Trabajo establece:

Art. 42. 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.<sup>28</sup>

Conditio sine qua non o condición sine qua non como característica de la obligación de afiliar a la seguridad social por parte del empleador de una entidad pública o privada, a fin de que el trabajador donde labore no se vea afectado en sus derechos y reciba del Estado como de su empleador los beneficios que la ley le otorga.

La obligación del empleador de inscripción del trabajador se realizara desde el primer día de labores de igual manera obliga a que comunique la separación del trabajador o cualquier otra novedad relevante para la historia laboral.

Por ello literalmente en la Ley de Seguridad Social se ha dispuesto:

**Art. 73.- Inscripción del afiliado y pago de aportes.-** El empleador está obligado, bajo su responsabilidad y sin necesidad de reconversión, 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.<sup>29</sup>

La no afiliación y el no pago de aportes genera efectos perjudiciales al trabajador y de su familia pues consideremos que los derechos de seguridad social se amplían a miembros del afiliado, en cuanto afecta a recibir de forma oportuna las prestaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de tal manera esta obligación debe ser cumplida

---

<sup>28</sup>Ecuador, Código del Trabajo, en Registro Oficial, Suplemento, 167 (16 de diciembre del 2005, última modificación: 22 de mayo del 2016), art.42.

<sup>29</sup>Ecuador, Ley de Seguridad Social, Ley 55 Registro Oficial, Suplemento, N° 465, (Quito, 30 noviembre 2001, última modificación 28 de marzo del 2016): art.73.

automáticamente por parte del trabajador sin la necesidad que previamente haya sido forzado, notificado u avisado por el ente regulador, el incumplimiento a la obligación de afiliarse y al no pago de aportes acarrea sanciones administrativas y responsabilidad penal.

#### **1.4. Sanciones frente a la no afiliación al trabajador, tanto en el ámbito penal como administrativo**

Antes de indicar sobre la pena que por determinada sanción se determine, es factible indicar que una sanción debe ser la consecuencia imperante ante un hecho ocurrido, es decir, la consecuencia de una acción en contra de una norma establecida.

Así es propicio señalar a que nos referimos cuando de sanción por no afiliación del seguro social hablaremos, por lo que resulta necesario referirnos a la normativa penal al respecto en la que claramente se indica que la sanción para personas jurídicas es de sanción pecuniaria, mientras que para el empleador dispone que la sanción es con pena privativa de la libertad,<sup>30</sup> por lo tanto sabemos que la sanción en estos casos puede traer consigo penas de carácter real como personal.

Previo consulta popular desarrollada el 7 de mayo de 2011, *sobre el delito de no afiliarse a un trabajador al IESS*, el pueblo ecuatoriano se manifiesta a favor, el 03 de febrero de 2014, fecha de vigencia definitiva del Código Integral Penal, se establecen cambios significativos en la justicia penal ecuatoriana, incorporando nuevos tipos penales, entre los que se instituye la responsabilidad penal de personas jurídicas, como delitos contra el derecho al trabajo y la seguridad social (retención ilegal de aportación a la seguridad social, falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social); el Código Integral Penal contempla sanción de la no afiliación al trabajador por parte de personas jurídicas y sanción de quien transgreda la norma por personas naturales, al respecto el Código Orgánico Integral Penal nos establece:

**Sección Sexta, Delitos contra el derecho al trabajo y la Seguridad Social, 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 afiliarse 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

---

<sup>30</sup> Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Art. 244. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado<sup>31</sup>.

A través de una pena pecuniaria que conforme al salario básico unificado para este 2016, la multa oscilaría entre el mínimo \$1.098,00 y un máximo de \$1.830,00 dólares estadounidenses, el Código Integral Penal condena a una persona jurídica por la no afiliación al trabajador, sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas la doctrina establece la voluntad y conciencia como elementos necesarios para el cometimiento de una infracción los cuales las personas jurídicas al constituir entes ficticios, estas carecen; sin embargo están sujetas a derechos y responsabilidades determinadas, "...esto implica que sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes"<sup>32</sup>; el derecho penal ecuatoriano incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerándose que diversas acciones emanan de estas y conforme a los nuevos tipos penales se establece su imputación. El Código Integral Penal en la sección séptima, contravención contra el derecho al trabajo, determina:

**Art. 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.<sup>33</sup>

Al tratarse de una infracción cometida por personas naturales que son personas físicas, capaces y además imputables, la norma prevé prisión al contraventor, sin embargo de manera muy breve es necesario reflexionar sobre la responsabilidad penal que acarrea la no afiliación a la seguridad social como incumplimiento del empleador, pese a la existencia de medios administrativos más sutiles y menos agresivos, se ha considerado hacer uso del derecho penal y la imposición de pena privativa de libertad, sin embargo consideremos que la justicia penal se reserva para los casos de violaciones graves a las normas de convivencia social, y la no existencia de otras vías para enfrentar dichas violaciones.

En el campo administrativo la Ley Orgánica de Seguridad Social establece como obligación del empleador la inscripción del afiliado desde el primer día de labor, y a remitir

---

<sup>31</sup>Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial, Suplemento, 180 (10 de febrero del 2014 última modificación: 14 de marzo del 2016), Art.243.

<sup>32</sup>Carlos Cortaza Vinuesa, "La Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Una evolución necesaria para el derecho punitivo", 51.

<sup>33</sup>Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial, Suplemento, 180 (10 de febrero del 2014 Última modificación: 14 de marzo del 2016), Art.244.

al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince (15) días, el incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con el Reglamento General de Responsabilidad Patronal, al respecto el Capítulo I, del Reglamento en mención sobre la Responsabilidad Patronal y Mora Patronal señala:

**Art. 1.-** La responsabilidad patronal se produce cuando, a la fecha del siniestro, por la inobservancia de las disposiciones de la Ley de Seguridad Social y de las normas reglamentarias aplicables, el IESS no pudiere entregar total o parcialmente las prestaciones o mejoras a que debería tener derecho un afiliado, jubilado o sus derechohabientes; debiendo el empleador o contratante del seguro cancelar al IESS por este concepto, las cuantías de responsabilidad patronal establecidas en el presente reglamento.<sup>34</sup>

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), a efectos de cumplir con las prestaciones requiere el cumplimiento de las obligaciones del patrono, la falta de pago de las aportaciones generaría la limitación de asistencia del afiliado, jubilado o derechohabientes en que el empleador será responsable de los perjuicios causados al asegurado o a sus deudos, responsabilidad que el Instituto hará efectiva mediante la coactiva, el incumplimiento genera la mora patronal de conformidad al Art. 2 del Reglamento que establece: “Mora patronal es el incumplimiento en el pago de aportes del seguro general obligatorio o de seguros adicionales contratados, descuentos, intereses, multas y otras obligaciones, dentro de los quince (15) días siguientes al mes que correspondan los aportes”<sup>35</sup>, la mora patronal establece un porcentaje de interés sobre la deuda, que conforme el tiempo de no pago de los aportes, es necesario considerar que una vez cancelada la deuda más los intereses respectivos estos son a beneficio del Instituto de Seguridad Social.

Una vez analizado la parte doctrinal sobre la concepción de la seguridad social y sus repercusiones en la sociedad, debemos enfocarnos a la parte medular, es decir, donde trataremos de vislumbrar la problemática jurídica que afecta el derecho en mención.

Ante la existencia de alternativas administrativas, judicial civil, laboral y una muy reciente implementada en nuestra legislación la penal, es necesario establecer ciertos aspectos, el artículo 244 de la Constitución vigente, ubica al derecho penal como medida de sanción punitiva del Estado, sin embargo el legislador ha creído necesario implantar este tipo penal, y constituir una garantía del aviso de entrada al seguro social, que incluso efectivice la sanción penal al incumplimiento de la no afiliación a la seguridad social

---

<sup>34</sup>Ecuador, Presidencia de la República, “Reglamento general de responsabilidad patronal”, en Registro Oficial 106, Resolución del IESS 298 (12 de enero del 2010), art. 1.

<sup>35</sup>Ecuador, “Reglamento general de responsabilidad patronal” en Registro Oficial 106, Resolución del IESS 298 (12 de enero del 2010), art.2.

## Capítulo Segundo

### El principio de proporcionalidad y la obligación de afiliarse a la seguridad social en el Ecuador

Como antecedente histórico la proclamación de los estados como sociales, conforme así lo señala el Dr. Ramiro Ávila, en su obra el Neoconstitucionalismo Transformador el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008, señala que: “Los estados sociales aparecen en Europa después de la Segunda Guerra Mundial y se proclaman como estados democráticos y sociales”<sup>36</sup>

Bajo esta premisa, sabemos que la lucha por los derechos sociales como tal inicia en ese espacio y tiempo, con el pasar de los años paulatinamente ha ido desplegándose a todas las naciones incluidas nuestro país.

En este contexto, empezamos señalando lo que Galo Chiriboga Zambrano señala considerando que en el año de 1997 realiza un análisis importante y que hace referencia específicamente a la seguridad social en el Ecuador, el autor describe los enfoques que en ese entonces el Gobierno de turno pretendía dar a la seguridad social, en aquella reflexión se pretendía plantear que este derecho tenía la particularidad de ser libre, y por lo tanto no tenía obligatoriedad de ninguna clase ni para el empleador ni para el empleado.<sup>37</sup>

Bajo esta percepción vemos que el tiempo dejó una filosofía que se iría transformando como se aprecia en la actualidad. Ante este escenario y en forma inmediata nos referiremos al análisis crítico de las disposiciones constitucionales que definen la seguridad social, esto con el objeto de entender el paradigma que constituye este derecho constitucional.

Asimismo, se hace trascendente verificar la normativa interna donde se explica el auge de responsabilidad que puede causar la no afiliación a la seguridad social, aspecto que

---

<sup>36</sup>Ramiro Ávila Santamaría, El Neoconstitucionalismo transformador el estado y el derecho en la Constitución 2008 (Quito: ediciones Abya-Yala, 2011), 170. Es importante recalcar que en este estudio el Dr. Ramiro Ávila, destaca la importancia esencial que se le ha dado a una determinada nación como Estado social, ya que es a partir de esta concepción constitucional que se han podido realizar y efectivizar los derechos sociales.

<sup>37</sup>Galo A. Chiriboga Zambrano, “La reforma de la Seguridad Social en Ecuador: una propuesta indecente”, Jaime Ensignia y Rolando Díaz, La seguridad social en América Latina: ¿reforma o liquidación? (Venezuela: Editorial Nueva Sociedad, 1997), 111.

desde nuestra óptica merece una importancia particular para esta investigación, en razón de su tipificación con alcances de carácter penal.

Consecuentemente, cabe indicar la situación jurídica que se ha establecido ante esta problemática y para ello analizar el control de proporcionalidad es un aspecto que procura las razones de una disposición penal ante una supuesta en la actualidad sanción penal.

De forma coordinada será para este estudio un elemento eficaz el relacionar esta problemática con otras experiencias en estados distintos al nuestro, por esta razón daremos una mirada ante estas posiciones.

Bajo esta perspectiva iniciaremos entonces estudiando la evolución de nuestra norma suprema y sobre todo de su contenido en garantía de los derechos en ella detallados y específicamente en el tema que ahora nos compete como es la seguridad social.

## **2.1. La Constitución de la República del Ecuador, sobre el derecho a la seguridad social.**

Conforme al Diccionario de Ciencias Jurídicas de Manuel Ossorio, indica que: “según Adolfo Posada, el Estado “es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume la mayor fuerza política”, por otro lado Capitant señala que es un “grupo de individuos establecidos sobre un territorio determinado y sujetos a la autoridad de un mismo gobierno”<sup>38</sup>, es así que los Estados gozan de soberanía, y mediante el poder supremo que los gobierna buscan el beneficio y progreso común para todos aquellos que habitan dentro de un determinado territorio. De acuerdo con la forma generalmente común de pensar, muchas personas abogan por la tesis de que el Estado debe reducirse, en razón de que es una institución caduca, mientras que otra tendencia, postula que el Estado debe fortalecerse y a él se le debe encomendar la vigilancia y aplicación de los derechos básicos que todo ser humano adquiere al nacer.

Es necesario recalcar que a nuestro Estado ecuatoriano, mediante la Constitución promulgada en el año 2008, lo declaramos como un Estado Constitucional de Derecho,

---

<sup>38</sup>Manuel Ossorio, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, (México: Edición electrónica, 1987), 382.

denominación que adquiere un gran significado, si comprendemos el alcance de la misma, en este contexto la Enciclopedia Jurídica Gran Omeba contempla:

El Estado constitucional está definido por los siguientes principios esenciales: a) garantía de la libertad como finalidad suprema y última del Estado; b) limitación y contralor del poder estatal por medio de su división en razón de la materia y en razón del territorio (esta última división no es esencial); c) juridicidad o imperio del derecho, y d) soberanía popular: gobierno de la mayoría con la colaboración y el contralor de la minoría y garantizando los derechos de ésta.<sup>39</sup>

Es importante afianzar que el Estado Constitucional de Derecho incorpora ciertas garantías de aseguramiento de la Constitución, Daniel Cabrera Leonardini en su ensayo titulado El Estado Constitucional de Derecho, señala que se reconoce que la norma jurídica posee una fuerza vinculante, que no solo acogió el principio de legalidad o primacía de la Ley sino que se perfeccionó con el principio de supremacía de la Constitución sobre la ley o principio de constitucionalidad, lo que es entendido como la existencia, plena vigencia y respeto al orden constitucional, desde esa concepción las leyes quedaron subordinadas al texto constitucional y a los principios de libertad al que hacemos referencia lo que está contemplada como una garantía del Estado.<sup>40</sup>

Por otro lado no cabe duda que el Estado Constitucional de Derecho señala una garantía de vital importancia denominada el derecho de libertad, lo que señala la enciclopedia como finalidad suprema y última del Estado, esto define un concepto que posee mucho significado, por lo tanto Jimena Olascoaga Pritsch, señala que la libertad es un concepto muy amplio desde diferentes corrientes filosóficas y que significa la facultad del ser humano que le permite decidir llevar a cabo o no una determinada acción según su inteligencia o voluntad.<sup>41</sup>

Podemos decir que la finalidad última de un Estado constitucional de derecho es que sus ciudadanos alcancen la libertad, la cual esta intrínsecamente ligada a un estilo de vida digno de cada uno de los habitantes de su circunscripción, para ello se establece como ley suprema un cuerpo de normas llamada Constitución, documento que representaría todos los anhelos del pueblo, y recoge las bases sobre las cuales se edifican otras leyes que viabilicen

---

<sup>39</sup>Enciclopedia Jurídica Gran Omeba, (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967), tomo 10, letra E, 84.

<sup>40</sup>Daniel Cabrera Leonardini, El Estado Constitucional de Derecho, <https://fderecho.wordpress.com/2009/10/23/el-estdo-constitucional-de-derecho-y-la-vigencia-de-los-valores-en-el-ordenamiento-juridico/>

<sup>41</sup>Jimena Olascoaga Pritsch, El principio de libertad de expresión e información en un caso concreto, <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Olascoaga-Pritsch-El-principio-de-libertad-de-expresion-e-informacion-en-un-caso-concreto.pdf>

los postulados contenidos en la Constitución, es decir, el desarrollo práctico de la norma suprema: por ello se deja indicado que “Solamente el Estado que posea una Constitución con un contenido teleológico semejante, merece el calificativo de constitucional posee realmente una Constitución.”<sup>42</sup>

Bien lo describe la Constitución de la República del Ecuador promulgada en 2008 y vigente hasta la actualidad, que en su preámbulo dispone que los ecuatorianos decidimos construir: “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*,”<sup>43</sup>; sobre esta directriz se ha construido la Constitución de la República, que es la ley suprema del país.

Para alcanzar el anhelado cometido, se decreta que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”<sup>44</sup>, mediante esta declaración el Estado se convierte en un guardián de los derechos ciudadanos y prioriza la aplicación de todo medio que fuere necesario para el efectivo goce de los derechos constitucionales.

Farith Simón Campaña, hace una interesante reflexión, en la que manifiesta: “el fin, el fundamento, la razón del ser del Estado constitucional de derecho es la garantía de los derechos fundamentales (todos)”<sup>45</sup>, lo cual nos da un enfoque de lo que significa vivir en un Estado constitucional de derecho, que nos garantiza en primer lugar, la garantía de todos los derechos de manera universal, y en segundo lugar, la Constitución da a los ciudadanos las herramientas o el mecanismo de exigibilidad y protección de los derechos a fin de que la autoridad judicial mediante su potestad o su responsabilidad en base a la norma constitucional salvaguarde los derechos de cada ciudadano.

Dentro del marco de la Constitución de la República de 2008, se menciona en el artículo 3 que: “Son deberes primordiales del Estado: 1. 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.”<sup>46</sup>. Es claro que para el constituyente, y para el pueblo ecuatoriano que aprobó esta ley suprema por referéndum, que entre los derechos más importantes que

---

<sup>42</sup>Enciclopedia Jurídica Gran Omeba, tomo 10, letra E, 85.

<sup>43</sup>Constitución de la República del Ecuador [2008], Art. 1, Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>44</sup>Ibid.

<sup>45</sup>David Cordero Heredia, “Nuevas Instituciones del derecho Constitucional Ecuatoriano”, editorial., (Quito: Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos INREDH, 2010), tomo II, 276.

<sup>46</sup>Constitución de la República del Ecuador [2008], Art.3. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

tiene un ser humano, y los ciudadanos ecuatorianos se encuentra el derecho a la seguridad social.

Sin embargo, la seguridad social no siempre tuvo la importancia que en nuestros días se le ha concedido, cabe recordar que se la menciona como un derecho de ámbito constitucional en la Constitución de 1967, del 25 de mayo de 1967, misma que en el artículo 65, señalaba:

**Art. 65.- Seguridad social.-** Todos los habitantes tienen derecho a la protección del Estado contra los riesgos de desocupación, invalidez, enfermedad, vejez y muerte, igual que en caso de maternidad y otras eventualidades que los priven de los medios de subsistencia. El Estado progresivamente inventará, o extenderá, un sistema de seguridad social que ampare a los habitantes contra tales riesgos; asimismo, garantizará y protegerá a las empresas privadas que cumplan directamente esta finalidad.<sup>47</sup>

Con este antecedente, podríamos decir que la seguridad social como un derecho constitucional es reciente en nuestro país, no lleva más de un siglo, y además anotando el hecho de que para la época todavía se proyectaba inventar o extender un sistema de seguridad social. No obstante de esto es loable el adelanto en cuanto a un derecho fundamental, por cuanto desde ahí nace las bases de la seguridad social, las cuales como analizare más adelante se han mantenido y acogido en nuestra Constitución vigente, por ejemplo, en el artículo 66 de la norma antes citada se enunciaba que los fondos o reservas del Seguro Social, que son propios, distintos de los del Fisco, no se destinarán, a objeto diferente del de su creación; se invertirán en condiciones de seguridad, rendimiento y liquidez.

Las prestaciones del Seguro Social no son susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de Caja Nacional del Seguro Social. Dichas prestaciones están exentas de impuestos fiscales y municipales. No tendrá valor alguna cualquier disposición que prive al asegurado de estas prestaciones.<sup>48</sup>

Estos principios se mantienen vigentes hasta la actualidad. Sobre esta base la Constitución de 1979, promulgada en Registro Oficial 800 de fecha 27 de marzo de 1979, ya se habló de la necesidad de extender el beneficio a toda la población y del financiamiento

---

<sup>47</sup>Constitución Política (1967): Art. 65, Registro Oficial Nro. 133 de 25 de mayo de 1967. <[http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONSTIT-CONSTITUCION\\_POLITICA\\_DEL\\_ANO\\_1967](http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONSTIT-CONSTITUCION_POLITICA_DEL_ANO_1967)> consultado el 02 de abril del 2016

<sup>48</sup>Constitución Política (1967): Art. 65, Registro Oficial Nro. 133 de 25 de mayo de 1967. <[http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONSTITU-CONSTITUCION\\_POLITICA\\_DEL\\_ANO\\_1967](http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONSTITU-CONSTITUCION_POLITICA_DEL_ANO_1967)> Consultado el 02 de abril del 2016

equitativo del Estado, empleador y los asegurados, introduciéndolo por primera vez como un derecho irrenunciable para los trabajadores.

Ya adentrados en la Constitución de 2008, encontramos que el derecho a la seguridad social está íntimamente ligado a otros derechos, por ejemplo en el artículo 32 la considera como parte del derecho a la salud, así también en el artículo 33 la relaciona con el trabajo, pero es en el artículo 34 en el cual se recoge lo que significa en la actualidad la seguridad social para el Estado ecuatoriano, y se manifiesta así:

Art. 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.<sup>49</sup>

Para hallarle un sentido a lo enunciado aquí, cabe realizar un análisis de cada uno de los principios que rigen el derecho a la seguridad social, en primer lugar, la categoría que se le atribuye de irrenunciable, al igual que otros derechos que gozan del mismo principio, la irrenunciabilidad es una manera de blindar un derecho, a efectos de proteger al beneficiario de tal derecho, para que en el supuesto no consentido de que se lo coaccione o simplemente por su rusticidad renunciara de manera tácita o expresa a tal derecho, esta declaración carezca de efectos legales, en lo señalado en la Enciclopedia Jurídica Gran Omeba, respecto a la irrenunciabilidad dice:

El abandono de derechos significa renunciar pasivamente a ellos. Todo derecho puede ser abandonado o renunciado. Se abandona un derecho cuando no se ejerce de una manera expresa o tácita. Ahora, cuando un derecho envuelve conjuntamente una obligación, este abandono no surte efecto, como tampoco la renuncia que se haga de aquellas leyes en las que están interesados el orden público y las buenas costumbres, o si la renuncia va en perjuicio de tercero.<sup>50</sup>

Aplicando esta acepción a nuestro sistema jurídico podríamos decir que para aquel que tiene derecho a la afiliación voluntaria al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ese derecho se encuentra irrenunciable, sin embargo, puede ser abandonado al arbitrio del beneficiario constituyendo una renuncia pasiva, más sucede que aquella persona que inicia una relación laboral con dependencia de un tercero, se envuelve al derecho con una

---

<sup>49</sup>Constitución de la República del Ecuador [2008], Art.34, Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>50</sup>Enciclopedia Jurídica Gran Omeba, Tomo 16, letra I, Grupo 22, 58.

obligación, y en tal caso es ineludible su cumplimiento y nula cualquier manifestación de renuncia.

Al imponer la Constitución al Estado el deber y la responsabilidad de la seguridad social de forma primordial, lo ubica en la obligación de emitir políticas públicas, claras y directas enfocadas al fortalecimiento del seguro social, tanto en los medio publicitarios para incentivar a aquellos no se hallan en relación de dependencia al afiliarse voluntariamente, así como asegurarse de que aquello que tienen el derecho a la seguridad social lo gocen plenamente, y que una vez afiliados al programa de seguridad social, los servicios que se les presten sean de óptima calidad conforme lo requiere las necesidades y contingencias que se presenten.

No olvidemos que la seguridad social se rige por uno de los principios que más énfasis le da a este derecho que es la solidaridad que para el caso del seguro social se debe entender como la “Identificación personal con una causa o con alguien, ya por compartir sus aspiraciones, ya por lamentar como propia la adversidad ajena o colectiva”<sup>51</sup>, siendo que en el caso del seguro social ecuatoriano confluyen una serie diversa de grupos humanos con diferentes ingresos y condición social y todos tiene derecho a la misma calidad de atención.

El sistema de seguridad social, tiene una influencia muy positiva en la sociedad ya que ayuda a implantar en ella una cultura preventiva, ya sea frente a los imprevistos, así como a los riesgos previsibles, es cierto que no sabemos cuándo enfrentaremos un accidente o una enfermedad, pero es previsible que en algún momento nuestra capacidad laboral se va a ver atenuada hasta el punto que debemos dejar de trabajar, para estar preparados frente a estas situaciones es que los ciudadanos asegurables, deben confiar en el sistema el cual debe responder oportunamente para incentivar a más personas a afiliarse.

Es de tal importancia la seguridad social que le ha asignado una sección dentro de la Constitución de la República, la cual se encuentra en el Título VII Régimen del Buen Vivir, capítulo primero Inclusión y Equidad, sección tercera, y de esta sección se puede anotar algunos datos de gran importancia para la comprensión de la seguridad social en el Ecuador.

“En el artículo 367, se reitera las bases principales de este sistema, esto es, que es público y universal, los cuales ya fueron analizados con anterioridad, pero en este artículo destaca que “no podrá privatizarse”<sup>52</sup>, entonces en el Estado ecuatoriano siempre, o al menos

---

<sup>51</sup>Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 909.

<sup>52</sup>Constitución de la República del Ecuador [2008], Art. 367, Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

mientras nos rija esta Constitución, la seguridad social no pasará a manos de entes privados, esto responde a la tendencia cada vez más generalizada, de señalar que ciertos servicios que están íntimamente ligados al ejercicio de derechos fundamentales, no pueden ser entregados en manos de terceros para evitar que se cometan arbitrariedades, situación que es reafirmada en el artículo 368, al manifestar que “El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social.”<sup>53</sup>El sistema de seguridad social debe perfeccionarse a medida de las necesidades de sus usuarios, y con transparencia en cada una de sus actos y contratos, a fin de que el afiliado recobre su confianza en la institución.

Para comprender el sistema de la seguridad social, se debe conocer su cobertura, la cual de acuerdo con la Constitución en su artículo 369, se extiende a las contingencias de: “enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley.”<sup>54</sup>Pero aquí aparece otro grupo además del seguro universal obligatorio, el Seguro Social Campesino, el cual se lo instituye como un régimen especial en el artículo 373 de la Constitución, que está dirigido a aquellas personas que laboran como pescadores artesanales y habitantes rurales que trabajan en el campo por cuenta propia o bajo subordinación únicamente para miembros de su comunidad y que no tiene bajo su subordinación a ajenos de la comunidad. Este régimen especial presta una cobertura dentro de los ámbitos de “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.”<sup>55</sup>,la implementación de un Seguro Social Campesino, es un aspecto positivo e innovador dentro del ámbito de la protección de este derecho fundamental, ya que la proporción de ingresos y la periodicidad de los mismos no es comparable, entre una persona que habita en la ciudad y una que habita en el medio rural, sin embargo de eso aplicando el principio de solidaridad, se puede colaborar con aquellos que laboran en el medio rural y que aportan de manera significativa a la economía nacional; en si la seguridad social abarca en los ciudadanos diversos tipos de protección, lo que implica diferencia en el aporte y el alcance de este derecho en cuanto a su atención sería similar con ciertas particularidades en cuanto a las políticas establecidas institucionalmente.

---

<sup>53</sup>Ibíd. 368

<sup>54</sup>Ibíd. 369

<sup>55</sup>Ley de Seguridad Social, (2001), 2, Edición Electrónica: <[http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=LABORAL-LEY\\_DE\\_SEGURIDAD\\_SOCIAL](http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=LABORAL-LEY_DE_SEGURIDAD_SOCIAL)> consultado el 02 de abril del 2016

Por lo tanto, del sistema de seguridad social antes anotados, cada uno ha establecido su medio de financiamiento y aportaciones, cabe indicar que la eficacia de estos sistemas de Seguridad Social, está contemplada en la sostenibilidad financiera del sistema<sup>56</sup> es decir que depende de la contribución del Estado; inclusive este financiamiento ha sido extendido al trabajo doméstico lo cual es un avance positivo dentro la protección de derechos, pues las personas que realizan ese tipo de trabajo únicamente realizan una contribución simbólica, la cual está acorde con su situación, pues pese a ser un grupo humano que presta un gran aporte a la economía, por la naturaleza de sus actividades, no perciben ingresos económicos líquidos, pero a través de esta disposición constitucional ahora también pueden estar cubiertos, por los beneficios de la seguridad social.

En la Constitución se ha tenido mucho cuidado de hacer constar que los servicios relacionados con la salud, en atención a la maternidad o enfermedad, estos deberán ser prestados a través de la red pública integral de salud, que es un sistema que integra y consolida la atención primaria de salud en tres niveles, que van desde el primer nivel: puestos de salud; centros de salud rurales, urbanos y de veinticuatro horas; el segundo nivel: hospitales genéricos y hospitales básicos, y el tercer nivel hospitales de referencia nacional.

Hasta el presente análisis se habla de la seguridad social como un sistema, pero es en el artículo 370 de la Constitución, en el que este sistema adquiere un ente por medio del cual se ejecutan la variedad de principios y directrices que se ha establecido, y el encargado es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, reconocido también por sus siglas IESS, al cual se le dan los atributos de ser una entidad autónoma regulada por la ley, y de ser responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados.

Cabe anotar, que por que la ley se los ha permitido la Policía Nacional cuenta en el Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional ISSPOL y las Fuerzas Armadas cuentan con el Instituto de Seguridad Social de las Fuerza Armadas el ISSFA, los cuales son regímenes especiales de seguridad social, no obstante de esto sus entidades de seguridad social son parte de la red pública integral de salud y del sistema de seguridad social.

Con respecto al financiamiento de la Institución, el artículo 371, de la Constitución ha establecido que todo su funcionamiento se financiara con el aporte de sus afiliados de

---

<sup>56</sup> José Ricardo Ibarra del Pozo, Sostenibilidad del sistema de seguridad social ecuatoriano e incidencia del aumento de la expectativa de vida, <http://192.188.53.14/bitstream/23000/4459/1/112687.pdf>

acuerdo con su modalidad laboral, si trabajan en relación de dependencia con los aportes del afiliado y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes que han optado por el servicio; además de “(...) los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado.”<sup>57</sup>, en lo que respecta a las contribuciones del Estado las mismas deben ser incluidas anualmente en el Presupuesto General del Estado y manda la ley que su transferencia sea de forma oportuna.

No obstante la disposición constitucional, los fondos del seguro social no se limitan a los enunciados en la Ley Suprema, pues en la Ley de Seguridad Social, en su artículo 4, establece trece fuentes de financiamiento para el Seguro General Obligatorio y otras cinco fuentes de recursos para el Seguro Social Campesino, conforme consta en el artículo 5 de la mencionada ley.

La vigente constitución hace mención en el artículo 371, que “Las prestaciones en dinero del seguro social no serán susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora, y estarán exentas del pago de impuestos.”<sup>58</sup>, esto le da mayor realce al alcance del derecho de seguridad social, pues se asume que quienes se benefician de estas prestaciones en algunos casos tienen en estas su medio de sustento y de retenerlas se los estaría condenando a la mendicidad.

Como se ha recogido del análisis constitucional, la seguridad social está plenamente respaldada por la Constitución, la cual es una de las más modernas de Latinoamérica y el mundo, sus principios son de vanguardia, y tienen como propósito servir eficazmente a los afiliados, no obstante de eso, de la observación empírica del entorno, se recoge que aun los afiliados requieren que lo que se ha expresado en palabras se efectivice en la práctica, a través de un sistema de seguridad social ágil y oportuno que satisfaga sus necesidades, las cuales por su naturaleza, usualmente son requeridas con carácter urgente.

Bajo el análisis antes detallado podremos decir entonces que la Constitución 2008 acoge lo denominado por Néstor Pedro Segues como constitucionalismo social<sup>59</sup>, es decir la norma suprema diseñada para proteger los derechos sociales del ciudadano.

---

<sup>57</sup>Constitución de la República del Ecuador [2008], Art. 371, Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>58</sup>Ibíd.

<sup>59</sup>Néstor Pedro Sagues, “Notas sobre el trabajo y la seguridad social en la Constitución del Ecuador”, en, Luz Entrena Vázquezcoor, *Derechos y Libertades* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2005), 63-66.

En nuestra constitución, hemos visto con claridad quien debe mantener responsabilidad con las personas que reciben este derecho, por lo tanto, el Estado debe atención imperante a la Seguridad Social, teniendo en cuenta el buen vivir que desde una cosmovisión andina la aplicabilidad de este derecho debe sustentarse como una realidad. En la norma constitucional se menciona el *sumak kawsay*, por lo tanto, ésta precisa una relación intrínseca con la Seguridad Social, y que es el Estado quien genera las condiciones dignas para vivir, sin dejar de lado que la seguridad social como instrumento jurídico y económico garantiza una vida digna para las personas.

La Constitución de la República, ha establecido al buen vivir como un paradigma en los últimos tiempos, dejando claro que en la época actual el sistema ha establecido un sentimiento de urgencia, que ante las desigualdades sociales pudiere existir una crisis ecológica, de que es necesario hacer algo y evitar un colapso social.<sup>60</sup> Ante esto, es importante señalar que todo cambio necesita de un espacio de tiempo que permita mejorar condiciones nefastas que el neoliberalismo nos depuso en su momento, en tal concepto la Constitución actual recoge este planteamiento que fue bien visto por los ciudadanos, incluso que es común en países de la región de América Latina.

De lo antes expuesto, podemos señalar, que las posibilidades de cumplimiento de un Estado en cuanto a la seguridad social, se verán fortalecidas mediante sistemas de planificación, de salud, de equidad social entre otros, asumiendo como desafío no solo regular la planificación, sino que debe garantizar a la población los servicios que tiene el principio de universal como en este caso lo es la seguridad social.

## **2.2. El campo sancionatorio contemplado en el Código Integral Penal a la no afiliación a la seguridad social, una perspectiva desde el ámbito de la Constitución del Ecuador.**

El Código Integral Penal, entró en vigencia mediante Registro Oficial Suplemento 180, el 10 de febrero de 2014, y se erigió como un innovador cuerpo legal, ya que se acusaba al anterior de ser caduco, y se hacía imperiosa la necesidad de un cuerpo legal penal adecuado a los nuevos desarrollos conceptuales y jurisprudenciales, en los que se garantice integralmente los derechos de los ciudadanos. Es así que con la llegada de la nueva ley, traía

---

<sup>60</sup>Boaventura de Sousa Santos, *Las paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad*, [http://constitutionnet.org/sites/default/files/boaventura\\_sousa\\_santos.pdf](http://constitutionnet.org/sites/default/files/boaventura_sousa_santos.pdf), Pág. 2.

consigo la inclusión de nuevos tipos penales, algunos de ellos ya conocidos pero esta vez asignándoles individualmente un medio de penalización, y otras figuras que se penalizaron, que resultaban completamente nuevas, tal es el caso de la tipificación como contravención a la no afiliación de trabajadores al Seguro Social.

En el Código Integral Penal, libro Primero, título IV Infracciones en particular, Capítulo Tercero: Delitos contra los Derechos del Buen Vivir, sección Séptima, establece la Contravención contra el derecho al trabajo, la cual en su artículo 244, tipifica por primera vez que: La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada.<sup>61</sup>

Esta idea se venía fraguando desde el referéndum constitucional y consulta popular que tuvo lugar el 7 de mayo de 2011, en la cual se incluyó entre las preguntas de plebiscito al pueblo ecuatoriano la N° 10, que señalaba: ¿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?, y la respuesta del pueblo ecuatoriano fue de SI con el 55,03%,<sup>62</sup> que tuvo como precedente una campaña mediática para su aprobación, cuando a criterio del autor el análisis debió haber sido consultado a estudiosos del derecho, los cuales pudieron dar más luces respecto al tema de la penalización.

Cabe en primer lugar empezar señalando que la infracción penal según el Código Orgánico Integral Penal lo establece como “la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este código,”<sup>63</sup> no obstante es importante indicar que el Código Penal antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, establecía en el Art. 10 que son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar,<sup>64</sup> la infracción definida en el Diccionario de Manuel Ossorio, señala que es la: “Transgresión, violación o

---

<sup>61</sup>Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial, Suplemento, 180 (10 de febrero del 2014 Última modificación: 14 de marzo del 2016), Art.244.

<sup>62</sup>Ecuador, Resultados del Referéndum y Consulta Popular 2011, Suplemento, Registro Oficial N°.490, (miércoles 13 de julio del 2011): 35.

<sup>63</sup> Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial, Suplemento, 180, (10 de febrero de 2014) Art. 18.

<sup>64</sup> Ibídem, Art. 10

quebrantamiento de alguna ley, pacto o tratado.”<sup>65</sup>Es preciso señalar que la infracción establecida en la norma penal ecuatoriana, a nuestra concepción tiene como finalidad sancionar la violación a las normas establecidas en la ley sea por acción u omisión.

Partiendo de lo ya señalado, mencionamos una interrogante que se torna importante conocer, y que nos preguntamos si el legislador, aplicó a más de lo que dictaminó el pueblo ecuatoriano mediante la consulta popular, una metodología de aplicación de la tipificación penal de la no afiliación a la seguridad social, si el legislador, justificó si una conducta penal es adecuada para considerarla como infracción penal, es decir si la aplicación de sanción penal iba a resultar eficaz como un medio coercitivo para obligar a los empleadores a cumplir con su deber de afiliar a sus empleados o trabajadores.

Cabe mencionar entonces que la no afiliación paso a ser considerada dentro del tipo penal ecuatoriano como una contravención, la cual de acuerdo al Código Integral Penal, en su artículo 19, “es la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días.”<sup>66</sup>Es importante señalar que cuando hablamos de contravención penal, esta dista con gran diferencia de la palabra delito, nuestra legislación penal establece que las infracciones se dividen en contravenciones y delitos, hay que tener en cuenta que la primera es de una sanción penal menos rigurosa y la segunda sanciona penalmente las infracciones más fuertes según la peculiaridad de la pena, por ejemplo la enciclopedia Jurídica Gran Omeba, señala que, “Para Altavilla podría ser delito la acción humana que revela una peligrosidad, en cuanto ataca o pone en peligro un derecho fundamental, y contravención la acción opuesta a preceptos legislativos, sea para una indirecta protección de estos derechos para simples necesidades del Estado.”<sup>67</sup> Por lo que en el caso que analizamos, la no afiliación efectivamente no revela peligrosidad, la no afiliación, es más bien una omisión que afecta un derecho el cual es protegido por el Estado, ya que lo que diferencia al delito de la contravención, está directamente relacionado con el daño al bien jurídico.

El sujeto de la contravención penal, recae sobre la o el empleador. La enunciación del sujeto demuestra que esta sanción está directamente dirigidas a personas naturales, personas que por lo general son dueños de pequeños negocios o artesanos, que no se han constituido en compañías o sociedades, pues la sanción para personas jurídicas está

---

<sup>65</sup> Manuel Ossorio, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, 495.

<sup>66</sup>Ibídem, Art. 19

<sup>67</sup>Enciclopedia Jurídica Gran Omeba, tomo 4, letra C, 90

contemplada en el Código Integral Penal, artículo 243 del Código Orgánico Integral Penal, que prevé que aquellas personas jurídicas que no han afiliado a sus trabajadores, serán penalizados a través de la intervención y multa, es inejecutable para las personas jurídicas, pues se percibe cierta diferencia entre la sanción penal entre la persona natural y jurídica, pues similar sanción podría haber sido aplicada a las personas naturales sin la necesidad de recurrir a la privación de la libertad.

Es de obvia deducción las consecuencias que tendría para una persona natural que maneja un emprendimiento pequeño, y que fuere sancionado conforme el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, esto podría significar la paralización de las actividades, además de las implicaciones respecto a la credibilidad que gozara frente a sus clientes y acreedores, luego de haber estado privado de su libertad, por la no afiliación a la seguridad social de uno de sus trabajadores, pues la sanción penal impuesta no permitiría asimilar a nuestra sociedad el estigma que haber sido sancionado con la privación de libertad, la contravención establecida es motivo de nuestro estudio teniendo como base el punto de vista del legislador al momento de tipificar este tipo de contravención.

En nuestro estudio es importante preguntarnos si constitucionalmente es aceptable esta sanción tan drástica, por un asunto que si bien no se puede negar que es de trascendental importancia respecto de los derechos de un grupo vulnerable. La Constitución de la República del Ecuador en su capítulo Octavo, Derechos de Protección, en su artículo 76, señala que: “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.”<sup>68</sup> Queda demostrado que en nuestro ordenamiento jurídico, prima como regla del debido proceso el principio de proporcionalidad, que se refiere a que debe existir una relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho o el bien jurídico afectado y la determinación de la sanción sea esta de orden administrativo o penal y la gravedad de la sanción que se imponga.

Este principio cumple una función muy importante al limitar la arbitrariedad o el abuso para evitar que un reo enfrente una pena desproporcionada, inadecuada e inútil.

Al respecto de este principio Jorge Zabala Baquerizo, reflexiona:

---

<sup>68</sup>Constitución de la República del Ecuador [2008], Art. 76, Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

Es necesario recordar que la ley penal debe surgir luego de un proceso de criminalización que se desarrolla por parte de la Función Legislativa, la que tiene el poder exclusivo y excluyente de legislar. Pero este proceso de criminalización, como todo proceso, es complejo y debe ser estudiado debidamente para poder concluir la razón por la que una conducta que antes no estaba criminalizada es aprehendida por el legislador para incorporarla en la ley penal como una conducta intolerable para el Estado.<sup>69</sup>.

El tratadista bien lo señala que todo proceso es complejo y debe ser estudiado debidamente con el fin de determinar si una conducta que antes no estaba criminalizada es aprehendida por el legislador, entonces, como punto de partida debe tratarse si la proporcionalidad de la contravención establecida en el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, es proporcional con la pena impuesta y si se enfoca desde una conducta humana que lesione un bien jurídico reconocido y protegido por el Estado, pero como manifiesta el Dr. Zabala Baquerizo “no toda conducta que afecte a un bien jurídico debe ser criminalizada, sino aquellas que sean más graves y puedan ser más nocivas para el hombre o el grupo social.”<sup>70</sup>, esto pone al legislador en la obligación de valorar objetivamente la importancia social de la conducta que va a declarar como punible; mucho se acusa en nuestros días de la infracción penal, de la indiscriminada penalización; adicional a esto en el proceso de criminalización el legislador debe estudiar muy bien las consecuencias que traerá este proceso sobre el grupo humano sobre el cual se va a aplicar, y sobre todo cual es la finalidad de la criminalización que pretende imponer.

Aplicando lo antes enunciado, debemos tener claro si se justifica el proceso de criminalización de la no afiliación al seguro social, pues el bien jurídico protegido debe guardar proporcionalidad con la pena.

Dentro de este mismo aspecto cabe señalar el hecho de que la no afiliación fue considerada como una contravención y no como un delito, mucho se ha hablado de la injerencia penal en contravenciones inclusive que esta sanción penal tiene un contexto de social que bien podría ser sancionadas administrativamente, que una falta que hasta hace poco tiempo era de orden administrativo, en la actualidad es reprimida como contravención penal, al respecto la Enciclopedia Jurídica Gran Omeba, recoge lo siguiente:

Bielsa considera por su parte que "el delito es ataque al bien jurídico que la ley quiere restablecer, mientras la contravención consiste en no cumplir el deber impuesto por la ley a todo administrado o vinculado con la administración pública por una obligación de colaborar

---

<sup>69</sup> Jorge Zabala Baquerizo, “El debido Proceso Penal” (Quito, Editorial EDINO, 2002), 116.

<sup>70</sup> *Ibíd.*117.

en el interés colectivo. El incumplimiento de ese deber genera lo que se ha llamado obligación delictual del Derecho administrativo, a la cual debe corresponder no una sanción civil ni una sanción disciplinaria, sino, una simple pena administrativa". Agrega Bielsa que "las contravenciones entran en el dominio del Derecho administrativo y no del Derecho penal; su régimen está, pues, fuera del Código penal"<sup>71</sup>,

Acogiendo este criterio, el bien jurídico que se protege en este tipo penal, es el derecho a la seguridad social, el cual se satisface por medio de la afiliación oportuna y del pago de las aportaciones a fin de cubrir eventuales contingencias, en caso de no hacerlo el empleador, la mejor manera de reparar el bien jurídico lesionado, es procediendo a la afiliación inmediata, al pago de las aportaciones impagas, el pago de una multa que sería una sanción adecuada para el caso.

Como ya hemos hablado previo a la tipificación se realiza un proceso de análisis, el cual de acuerdo a los argumentos anteriormente esgrimidos determinar la eficacia del tipo penal en el presente trabajo, es establecer la metodología realizada y verificar si el test de proporcionalidad es bien argumentado por el legislador, es decir, si el momento en el que se establece una pena, está acorde a resarcir el daño causado al bien jurídico afectado.

El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 52, ha señalado que: "Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima."<sup>72</sup> Si bien la no afiliación a la seguridad social está contemplada en el Código Orgánico Integral Penal como una contravención, es claro decir que se está definiendo a esta como una sanción penal, cabe analizar si la penalización con privación de libertad por no afiliación al Seguro Social, cumple con los fines de la pena.

En primer lugar no tiene un fin preventivo, pues para el momento que se dicte la privación de la libertad la omisión ya se halla presente, en segundo lugar en nada favorece a un empleador, ni le ayuda a desarrollar derechos y capacidades el hecho de permanecer privado de su libertad de tres a siete días, puede provocar un efecto adverso, y por último la privación de la libertad del empleador es estéril respecto de una reparación integral de los derechos de la víctima, la cual es eficaz, según lo expuesto anteriormente, únicamente cuando se afilie al trabajador, se pague las aportaciones adeudadas y se pague una multa.

---

<sup>71</sup> Enciclopedia Jurídica Gran Omeba, tomo 4, letra C, 91.

<sup>72</sup> Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, Art. 52.

La privación de la libertad por la no afiliación al seguro social de los trabajadores, es una tipificación nueva en nuestro país, y la cual sigue encendiendo el debate respecto a su eficacia. Para tener un mejor enfoque del tema, he realizado un estudio comparado, con legislación de países vecinos.

En el presente estudio se considera pertinente indicar la legislación de algunos países latinoamericanos, los cuales por sus condiciones culturales y ancestrales, se han desarrollado en condiciones similares a las de nuestro país, y que servirán de marco de referencia, en relación con la legislación penal en cuanto a la no afiliación a la seguridad social que se está aplicando en nuestro país.

Iniciaré con la legislación peruana, en la cual el sistema de seguridad social, se encuentra gobernado por la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790, que en su artículo 5, establece que “El Registro de Entidades Empleadoras y la inscripción de los afiliados regulares se realiza ante el IPSS en la forma y en los plazos establecidos en los reglamentos.”<sup>73</sup>, en atención a esa indicación, me he re direccionado al Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, la cual fue sancionada mediante Decreto Supremo N° 009-97-SA, que en su artículo 92 nos señala que toda acción u omisión que cause el incumpliendo de la ley de la seguridad social, debe ser sancionada conforme a lo establecido en el Decreto Supremo N° 006-97-SA, el cual se denomina: Estatuto de la Superintendencia de entidades prestadoras de salud, y que en su artículo 6 establece las siguientes sanciones para aquel que omita la afiliación de sus trabajadores al seguro social: “Sanciones.- Las sanciones que puede imponer la SEPS son las siguientes: a) Amonestación; b) Multa a la Entidad Prestadora de Salud de monto no mayor a 100UIT;c) Suspensión o revocación de la Autorización de Funcionamiento”<sup>74</sup>.

Una vez de revisar el Código Penal Peruano, es fácil darse cuenta que esta norma penal, no establece como contravención la no afiliación a la seguridad social, por lo tanto se torna compleja realizar una observación analítica a esa norma penal, sin embargo, hemos podido discernir que en la legislación peruana, no se sanciona la no afiliación a la seguridad social con privación de la libertad como en el Ecuador, en Perú, se ha priorizado las

---

<sup>73</sup>“Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud”, (Perú), Edición electrónica: <<http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26790.pdf>> consultado el 08 de abril del 2016

<sup>74</sup>“Estatuto de la Superintendencia de entidades prestadoras de Salud”, (Perú), Edición Electrónica: <[ftp://ftp.minsa.gob.pe/intranet/leyes/DS-006-97-SA\\_ESPES.pdf](ftp://ftp.minsa.gob.pe/intranet/leyes/DS-006-97-SA_ESPES.pdf)> consultado el 08 de abril del 2016

sanciones administrativas, que van desde amonestación, hasta suspensión, lo cual a nuestro criterio, son justas tomando en cuenta el bien jurídico que es objeto de protección.

Desarrollando el análisis, tenemos así mismo, la legislación en seguridad social del Estado Plurinacional de Bolivia, país en el que este sistema está regido por el Reglamento del Código de Seguridad Social, el cual ya lleva vigente desde el 30 de septiembre de 1959, es decir que cuando se dictó otra era la realidad social en ese país, al respecto el artículo 418, señala que:

“Si el empleador no cumple con la obligación de afiliarse al trabajador en el término establecido, el interesado deberá hasta el 30 del mes siguiente dirigirse directamente a la Administración Regional de la Caja, para que su inscripción tenga lugar.

El empleador y/o el trabajador, en su caso, serán pasibles de las sanciones señaladas en el Título VI del presente Libro”.<sup>75</sup>

En este país, también se considera, que el seguro social es de carácter obligatorio, respecto de las personas que laboran en relación de dependencia, la cual es una tendencia casi generalizada a nivel de toda Latinoamérica, y también al dirigirse a las aludidas sanciones, las mismas se encuentran en el artículo 593, del mismo Reglamento, que manifiesta:

Las infracciones cometidas por los empleadores darán lugar a las siguientes sanciones:

- 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.<sup>76</sup>

Resulta novedoso encontrar que la privación de la libertad como medio de sanción para la no afiliación al seguro social ya está contemplada en una legislación, pero resulta interesante hacer el análisis del hecho de que dicha sanción está contemplada en el ámbito administrativo, y no dentro del ámbito penal, se debe tomar en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico la única ley que impone privación de libertad es el Código Integral Penal, por lo que Bolivia, dentro de su norma administrativa ya impone arresto de uno a tres días de acuerdo a la gravedad de la falta o el desacato, hay que tener en cuenta que el arresto

---

<sup>75</sup>“Reglamento del Código de Seguridad Social”, (Bolivia), Edición electrónica: <<http://www.lexivox.org/norms/BO-RE-DS5315.xhtml>> consultado el 09 de abril del 2016

<sup>76</sup>Ibíd. Art.593

al que hace referencia el Reglamento del Código de Seguridad Social de Bolivia, es desde el ámbito administrativo y en Ecuador deriva desde el ámbito penal.

He tomado además de los ya anotados como punto de referencia para el presente estudio, la legislación de la República de Colombia en materia de seguridad social, la cual está regida por la denominada Ley 100, la cual fue promulgada el 23 de diciembre de 1993, fecha en la cual en ese país se crea el sistema de seguridad social integral y en la misma se regulan sus directrices, por ejemplo en su artículo 13 establece:

Art.13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

- a) La afiliación es obligatoria salvo lo previsto para los trabajadores independientes;
- b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente Ley.<sup>77</sup>.

Como se manifestó anteriormente, es la tendencia en nuestra región, el mandato de que la afiliación al seguro social sea obligatoria esto tomando en cuenta que es una manera de prevenir eventualidades, y garantizar a los trabajadores su recuperación en caso de que sufran algún accidente o padezca enfermedades ya sean profesionales o no, además de que le garantiza a su vejez la satisfacción de sus necesidades almacenando en el tiempo de mayor productividad. Conforme manifiesta la ley, existen sanciones por la no afiliación, y nos redirecciona al artículo 271, el cual manifiesta que:

Art. 271. Sanciones para el Empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, 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. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.<sup>78</sup>

De esta manifestación encontramos que en el vecino país de Colombia, también ha optado en el campo de la seguridad social, sin desconocer la importancia que esta tiene, las

---

<sup>77</sup> “Ley 100 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, (Colombia 23 de diciembre de 1993), Edición electrónica: <<http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1503/LEY%20100%20DE%20DICIEMBRE%2023%20DE%20201993.pdf>> consultado el 09 de abril del 2016

<sup>78</sup> *Ibíd.* Art. 271.

sanciones de carácter administrativo como un medio eficaz de resarcimiento del bien jurídico afectado. Hasta el presente estudio que nos encontramos realizando, vemos que Ecuador ha penalizado la no afiliación a la seguridad social, sin duda el análisis a nuestro estudio nos ayudará a determinar la aplicación de la sanción penal en nuestro país, y que la proporcionalidad del derecho como técnica establecida por el legislador se encuentra o no compatible con la Constitución.

Asimismo, analizamos, la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social de la República Bolivariana de Venezuela, quien ha establecido los presupuestos necesarios, para ejecutar adecuadamente las directrices de este derecho:

Art. 4. La seguridad social es un derecho humano y social fundamental e irrenunciable, garantizado por el Estado a todos los venezolanos residentes en el territorio de la República, y a los extranjeros residiendo legalmente en él, independientemente de su capacidad contributiva, condición social, actividad laboral, medio de desenvolvimiento, salarios, ingresos y renta, conforme al principio de progresividad y a los términos establecidos en la Constitución de la República y en las diferentes leyes nacionales, tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados por Venezuela.<sup>79</sup>

Venezuela ha considerado la seguridad social como un derecho humano, lo cual significa que es inherente a cada persona que ha nacido dentro de ese Estado, de la enunciación que se realiza, se evidencia que es tratado con una gran importancia, y respecto a la no afiliación a la seguridad social, así como el quebrantamiento de otros derechos laborales, se promulgo la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo:

Art. 124. Las infracciones en materia de la normativa de seguridad y salud laborales se sancionarán:

1. Las infracciones leves, con multa de hasta veinticinco unidades tributarias (25 U.T.) por cada trabajador o trabajadora expuesta.
2. Las infracciones graves, con multa desde veintiséis (26) hasta setenta y cinco (75) unidades tributarias (U.T.) por cada trabajador o trabajadora expuesto.
3. Las infracciones muy graves, con multa desde setenta y seis (76) hasta cien (100) unidades tributarias (U.T.) por cada trabajador o trabajadora expuesto.

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.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup>“Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social”, (Venezuela), 2, Edición electrónica: <[http://www.inpsasel.gob.ve/moo\\_doc/ley\\_org\\_sis\\_seg\\_soc.pdf](http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/ley_org_sis_seg_soc.pdf)> consultado el 09 de abril del 2016

<sup>80</sup> “Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo”, (Venezuela), Edición electrónica, <[http://www.inpsasel.gob.ve/moo\\_doc/lopcymat.pdf](http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/lopcymat.pdf)>consultado el 09 de abril del 2016

De este estudio podemos observar que pese a la importancia concedida a este derecho dentro de esta legislación, las sanciones establecidas se han limitado a sanciones administrativas, las cuales varían conforme a la gravedad de la sanción, pese a que el bien jurídico protegido pertenece a la categoría de los derechos humanos, está limitado a las sanciones administrativas como un medio eficaz para la protección de los derechos. Vale recalcar que esta ley fue emitida en el año 2005, por lo que es relativamente reciente, y esta adecuada a las tendencias modernas del derecho.

Sin embargo, después de revisar la norma penal de Venezuela, no menciona al respectonada en cuanto a la no afiliación a la seguridad social como medida de infracción; la única ley que sanciona con privación de la libertad que he encontrado de este estudio comparativo es la ley de seguridad de social de Bolivia, y se puede anotar el hecho de que la misma ha sido dictada hace ya mucho tiempo, época en que las condiciones sociales así como las corrientes del derecho eran diferentes a las de nuestros días, y aun así con las limitaciones que implica conseguir doctrina de ese país; se observa que tales medidas y son de carácter administrativo, por lo que en nuestro sistema jurídico no resultan compatibles de aplicación, por el resto de legislaciones analizadas, todas ellas han optado en el campo de las sanciones por la no afiliación al seguro social, por las sanciones pecuniarias o multas, las cuales además de resarcir el daño causado, contribuyen como un medio de financiamiento para los sistemas de seguridad social.

Del estudio realizado, podemos observar que de la normativa legal analizada de los diferentes países, en su mayoría no contemplan sanción penal por la no afiliación a la seguridad social, es decir el exceso de procesos de criminalización y penalización, se adoptan o rechazan los tipos penales, atendiendo al fin de la pena, en proporcionalidad con el bien jurídico lesionado, por ello, aunque algunos legisladores consideren que la medida de privación de la libertad es una innovación en la protección y garantía de los derechos fundamentales, tal vez nuestros vecinos, no consideren incluirla en su sistema penal y asignarle una sanción tan drástica, pues a lo mejor han considerado establecer eficaces métodos de sanción a través de acciones más coherentes con el daño irrogado.

De estas líneas anotadas con anterioridad, el legislador ecuatoriano debería considerar seriamente si la no afiliación al Seguro Social, cumple con los requisitos para ser establecida como contravención penal, y por lo tanto si esta conducta merece ser tipificada como

infracción penal, o debería mantener el tratamiento que se le daba hasta hace un tiempo, como una falta que era sancionada dentro de un ámbito netamente administrativo.

No hay que dejar de lado elementos sustanciales en el presente estudio, teniendo en cuenta que nuestro sistema en materia penal, ha puesto en consideración principios básicos del derecho, en este caso el de lesividad, hay que recordar que el poder punitivo de un estado se manifiesta cuando la conducta de un sujeto afecta a los demás, por ende iniciamos que el principio de lesividad tiene relación con la posición del peligro, por lo tanto creemos que solo existe un derecho penal de lesión y mientras no se viabilice una acción peligrosa y no se concrete por la vía de causalidad en un resultado lesivo esta queda protegida bajo el principio de reserva.”<sup>81</sup>De lo mencionado cabe señalar que el bien jurídico inmaterial es un tanto complicado de poder establecer como objetivo ya que la Seguridad Social, no posee el carácter como otros bienes jurídicos, así como por ejemplo el patrimonio y la vida, es decir que si hablamos de un delito de peligro concreto el peligro se torna en un elemento del tipo que puede ser contrastado por el Juez, por cuanto estaríamos ante un elemento objetivo, sin embargo, cuando estamos ante un peligro abstracto pueden existir indicios de peligro pero únicamente se encontraría en la ley.”<sup>82</sup>

Debemos estar claros que cuando nos referimos al bien jurídico, no estamos en un pretexto para que se trate de incrementar conductas punibles; Zafaroni ha señalado que “Si hay un bien jurídico lesionado y si por ello hay delito y se impone pena, quiere decir que la ley penal protege ese bien jurídico”<sup>83</sup>

Ahora bien, en el supuesto no consentido de que el legislador considere que la no afiliación al seguro social, acertadamente ha sido tipificada como una contravención penal, cabe recordar que la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 77 señala que:

En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro

---

<sup>81</sup> María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi, Los delitos de peligro y el principio de lesividad, <http://catedradeluca.com.ar/wp-content/uploads/2015/01/ramos-maria-angeles-y-zanazzi-sebastian.-delitos-de-peligro-y-el-principio-de-lesividad.pdf>

<sup>82</sup> *Ibidem*

<sup>83</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Editorial Ediar, Segunda Edición, 2006, Pág. 111.

horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.<sup>84</sup>

Este precepto constitucional, bien señala que la pena privativa de libertad es lo excepcional, es decir aquello a lo que se debe acudir cuando se ha agotado toda otra forma de resarcimiento, pero en el caso de establecerse la no afiliación a la seguridad social como contravención penal, resulta un tanto discutible, tomando en cuenta que el empleador por tratarse de un ente económicamente activo tiene goza de arraigo social en el lugar donde mantiene su empresa. Además que al privarle de la libertad a un ente económicamente activo le priva al Estado de los frutos que podría estar produciendo por su trabajo, además que le cuesta al Estado, todos los recursos físicos y administrativos que implican mantener a una persona, en uno de los Centros de Rehabilitación Social del país.

Apoyando lo antes manifestado, la Constitución en su artículo 77, numeral 11, nos indica que:

“La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.”<sup>85</sup>.

Por lo tanto es un mandato constituyente, que se debe de buscar salidas alternativas a la privación de libertad, cuestión que el legislador debió considerar al momento de establecer el tipo y penalizarlo, pues recogiendo la Constitución, se indica que la personalidad del infractor en el presente caso, no es la del típico criminal que atenta deliberadamente contra el bien jurídico de manera premeditada y dolosa, de hecho en la presente contravención no puede construir el iter crimen, la personalidad del infractor de no afiliación al Seguro Social, es la de una persona que pretende colaborar con la sociedad a través de la generación de puestos de empleo y la inversión de capitales y que obviamente al llevar una vida pública de trabajo, por lo tanto carece de la necesidad de exigencias de reinserción social pues es un ente productivo de la sociedad.

Un último punto que me ha parecido importante anotar, es una reflexión, acerca de la garantía contemplada en la Constitución, en el artículo 76, el numeral 5, donde se señala que:

---

<sup>84</sup>Constitución de la República del Ecuador [2008], Art. 77, Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>85</sup>Ibíd. 77

“En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.”<sup>86</sup>.

Conforme he desarrollado el análisis, el Código Integral Penal, ha establecido el método de sanción de la no afiliación a través de lo dispuesto en el artículo 244, no obstante de esto, la proporcionalidad a la que debió incurrir el legislador es la base sustancial por la tanto el análisis a dicho principio se considera al respecto.

El legislador al promulgar la tipificación de la no afiliación como una contravención reprimida con privación de libertad, no enfocó adecuadamente cuál es su propósito con la imposición de tal sanción, dado que existen salidas alternativas que resarcirían con creces el bien jurídico afectado, pues no se desconoce la importancia del bien jurídico protegido, pero la sanción impuesta carece de lógica ocasionando que se genere una deuda social con respecto a lo señalado en la Constitución de la República, que en su artículo 284, numeral 2, señala que la política económica tendrá entre uno de sus objetivos: “Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas”<sup>87</sup>, esto en concordancia con lo que señala el artículo 304 numeral 2 de la constitución que al referirse a la política comercial, establece entre sus propósitos el de: “Fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales.”<sup>88</sup>, y obviamente esto se lograra cuando se apliquen eficazmente estas políticas de desarrollo y se le dé al empleador los medios e incentivos y en última instancia sanciones para que cumpla sus obligaciones, pero de ninguna manera poniéndolo tras las rejas.

### **2.3. El principio de Proporcionalidad desde un enfoque conceptual**

El principio de Proporcionalidad, se remonta desde la época de Platón; en su obra *Las Leyes*, se decía que la exigencia de la pena sea proporcional a la gravedad del delito, más en la época de la Ilustración es cuando se afirma este principio, ya que según el autor Cesar Beccaria en su obra *De los Delitos y de las Penas* establece que el principio de proporcionalidad debe ser necesaria e infalible aduciendo que estas dos características

---

<sup>86</sup>Constitución de la República del Ecuador [2008], Art.76, Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>87</sup>Constitución de la República del Ecuador [2008], Art. 284, Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>88</sup>Ibíd.304

completan la idea de proporcionalidad.”<sup>89</sup>Es importante señalar que cuando usamos el término de la palabra infalible conlleva un gran significado en el derecho, en donde la fase de ejecución de las penas sean cumplidas en forma efectiva, es decir que la pena no puede ir más allá del fin determinado que se va a cumplir.

Evidentemente el principio de proporcionalidad, sale desde una exigencia del hombre en forma particular desde su moral, pues como derecho fundamental cabe decir que el principio de proporcionalidad se establece como un método para lograr comprobar si la determinación en un derecho fundamental es contraria o no a la Constitución.

Según Carlos Bernal Pulido, nos indica 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,”<sup>90</sup>el fin perseguido por el legislador debe contener a nuestro criterio un fin social y argumentativo en la ley, a fin de que la norma que va a crear el legislador sea válido y que se pueda sostener dentro del parámetro constitucional.

La creación de leyes adecuadas y acordes a la Constitución de la República, es un trabajo que el legislador en su rol, debe ejecutar desde el marco de sus funciones, es decir no debería existir antinomias entre la ley y la Constitución, por lo tanto el legislador es quien debe establecer la proporcionalidad en la ley, y procurar establecer el principio de legalidad a fin de que se materialice conforme la Constitución.

El principio de proporcionalidad no es ajeno a otros principios ya que se relaciona intrínsecamente al principio de legalidad, necesidad e igualdad, inclusive de vital importancia el principio de lesividad, puesto que en el derecho penal el bien jurídico protegido debe tener riesgo o peligro de sufrir daño, ya que de no existir este último, no habría necesidad de proteger el bien jurídico.

Ramiro Ávila Santamaría, inherente al principio de proporcionalidad señala que el daño que se produce por la imposición de una pena no puede ser mayor al daño producido por la infracción.”<sup>91</sup>El ejemplo de que si alguien se pasa un semáforo en rojo no puede ser

---

<sup>89</sup>Ivonne Yenissey Rojas, La proporcionalidad en las penas, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42462.pdf>.

<sup>90</sup> Carlos Bernal Pulido, El principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24748.pdf>

<sup>91</sup> Ramiro Ávila Santamaría, “El principio de Legalidad vs. El principio de proporcionalidad”, en el Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional, Editor, Miguel Carbonell, Quito, Ecuador, 2008. 307.

privado de la libertad es acertado, por cuanto la infracción cometida no constituye daño a la integridad física de alguien ni atenta con derechos fundamentales del ser humano, en tal caso la no afiliación a la seguridad social deberá guardar proporcionalidad con la tipificación penal, que abordaremos en su estudio más adelante.

El principio de proporcionalidad sirve de base para establecer una reflexión en cuanto a la regla del castigo; Hernán Fuentes Cubillos,<sup>92</sup> señala que este principio se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal desde un momento en que entra el interés de la sociedad al llegar a establecerse una medida de carácter penal; el interés del individuo debe comportar una eficacia en cuanto a las garantías, ya que si el carácter penal no es necesaria y suficiente en cuanto a la pena establecida no sería proporcional la pena.

Al efecto hemos considerado viable expresar estas palabras que según Roxin lo ha escrito: “a través de la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán (BVerfG) sobre el principio de proporcionalidad, se ha elevado la eficacia de la jurisprudencia constitucional en el caso concreto a un altura jamás alcanzada (a pesar de la merma de seguridad jurídica), han sido reducidas las habilitaciones generales concedidas al Estado para la práctica de injerencias en la medida no deseable según las circunstancias particulares del caso concreto, y el legislador ha debido doblegarse a ello.”<sup>93</sup> La posición de Robert Alexi, nos señala que los derechos fundamentales tienen su relación con el principio de proporcionalidad en base a que si el legislador así lo haya decidido”,<sup>94</sup> hace notar que depende en si del derecho positivo, teniendo en cuenta la tesis de necesidad en la práctica diríamos que se trata de un asunto concerniente a la naturaleza de los derechos fundamentales.

Diego Freedman en su ensayo Comentario a Derecho Penal, Parte General de Eugenio Raúl Zaffaroni, nos señala el análisis que Zaffaroni realiza, al mencionar que el poder punitivo debe tener proporcionalidad con la culpabilidad punitiva,<sup>95</sup> es decir que la

---

<sup>92</sup> Hernán Fuentes Cubillos, Principio de proporcionalidad en Derecho Penal, algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf>

<sup>93</sup> Ivonne Yenissey Rojas, La proporcionalidad en las penas, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42462.pdf>.

<sup>94</sup> Robert Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” en Revista Española de Derecho Constitucional, número 91, Enero/Abril 2011, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1270&IDA=35741>

<sup>95</sup> Diego Freedman, Comentario a derecho penal, parte general de Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/leyen/cont/79/cmt/cmt24.pdf>

culpabilidad es un proceso dialectico y valorativo en donde esquematiza la situación concreta de vulnerabilidad.

Nuestro estudio conlleva a analizarla importancia del significado del principio de proporcionalidad, que trata de que la norma legal sea regularizada mediante un test que no implica cambios de aplicación desde el punto de vista del legislador, más bien comporta la medida y las condiciones para que la norma legal sea sustentada eficazmente en su aplicabilidad.

Nos hemos remitido a realizar el estudio de diversos puntos de vista del principio de proporcionalidad y sale a nuestro concepto que este principio nos ayuda a examinarlas directrices axiológicas en base a las problemáticas existentes en el ordenamiento jurídico de nuestro país, que consiste en la exigencia de que el delito y la pena que se imponga relacione la proporcionalidad a fin de que se pueda sustentar su aplicabilidad.

Nuestro estudio, se enmarca a que el principio de proporcionalidad conlleve su alcance al nivel de aplicación por parte de los legisladores, es tal circunstancia es preciso preguntarnos ¿si el artículo 244 de la Constitución de la República del Ecuador, estará relacionado o sujeta a un análisis de proporcionalidad en cuanto a su sanción impuesta en la norma penal ecuatoriana?, No podemos afirmar si en nuestro ordenamiento jurídico existe falencia en cuanto a su tipificación, sin embargo la sanción de la norma penal, es el motivo que nos ha conllevado a realizar el análisis desde el Código Orgánico Integral Penal específicamente en su artículo 244.

#### **2.4. El principio de Proporcionalidad, un análisis a la tipificación del artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal**

Dentro del análisis del principio de necesidad, debemos recordar que los principales defensores de la privación de libertad por la no afiliación al seguro social, la encuentran muy necesaria, por considerar que influirá positivamente en los empleadores para que tomen conciencia de la necesidad de afiliar a sus empleados, el uso de la justicia penal como un medio de concienciación no es aceptable en base al principio de necesidad, de lo anotado por Jorge Zabala Baquerizo, en su libro el Debido Proceso Penal, recojo el siguiente criterio:

No procede una criminalización que, en el fondo, no signifique más que la imposición de ciertas maneras de pensar o de actuar, afectando los derechos humanos. La ley penal no debe ser el vehículo apropiado para orientar el pensamiento humano de una u otra manera;

o para obligar a los hombres a creer en determinados principios de carácter moral, o filosófico, o religioso, o político. Esta clase de ley penal es ofensiva a la dignidad y personalidad humana.<sup>96</sup>

Ahora bien, es necesario recordar que pese a la medida rigurosa del legislador, hay dos derechos sobre los que se edificó la norma, el derecho al trabajo y la seguridad social. El trabajo es considerado por la Constitución como un derecho, un deber social y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. Pero que además es conexo al derecho a la seguridad social, el cual es irrenunciable y es un deber y responsabilidad primordial del Estado.<sup>97</sup>

Al respecto Trujillo menciona, que el derecho al trabajo no solo cumple con una función social dentro de un Estado constitucional sino que además es producto de las luchas históricas del movimiento obrero y de los trabajadores agrarios, que no solo exigían condiciones dignas de trabajo, sino que además sus demandas consideraban salarios dignos, jornadas de trabajo justas, jubilaciones y prestaciones como el fondo de reserva.<sup>98</sup> Estas aristas de sus demandas se constituyeron en los derechos conexos al trabajo, en este acápite nos fijamos en dos, la jubilación y los fondos de reserva, que en resumidas cuentas son los derechos que se pretendieron salvaguardar al tipificar la no afiliación a la seguridad social del trabajador.

Entonces las normas adoptadas dentro del Código Orgánico Integral Penal respecto de la no afiliación al seguro social, si se tomaron con el ánimo de concienciar a los empleadores respecto de la importancia de este derecho social, están siendo usadas con un fin ideológico, que es ajeno a lo que persigue el derecho penal. Desde mi punto de vista, la sanción analizada, debió contener un análisis del principio de necesidad.

El principio de necesidad lo entendemos como un subprincipio, del principio de proporcionalidad, al respecto nos preguntamos: ¿si el principio de necesidad restringe un derecho fundamental y si este satisface la medida legislativa? En cuanto a que si restringe o no un derecho fundamental señalamos que esta medida podría restringir cuando una medida no sea estrictamente necesaria, por cuanto podría existir alternativas que sean menos perjudiciales. Por otro lado la satisfacción de la medida legislativa, no existirían opciones con tal de satisfacer el bien perseguido.

---

<sup>96</sup> Jorge Zabala Baquerizo, “El Debido Proceso Penal”, 117.

<sup>97</sup> Véase Constitución, Arts. 33-34.

<sup>98</sup> Julio César Trujillo, *Derecho del Trabajo*, Tomo I (Quito: Centro de publicaciones PUCE), 3-11, 647-561.

Creemos que para empezar a establecer si una medida determinada es o no restrictiva de derechos fundamentales, inclusive considerando la opción de si es necesaria se requiere de un examen, en donde la eficiencia de sus alternativas estén en relación con la ciencia y la técnica de aplicabilidad, lo dicho puede resultar infinito, pues la proposición de opciones debe ser amplia en un catálogo según las circunstancias.

Rubén Sánchez Gil, nos deja claro que el examen de la necesidad es una medida legislativa interventora de un derecho fundamental es decir que es medular para la licitud a la luz del principio de proporcionalidad.”<sup>99</sup>El avance punitivo de los Estados muchas veces tiende a considerar al infractor como un enemigo, lo cual se ve reflejado en algunos factores, entre ellos, el avance de las barreras de punición, es decir que se pretende penalizar incluso los pasos más tempranos del iter crimen, o cuando la penalización responde a asuntos políticos o ideológicos más que a la efectiva protección de los bienes jurídicos vulnerados. El derecho del enemigo se refleja en la desproporcionalidad entre el daño al bien jurídico protegido y la penalización, la misma que muchas veces se dicta como una medida de contención, más que de una manera en concreto. Al ser el infractor considerado un enemigo, esta condición le vale el detrimento de sus garantías procesales, lo cual en nuestro ordenamiento jurídico, resultaría inaceptable, pues las mismas han sido impuestas por la ley suprema.

Conforme señala Paulina Araujo, el control penal implica un nivel de gravedad, porque la potestad sancionadora no debe ser usada frente a todas las situaciones de la vida cotidiana, sino sólo cuando las conductas con alto grado de lesividad han vulnerado bienes jurídicos, ya que el sometimiento constante de los ciudadanos a amenazas de sanción impide su desarrollo integral y el ejercicio de sus derechos humanos.<sup>100</sup>

La Constitución prevé disposiciones que garantizan la libertad de los ciudadanos mediante los mecanismos y garantías de protección, tales como garantías normativas y garantías jurisdiccionales, cuestión que da a conocer que nuestros derechos deben ser respetados y solo limitados mediante una justificación legal.

Es menester también hacer hincapié de la normativa interna que estaría garantizando el pleno derecho a la seguridad social, como en nuestro caso es el Código Orgánico Integral

---

<sup>99</sup>Rubén Sánchez Gil, Los subprincipios de la proporcionalidad, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/8.pdf>

<sup>100</sup> Paulina Araujo, “Reflexiones acerca de la peligrosa expansión del poder punitivo: derecho penal de riesgo”. *Revista Ruptura*(2007), <<http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/95-derecho-penal-del-enemigo>> consultado el 27 de mayo del 2017

Penal, sin embargo, de lo anotado creemos conveniente en esta parte de la presente investigación ¿si es o no constitucionalmente justo que se penalice la no afiliación a la seguridad social? Quizá no tenemos la respuesta pero si debemos dejar despierta la preocupación por esta situación que actualmente genera inquietud a la ciudadanía.

Asimismo, la doctrina ha manifestado la preocupación por la limitación de las libertades constitucionales que hoy en día se vulneran mediante normas restrictivas de derechos, pues se evidencia que las vulneraciones al derecho de la libertad personal por la no afiliación a la seguridad social solo en Bolivia y Ecuador se encuentra penalizado tal hecho, que causa obviamente el legislador, pudo haber analizado con más énfasis el establecer la tipificación penal de la no afiliación a la seguridad social.

Partimos fundamentalmente anotando que nuestra Constitución de la República en su artículo 76 numeral 6 señala que “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”<sup>101</sup> por lo tanto, en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe ser debidamente justificada por la realización del fin perseguido y del mismo modo por la intervención legislativa, esto nos señala que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que implica para sus titulares y la sociedad en general; la comparación entre la importancia de la intervención y la importancia de la realización del fin legislativo es determinar si el derecho fundamental adquiere prioridad.

El fin que persigue el legislador en el Código Orgánico Integral Penal, posee dimensiones como la sustantiva que hace referencia a la tipificación y la adjetiva que se relaciona con lo procesal, la finalidad de una norma legal, es que su tipificación tenga su importancia y cumpla con el fin legal de asegurar su cumplimiento en el procedimiento penal. El debido proceso como derecho constitucional, es deber del legislador el garantizarlo, más el justificar una norma legal debe ser en cuanto esta cumpla con un fin de prevención.

No cabe duda que todos los actos del Estado como los jurídicos se realizan por la acción humana y ésta siempre tiene una finalidad determinada y concreta,<sup>102</sup> es decir que el

---

<sup>101</sup>Constitución de la República del Ecuador [2008]. Art. 76.6 Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>102</sup>Rubén Sánchez Gil, Los subprincipios de la proporcionalidad, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/8.pdf>

legislador debe lograr un fin constitucionalmente legítimo, las normas que se debaten para luego ser insertas como texto legal de sanción penal no puede ser ajena a la Constitución como norma suprema, sino que debe ser permitida constitucionalmente y cumplir con un fin constitucional.

La penalización como contravención de la no afiliación a la seguridad social, nace desde un mandato ciudadano, que tuvo como objetivo la decisión del pueblo ecuatoriano en el año 2011, es así que cuando el pueblo se pronuncia a favor de la consulta popular en cuanto a la penalización de la no afiliación a la seguridad social, la Asamblea Nacional procede a debatir y es en esas circunstancias cuando la tipificación del Art. 244 del texto final del Código Orgánico Integral Penal, se pone en discusión el análisis que el Asambleísta realizó en cuanto al principio de proporcionalidad de la pena.

Como fin fundamental nos preguntamos, ¿Cuál es medio que analizó el legislador? Aquí debemos determinar si el legislador tuvo dos posiciones, la una analizar en base a una tesis argumentativa de principios jurídicos y la segunda tener únicamente en cuenta el pronunciamiento del pueblo en las urnas.

En nuestro estudio podemos decir, si el legislador alcanzó a realizar un análisis en base a principios jurídicos, lo más probable es que el argumento que el legislador haya considerado podría ser el constitucional sin considerar condición política tratándose de un aspecto de sanción penal que tarde o temprano pueda tener su aplicabilidad legal.

Como pregunta sustancial nos hemos planteado ¿es el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal contrario al principio de proporcionalidad establecido en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República? Considero importante que antes de proceder a realizar el análisis respectivo, concretar algunas precisiones del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es un criterio metodológico con el fin de establecer si la intervención de un derecho fundamental es o no contraria a la Constitución.<sup>103</sup> Al respecto Gloria Lopera Mesa, ha señalado que el principio de Proporcionalidad posee una serie de subprincipios, como por ejemplo el de idoneidad de la norma de la norma de conducta y el de idoneidad de la norma de sanción, en donde la primera está orientada a identificar si la norma jurídica constituye un mecanismo adecuado y pertinente al logro del

---

<sup>103</sup>Carlos Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24748.pdf>

fin que se persigue y la segunda verifica que la sanción penal pueda representar un medio para prevenir una realización de la conducta prohibida”<sup>104</sup>En igual forma conocemos también, que el legislador para que pueda establecer una contravención de tipo penal en el Código Orgánico Integral Penal, debió realizar un análisis al principio de necesidad, sin embargo podemos decir que el mismo no estaría para generar principios sino reglas, si tomamos en cuenta la penalización de la no afiliación a la seguridad social, notamos que ésta posee una sanción administrativa en la Ley de Seguridad Social, lo que tornaría innecesaria la sanción penal del artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal establecida actualmente.

Sin embargo la penalización de la no afiliación a la seguridad social, ya está establecida en nuestra legislación, más resulta establecer que la penalización no mantiene un fin de necesidad sino que la conducta estaría alejada a la idoneidad de la sanción, El legislador dentro de su análisis al establecer un proyecto legal, dentro de sus facultades estaría la de incurrir a un análisis técnico-jurídico, que permita que la norma a establecer este acorde a la Constitución.

Por lo tanto, la proporcionalidad del artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto a la realidad social y al contexto legal de nuestro país, vemos que guarda cierta inconsistencia en su aplicación, en razón que se hubiera preferido actuar en base al principio de mínima intervención, aduciendo que la norma penal puede ser menos ruda y más humana.

Por otro lado, la norma legal en mención, hace relación entre el fin que persigue la norma y la sanción, ¿por qué determinamos esto? Por qué en base a la doctrina analizada se puede establecer que no solo los procesos dolosos puedan tener una tipificación en el Código Orgánico Integral Penal, sino que también los que correspondan a tener culpa, si bien existe la Ley de Seguridad Social y la sanción en el ámbito administrativo, el legislador se ha sujetado a definir los lineamientos esenciales de la proporcionalidad establecidos en nuestra Constitución.

El principio de proporcionalidad constituye un principio constitucional, y engloba una de las garantías que debe tener el contraventor, en tanto que no puede ser ajeno a la sanción establecida en la ley, por lo tanto nuestra carta suprema, establece el principio de proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales.

---

<sup>104</sup> Gloria Lopera Mesa, Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional de las leyes penales, en Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional Coord. Miguel Carbonell, Bogotá, 2007, Pág. 212.

La finalidad de la tipificación de la no afiliación a la seguridad social en el Código Orgánico Integral Penal, parece que no haya dado resultados positivos, vemos claramente que hasta la actualidad este articulado no ha podido ser aplicado en ningún caso por la no afiliación al seguro social, entonces podríamos decir que queda en observancia que el principio de necesidad no estaría cumpliendo positivamente su propósito para la que fue creada como norma penal.

El artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, establece en su texto que la o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado.<sup>105</sup> Creemos importante que la norma legal desde su ámbito de aplicación carece de eficacia en cuanto a su cumplimiento, siendo así, que hasta la aplicabilidad o el procedimiento no tiene claridad de cómo se actuará al respecto.

La Constitución del Ecuador nos determina que la seguridad social es un derecho social cuya aplicación es obligatoria para los empleadores de afiliar a sus trabajadores, el incumplimiento de esta obligación es palpable y a la vista en la realidad que vivimos. Lo que se busca al criminalizar esta conducta es proteger el bien jurídico denominado seguridad social pero el fin esta solo plasmado como norma penal.

Sin embargo después de analizar la norma legal penal desde el ámbito penal y de lo que establece la Constitución de la República, se demuestra que el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, comporta lesión al bien jurídico protegido por la Constitución, la existencia de trasgresión al derecho humano o constitucional no ha existido, es decir la proporcionalidad en la norma penal mencionada no guarda su relación constitucional.

Es importante tener claro que el principio de legalidad ya se encuentra establecido en la Constitución, el legislador en base al pronunciamiento del pueblo en las urnas ha determinado la tipicidad de la no afiliación a la seguridad social en el Código Orgánico Integral Penal, teniendo en cuenta este principio, puesto que en base al principio de legalidad se ha fundamentado el castigo ya que este castigo únicamente puede establecido en la ley.

No cabe duda que la tipicidad de una sanción en el ámbito penal, trae consigo un establecimiento de penas que sirven para garantizar una readaptación, rehabilitación, pero

---

<sup>105</sup> COIP Art. 244

en el ámbito que nos concierne permitiría que las condiciones laborales de un trabajador mejoren en cuanto al cumplimiento de la no afiliación al seguro social en los tiempos establecidos por la ley.

Creemos que existen valores que en la actualidad se encuentran enmarcados en nuestra Constitución, el principio de proporcionalidad del artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, evidentemente permitirá que en el momento que se dé su aplicación, ésta debe estar fundamentada en base a una hermenéutica que en base al caso específico de la no afiliación a la seguridad social pueda ser manejada en cuanto a una justificación razonable, constitucional y legal.

Hemos notado que en la existencia de la norma penal, el principio de proporcionalidad cumple con el principio de necesidad, de idoneidad, y sobre todo con el de proporcionalidad en sentido estricto, consideramos que estos esenciales principios son la regla de aplicación para precisar y concluir que el test de proporcionalidad tenga un fin positivamente deseado.

El test de proporcionalidad tiene una finalidad, que las autoridades públicas competentes desde su ámbito de intervención, deben realizar cuidadosamente una tipificación de las conductas ilícitas y una medición razonable de las consecuencias, a través de una sucesión adecuada de las reacciones punitivas frente a los bienes jurídicos afectados y las lesiones causadas.”<sup>106</sup>

En el mismo sentido se trae a colación un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso específico de Usón Ramírez vs. Venezuela en la que ha señalado: “(...) la racionalidad y proporcionalidad deben conducir la conducta del Estado en el desempeño de su poder punitivo, evitando así tanto la lenidad característica de la impunidad como el exceso y abuso en la determinación de las penas.”<sup>107</sup>

Hemos visto que el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 244 señala que el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de los 30 días contados a partir de su primer día de labores será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días.

Del contenido de la disposición antes señalada vemos que si determina una sanción frente al incumplimiento de la norma penal, por lo que cabe señalar que la imposición penal

---

<sup>106</sup> Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N°. 025-16-SIN –CC, Quito, D. M., 6 de abril de 2016. Pág. 9

<sup>107</sup> CIDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia del 20 de noviembre de 2009, Serie C N°. 207, P. 87.

tiene una finalidad sustancial y es evitar que las personas cometan la infracción penal. Es decir orienta a que la conducta de los empleadores dé un cambio significativo y se evite un incumplimiento legal.

De lo anotado podemos señalar que la medida penal dentro del parámetro de necesidad, nos da a entender que debe existir una medida alternativa en este caso sancionatoria menos rigurosa y restrictiva de derechos que sea idónea para que alcance el fin constitucionalmente protegido, es decir que para lograr un objetivo constitucional debe regirse por una que sea menos grave para el derecho de las personas.

El parámetro de idoneidad en cambio ha señalado que la normativa cumplirá con ser eficaz para el cumplimiento de un fin constitucional por el cual esta norma fue establecida.

Podemos darnos cuenta que tanto en el ámbito penal y administrativo determinan sanciones a la existencia o frente a un incumplimiento de la ley, por lo tanto creemos necesario señalar que la posibilidad de aplicación de sanciones forma parte del ius puniendi o potestad sancionatoria del Estado para efectos del adecuado funcionamiento del aparato estatal, por lo que de este modo la medida resulta ser idónea para alcanzar el fin propuesto que corresponde a la regulación y garantía de las normas.<sup>108</sup>

Cabe mencionar que el Reglamento de Responsabilidad Patronal establece que “Cuando se determine responsabilidad patronal sobre las prestaciones del seguro de salud, otorgadas a un afiliado que tenga aportes de dos o más empleadores que se encuentren en mora, la sanción causada se aplicará proporcionalmente a cada empleador, en relación directa con las remuneraciones sobre las cuales se realizaron las aportaciones; sin que en ningún caso sea el proporcional de responsabilidad patronal generado por cada empleador menor al 25% de un Salario Básico Unificado.”<sup>109</sup>

La sanción administrativa ya está establecida en una norma sancionatoria en estas circunstancias estaría contraria a la norma penal, ya que al establecerse la sanción administrativa la norma penal sancionatoria no sería indispensable.

Una vez revisado la medida de idoneidad y de necesidad resulta oportuna estudiar la proporcionalidad en sentido estricto, por lo que se considera preciso concretar el debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

---

<sup>108</sup> Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N°. 025-16-SIN –CC, Quito, D. M, 6 de abril de 2016.

<sup>109</sup> Ecuador, Reglamento General de Responsabilidad Patronal, Registro Oficial 801, 20 de julio de 2016

La Corte Constitucional ya nos ha señalado en una de sus sentencias que es evidente que la medida legislativa que traiga consigo la imposición de sanciones implica una limitación de derechos al infractor”<sup>110</sup>

En este sentido analizaremos si la sanción penal establece una sanción desproporcionada, es decir si limita de forma injustificada los derechos de las personas deteriorando el principio que estipula el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República.

Si bien ya hemos visto la importancia de que existe sanción administrativa por la no afiliación a la seguridad social diríamos que podría existir un menoscabo de los derechos hacía los destinatarios del derecho. Las infracciones administrativas persiguen una finalidad constitucional, sin embargo la sanción a la no a filiación a la seguridad social devino de una consulta popular que puede afectar en si a otros bienes jurídicos protegidos en forma desproporcionada, las consultas que se realizan al pueblo si bien pueden estar legalmente establecidas en bien de la democracia, no pueden dejar de tener su análisis cuando se trate de normas legales, sanciones y penas que puedan afectar a la persona, por lo tanto la sanción administrativa impuesta al empleador está enmarcada a la realidad económica social del país, pues la privación de la libertad puede provocar una lesión sustancial que puede acarrear daño psicológico en las personas que inclusive si solicita al pueblo cualquier pregunta que atente con la libertad de la persona sería grave desde su posición de privar con el bien máspreciado del sr humano que es la libertad.

Con las consideraciones que hemos analizado y en base al análisis que en esta investigación se ha realizado dentro del marco del test de proporcionalidad podemos decir que la sanción que impone sanción en el ámbito penal estaría vulnerando el principio de proporcionalidad y que la misma estaría contenida en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República.

---

<sup>110</sup> Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N°. 0003-14-SIN-CC, Quito, D.M, 17 de septiembre de 2014.

## Conclusiones

Desde las consideraciones expuestas se ha podido establecer lo que la Constitución de la República, ha determinado respecto a las obligaciones de los empleadores hacia los trabajadores, en el Ecuador como principio constitucional son derechos innatos de los ciudadanos, por lo tanto la evolución que este derecho se ha mantenido en los contenidos de las constituciones que han antecedido a la Constitución de Montecristi, lo que ha permitido es una organización impidiendo el abuso por parte de los empleadores en el ámbito de sus empresas o negocios, inclusive el ámbito de sanción administrativa es contemplada en la normativa constitucional siendo obligatorio la observancia de sus disposiciones.

Sustancialmente las Constituciones que han precedido hasta el momento han marcado una reconocida protección social, por lo que desde su ámbito de amparo ha sido el ciudadano el que se ha visto inmerso en un espacio de derechos y obligaciones que sin duda han mantenido como objetivo el reconocimiento de retribuciones subjetivas importantes que se han mantenido perennes hasta nuestros tiempos.

En nuestro estudio hemos podido determinar principalmente la importancia del estudio del principio de proporcionalidad en la tipicidad de las normas legales, para lo cual establecemos las siguientes conclusiones:

**1.** Hemos considerado importante los principios básicos que en nuestra Constitución de la República se encuentran perpetrados, los mismos consisten en una serie de derechos en cuanto a la Seguridad Social y que contribuyen a mejorar la condición de vida de los ecuatorianos sujetos a recibir este derecho.

Los principios básicos son el de universalidad subjetiva y objetiva; de solidaridad; el de integralidad; subsidiaridad y el de inmediatez. Pues evidentemente todos estos principios juntos enmarcan una complementariedad donde lo primordial es el ser humano, quien a través de los derechos que han sido reconocidos desde las primeras constituciones, y que evidentemente este derecho tiene sus raíces desde que el ser humano tiene necesidades de salud y cuidado.

Evidentemente nos hemos puesto a comprender la necesidad importante y sustancial en el proceso de los cambios que se han venido suscitando a lo largo de nuestra historia que no es otra cosa que comprender la evolución de los derechos sociales en sus diversas formas de

interpretación y de aplicación, es un derecho que no puede estar incólume en lo intrascendente sino que el desarrollo constante ha permitido que el hombre cuente con un derecho perennizado que el Estado debe brindar por mandato constitucional.

**2.** Hemos podido determinar la necesidad imperiosa de la aplicación de los principios legales tales como el principio de necesidad, idoneidad, es decir que estos dos principios, son fundamentales para que en la aplicación de las normas legales, mediante el análisis por parte del legislador puedan ser considerados eficazmente y no sean contrarias a la Constitución.

**3.** El estudio conceptual de los principios de proporcionalidad ha sido eficaz, y nos ha permitido establecer que la Constitución de la República, establece la proporcionalidad como un derecho y que como garantía básica de la misma ampara que todas las normas que se creen deben establecer la proporcionalidad entre la sanción y la pena.

**4.** Consideramos pertinente señalar que si bien la no afiliación a la seguridad social puede ser una infracción penal, hemos podido determinar que existe la sanción administrativa, si bien el incumplimiento producido por el empleador al no afiliarse al seguro social obligatorio a su trabajador, la sanción administrativa puede ser idónea para efectivizar su cumplimiento.

**5.** La sanción penal no puede ser tomada o considerada como un asunto sin repercusiones sociales, si bien existió un mandato ciudadano a favor de la penalización de la afiliación a la seguridad social, esta debe ser canalizada jurídicamente en base a principios legales, que ayuden a establecer la proporcionalidad de la tipicidad de una norma penal, sin que a lo posterior incurra en posiciones antijurídicas por carencia de aplicabilidad de principios como de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

**6.** Hemos visto que desde el punto de la medida de necesidad, debe existir una medida alternativa que pueda sancionar en forma menos rigurosa o agresiva que no sea restrictiva de derechos, en el caso que nos ocupa comprobamos que no ha existido la necesidad de la tipicidad como infracción de la no afiliación a la seguridad social.

**7.** Concluimos que no existe necesidad de establecer una sanción penal si tenemos en cuenta el principio de mínima intervención, hay que tener en cuenta que no estamos en un mecanismo administrativo de exigibilidad obsoleto sino que la medida o la sanción administrativa contemplada en la Ley de Seguridad Social y su Reglamento General, es un tanto permisiva al no imponer sanciones que se ajusten a las condiciones actuales donde sea el Instituto de Seguridad Social que comande y demuestre el medio efectivo para que se cumpla la normativa administrativa en forma eficaz, y que el medio penalizador de la no

afiliación al trabajador no es acorde a un tipo de carácter penal, por cuanto existe el medio y el procedimiento de respeto y cumplimiento de la ley: y, no es la sanción penal el medio adecuado para exigir una obligación que es de carácter netamente laboral, que dista sobre la configuración de un delito y mucho menos que la no afiliación a la Seguridad Social de un trabajador traiga consigo prisión o privación de la libertad puesto que de un análisis determinado, la penalización a la no afiliación a la Seguridad Social, no sería necesario ya que no estaríamos frente a un contravención y mucho menos estamos ante un vacío legal de exigibilidad administrativa, por cuanto existe el medio idóneo legal administrativo para su procedimiento sancionatorio.

## Bibliografía

- Barreto de Oliveira Francisco E. *Sistemas de seguridad social en la región: problemas y alternativas de solución*. Rio de Janeiro, BR: Banco Interamericano de Desarrollo, 1994.
- "*Enciclopedia Jurídica Gran Omeba*". Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1967.
- "*Estatuto de la Superintendencia de entidades prestadoras de Salud*", Perú. [ftp://ftp.minsa.gob.pe/intranet/leyes/DS-006-97-SA\\_ESPES.pdf](ftp://ftp.minsa.gob.pe/intranet/leyes/DS-006-97-SA_ESPES.pdf) (último acceso: 08 de 04 de 2016).
- "*Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud*", Perú. <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26790.pdf> (último acceso: 08 de 04 de 2016).
- "*Ley Organica del Sistema de Seguridad Social*", Venezuela. [http://www.inpsasel.gob.ve/moo\\_doc/ley\\_org\\_sis\\_seg\\_soc.pdf](http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/ley_org_sis_seg_soc.pdf) (último acceso: 09 de 04 de 2016).
- «"Principales modelos de seguridad social y protección social".» [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). (último acceso: 20 de 03 de 2018).
- "*Reglameto del Código de Seguridad Social*", Bolivia. <http://www.lexivox.org/norms/BO-RE-DS5315.xhtml> (último acceso: 09 de 04 de 2016).
- «"Responder a la Crisis: Construir una protección social básica".» *La Revista de la OIT, Responder a la crisis; construir una protección social básica*, 2009: 67. [http://www.snaa.gov.py/archivos/documentos/DERECHOS%20HUMANOS\\_lj9of2yt.pdf](http://www.snaa.gov.py/archivos/documentos/DERECHOS%20HUMANOS_lj9of2yt.pdf) (último acceso: 10 de marzo de 2017).
- Achá, Daniel. «"El principio de subsidiaridad".» <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4012/1/SM123-Ach%C3%A1-El%20principio.pdf> (último acceso: 21 de 03 de 2018).
- Alexy, Robert. «"Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad".» *Revista española de derecho constitucional*, 2011: 91.
- Araujo, Paulina. «"Reflexiones acerca de la peligrosa expansión del poder punitivo: derecho penal de riesgo".» 2007. <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/95-derecho-penal-del-enemigo> (último acceso: 27 de mayo de 2017).
- Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, Art. 52.*

- Ávila Santamaria, Ramiro. *"El Neoconstitucionalismo transformador, el estado y el Derecho en la Constitución 2008"*. Quito: Aby-Yala, 2011.
- Ávila Santamria, Ramiro. "El principio de Legalidad vs. El principio de proporcionalidad", en *el Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito: Miguel Carbonell, 2008.
- Barreto de Oliveira, Francisco. *"Sistemas de seguridad social en la región: problemas y alternativas de solución"*. Rio de Janeiro, 1994.
- Bernal Pulido, Carlos. «"El principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales".» s.f. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24748.pdf> (último acceso: 30 de 03 de 2018).
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *"Diccionario Jurídico Elemental"*. Buenos Aires: Healiasta, 2008.
- Cabrera Leonardini, Daniel. *"El estado Constitucional de derecho"*. <https://fderecho.wordpress.com/2009/10/23/el-estdo-constitucional-de-derecho-y-la-vigencia-de-los-valores-en-el-ordenamiento-juridico/> (último acceso: 20 de 03 de 2018).
- Chiriboga Sambrano, Galo A. *"La reforma de la seguridad social en Ecuador: una propuesta indecente"*. Venezuela: Nueva Sociedad, 1997.
- CIDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia C N°. 207, P. 87. (20 de noviembre de 2009).
- Constitución de la República del Ecuador, [2008].
- Constitución Política* . 1967. [http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONSTITU-CONSTITUCION\\_POLITICA\\_DEL\\_ANO\\_1967](http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONSTITU-CONSTITUCION_POLITICA_DEL_ANO_1967) (último acceso: 02 de 04 de 2016).
- Cordero Heredia, David. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito, 2010.
- Cortaza Vinuesa, Carlos. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Una evolución necesaria para el derecho punitivo"*.
- Corte Constitucional*. Sentencia N°. 025-16-SIN –CC (06 de Abril de 2016).
- Courtis, Christian. «"Los Derechos sociales como derechos".» 198. Buenos Aires-Argentina, 2003.

«Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, COIP, Registro Oficial, Suplemento, N°180, 10 de febrero de 2014.»

*Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia N°. 0003-14-SIN-CC (17 de septiembre de 2014).*

«Ecuador, Ley de Seguridad Social. Registro Oficial, Suplemento, N°465, Quito, 30 de noviembre 2001.» s.f.

«Ecuador, Código de Trabajo. Registro Oficial, Suplemento, N° 167, 16 de diciembre del 2005, última modificación 22 de mayo de 2016.» s.f.

«Ecuador. "Reglamento General de Responsabilidad Patronal", Quito 2010.» s.f.

«Ecuador. Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial, Suplemento, N°180, 10 de febrero del 2014, última modificación 14 de marzo de 2016.» s.f.

«Ecuador. Ley de Seguridad Social. Registro Oficial, Suplemento, N° 465, Quito, 30 de noviembre 2001, última modificación 28 de marzo 2016.» s.f.

Ensignia, Jaime, y Rolando Díaz. *"La seguridad social en América Latina: Respuestas Sindicales"*. Venezuela: Nueva Sociedad, 1997.

Ecuador. *Resultados del Referendum y Consulta Popular 2011, Registro Oficial, Suplemento, N°490, 13 de julio 2011.*

Freedman, Diego. «Comentario al derecho penal.» <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/leyen/cont/79/cmt/cmt24.pdf> (último acceso: 07 de 04 de 2018).

Fuentes Cubillo, Hernán. «"Principio de Proporcionalidad en derecho Penal"» <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf> (último acceso: 30 de 03 de 2018).

Gunther, Jakobs. *"Sobre la teoría de la pena"*. Bogotá, 1998.

Ibarra del Pozo, José Ricardo. *"Sistema de seguridad social ecuatoriano e incidencia del aumento de la expectativa de vida"*. <http://192.188.53.14/bitstream/23000/4459/1/112687.pdf> (último acceso: 24 de 03 de 2018).

*Ley de Seguridad Social. 2001.* [http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=LABORAL-LEY\\_DE\\_SEGURIDAD\\_SOCIAL](http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=LABORAL-LEY_DE_SEGURIDAD_SOCIAL) (último acceso: 03 de 04 de 2016).

- Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*", Venezuela. s.f. [http://www.inpsasel.gob.ve/moo\\_doc/lopcymat.pdf](http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/lopcymat.pdf) (último acceso: 09 de 04 de 2016).
- Lopera Mesa, Gloria. *"Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional de las leyes penales"*. Bogotá, 2007.
- Mancero Samán, Alfredo. *"Seguridad social y vejez: la privatización de los fondos de pensiones"*. Quito: Cordes, 1994.
- Mantilla, Cecilia, y Enrique Abad. *"Historia del Seguro Social ecuatoriano, la evolución institucional"*. Quito: voluntad, 1984.
- Márquez Sánchez, Fidel. *"Seguridad Social: definiciones, conceptos y tendencias"*. Guayaquín, 2004.
- Navarro Fallas, Román. «"Los principios jurídicos: estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense".» *Revista jurídica IVSTITIA*, 1998: 4-19.
- Nugent, Ricardo. «"La seguridad social: su historia y sus fuentes".» <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/139/36.pdf> (último acceso: 23 de Abril de 2016).
- Núñez, Jorge. *"Los orígenes del seguro social ecuatoriano: la caja de pensiones"*. Quito: Voluntad, 1984.
- Olascoaga Pritsch, Jimena. *"El principio de libertad de expresión e información en un caso concreto"*. <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Olascoaga-Pritsch-El-principio-de-libertad-de-expresion-e-informacion-en-un-caso-concreto.pdf> (último acceso: 24 de 03 de 2018).
- Ossorio, Manuel. «"Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales".» México, 1987.
- Pásara, Luis. *"Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada"*. Lima, s.f.
- Porras Velasco, Angélica. *"La seguridad social en el Ecuador: un necesario cambio de paradigmas"*. s.f. Principales Modelos de Seguridad Social y Protección Social (último acceso: 20 de 03 de 2018).
- Ramos, María Angeles, y Sebastián Zanazzi. «"Los delitos de peligro y el principio de lesividad".» <http://catedradelUCA.com.ar/wp-content/uploads/2015/01/ramos-maria-angeles-y-zanazzi-sebastian.-delitos-de-peligro-y-el-principio-de-lesividad.pdf> (último acceso: 25 de 03 de 2018).

- Rojas, Ivonne Yenissey. «"La proporcionalidad en las penas".» s.f.  
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42462.pdf>  
(último acceso: 30 de 03 de 2018).
- Romero , Julia. *"La seguridad social en el Ecuador"*. 2004.
- Sagues, Néstor Pedro. *"Notas sobre el trabajo y la Seguridad Social en la Constitución del Ecuador"*. Quito: Corporación editora nacional, 2005.
- Sánchez Gil, Rubén. «"Los principios de Proporcionalidad".»  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/8.pdf>.
- Sousa Santos, Boaventura. *"Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad"*.  
[http://constitutionnet.org/sites/default/files/boaventura\\_sousa\\_santos.pdf](http://constitutionnet.org/sites/default/files/boaventura_sousa_santos.pdf) (último acceso: 25 de 03 de 2018).
- Trujillo, Julio César. *"Derecho del Trabajo"*. Quito: Centro de publicaciones PUCE,
- Zabala Baquerizo, Jorge. «"El debido Proceso Penal".» Quito: Edino, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *"Manual de Derecho Penal"*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- " *Ley 100 de 1993*", *Colombia*.  
<http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1503/LEY%20100%20DE%20DICIEMBRE%2023%20DE%20%201993.pdf> (último acceso: 09 de 04 de 2016).
- "Enciclopedia Jurídica Gran Omeba"*. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1967.
- "Estatuto de la Superintendencia de entidades prestadoras de Salud"*, *Perú*.  
[ftp://ftp.minsa.gob.pe/intranet/leyes/DS-006-97-SA\\_ESPES.pdf](ftp://ftp.minsa.gob.pe/intranet/leyes/DS-006-97-SA_ESPES.pdf) (último acceso: 08 de 04 de 2016).
- "Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud"*, *Perú*.  
<http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26790.pdf> (último acceso: 08 de 04 de 2016).
- "Ley Organica del Sistema de Seguridad Social"*, *Venezuela*.  
[http://www.inpsasel.gob.ve/moo\\_doc/ley\\_org\\_sis\\_seg\\_soc.pdf](http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/ley_org_sis_seg_soc.pdf) (último acceso: 09 de 04 de 2016).
- «"Principales modelos de seguridad social y protección social".». [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).  
(último acceso: 20 de 03 de 2018).
- "Reglameto del Código de Seguridad Social"*, *Bolivia*. <http://www.lexivox.org/norms/BO-RE-DS5315.xhtml> (último acceso: 09 de 04 de 2016).

«“Responder a la Crisis: Construir una protección social básica”.» *La Revista de la OIT, Responder a la crisis; construir una protección social básica*, 2009: 67.  
[http://www.sna.gov.py/archivos/documentos/DERECHOS%20HUMANOS\\_lj9of2yt.pdf](http://www.sna.gov.py/archivos/documentos/DERECHOS%20HUMANOS_lj9of2yt.pdf)  
(último acceso: 10 de marzo de 2017).

Achá, Daniel. «"El principio de subsidiaridad".»  
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4012/1/SM123-Ach%C3%A1-El%20principio.pdf> (último acceso: 21 de 03 de 2018).

Alexy, Robert. «“Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”.» *Revista española de derecho constitucional*, 2011: 91.

Araujo, Paulina. «"Reflexiones acerca de la peligrosa expansión del poder punitivo: derecho penal de riesgo.» 2007. <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/95-derecho-penal-del-enemigo> (último acceso: 27 de mayo de 2017).

- - - - - "La nueva teoría del delito económico y empresarial en el Ecuador: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Integral Penal. Quito. Corporación de estudios y publicaciones. 2007"

*Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, Art. 52. s.f.*

Ávila Santamaria, Ramiro. *"El Neoconstitucionalismo transformador, el estado y el Derecho en la Constitución 2008"*. Quito: Aby-Yala, 2011.

- - - - - "El principio de Legalidad vs. El principio de proporcionalidad", en *el Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito: Miguel Carbonell, 2008.

Barreto de Oliveira, Francisco. *"Sistemas de seguridad social en la región: problemas y alternativas de solución"*. Rio de Janeiro, 1994.

Bernal Pulido, Carlos. «"El principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales".» s.f. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24748.pdf> (último acceso: 30 de 03 de 2018).

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *"Diccionario Jurídico Elemental"*. Buenos Aires: Healiasta, 2008.

Cabrera Leonardini, Daniel. *"El estado Constitucional de derecho"*. <https://fderecho.wordpress.com/2009/10/23/el-estdo-constitucional-de-derecho-y-la-vigencia-de-los-valores-en-el-ordenamiento-juridico/> (último acceso: 20 de 03 de 2018).

Chiriboga Sambrano, Galo A. *"La reforma de la seguridad social en Ecuador: una propuesta indecente"*. Venezuela: Nueva Sociedad, 1997.

CIDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia C N°. 207, P. 87. (20 de noviembre de 2009).

Constitución de la República del Ecuador, [2008].

*Constitución Política*, 1967.  
[http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONSTITU-CONSTITUCION\\_POLITICA\\_DEL\\_ANO\\_1967](http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONSTITU-CONSTITUCION_POLITICA_DEL_ANO_1967) (último acceso: 02 de 04 de 2016).

Cordero Heredia, David. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito, 2010.

Cortaza Vinuesa, Carlos. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Una evolución necesaria para el derecho punitivo"*.

*Corte Constitucional*. Sentencia N°. 025-16-SIN –CC (06 de Abril de 2016).

Courtis, Christian. «"Los Derechos sociales como derechos".» 198. Buenos Aires-Argentina, 2003.

«Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, COIP, Registro Oficial, Suplemento, N°180, 10 de febrero de 2014.»

*Ecuador, Corte Constitucional*. Sentencia N°. 0003-14-SIN-CC (17 de septiembre de 2014).

«Ecuador, Ley de Seguridad Social. Registro Oficial, Suplemento, N°465, Quito, 30 de noviembre 2001.»

«Ecuador, Código de Trabajo. Registro Oficial, Suplemento, N° 167, 16 de diciembre del 2005, última modificación 22 de mayo de 2016.»

«Ecuador. "Reglamento General de Responsabilidad Patronal", Quito 2010.»

«Ecuador. Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial, Suplemento, N°180, 10 de febrero del 2014, última modificación 14 de marzo de 2016.»

«Ecuador. Ley de Seguridad Social. Registro Oficial, Suplemento, N° 465, Quito, 30 de noviembre 2001, última modificación 28 de marzo 2016.»

Ensignia, Jaime, y Rolando Díaz. *"La seguridad social en América Latina: Respuestas Sindicales"*. Venezuela: Nueva Sociedad, 1997.

Ecuador. *Resultados del Referendum y Consulta Popular 2011, Registro Oficial, Suplemento, N°490, 13 de julio 2011.*

- Freedman, Diego. «Comentario al derecho penal.» s.f.  
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/leyen/cont/79/cmt/cmt24.pdf>  
(último acceso: 07 de 04 de 2018).
- Fuentes Cubillo, Hernán. «"Principio de Proporcionalidad en derecho Penal".» s.f.  
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf> (último acceso: 30 de 03 de 2018).
- Gunther, Jakobs. *"Sobre la teoría de la pena"*. Bogotá, 1998.
- Ibarra del Pozo, José Ricardo. *"Sistema de seguridad social ecuatoriano e incidencia del aumento de la expectativa de vida"*. s.f.  
<http://192.188.53.14/bitstream/23000/4459/1/112687.pdf> (último acceso: 24 de 03 de 2018).
- Ley de Seguridad Social*. 2001.  
[http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=LABORAL-LEY\\_DE\\_SEGURIDAD\\_SOCIAL](http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=LABORAL-LEY_DE_SEGURIDAD_SOCIAL) (último acceso: 03 de 04 de 2016).
- Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*, Venezuela.  
[http://www.inpsasel.gob.ve/moo\\_doc/lopcymat.pdf](http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/lopcymat.pdf) (último acceso: 09 de 04 de 2016).
- Lopera Mesa, Gloria. *"Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional de las leyes penales"*. Bogotá, 2007.
- Mancero Samán, Alfredo. *"Seguridad social y vejez: la privatización de los fondos de pensiones"*. Quito: Cordes, 1994.
- Mantilla, Cecilia, y Enrique Abad. *"Historia del Seguro Social ecuatoriano, la evolución institucional"*. Quito: voluntad, 1984.
- Márquez Sánchez, Fidel. *"Seguridad Social: definiciones, conceptos y tendencias"*. Guayaquín, 2004.
- Navarro Fallas, Román. «"Los principios jurídicos: estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense".» *Revista jurídica IVSTITIA*, 1998: 4-19.
- Nugent, Ricardo. «"La seguridad social: su historia y sus fuentes".» s.f.  
<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/139/36.pdf> (último acceso: 23 de Abril de 2016).

- Núñez, Jorge. *“Los orígenes del seguro social ecuatoriano: la caja de pensiones”*. Quito: Voluntad, 1984.
- Olascoaga Pritsch, Jimena. *"El principio de libertad de expresión e información en un caso concreto"*. <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Olascoaga-Pritsch-El-principio-de-libertad-de-expresion-e-informacion-en-un-caso-concreto.pdf> (último acceso: 24 de 03 de 2018).
- Ossorio, Manuel. *«"Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales"»* México, 1987.
- Pásara, Luis. *"Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada"*. Lima
- Porras Velasco, Angélica. *"La seguridad social en el Ecuador: un necesario cambio de paradigmas"*. Principales Modelos de Seguridad Social y Protección Social (último acceso: 20 de 03 de 2018).
- Ramos, María Angeles, y Sebastián Zanazzi. *«"Los delitos de peligro y el principio de lesividad"»* <http://catedradelUCA.com.ar/wp-content/uploads/2015/01/ramos-maria-angeles-y-zanazzi-sebastian.-delitos-de-peligro-y-el-principio-de-lesividad.pdf> (último acceso: 25 de 03 de 2018).
- Rojas, Ivonne Yenissey. *«"La proporcionalidad en las penas"»* <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42462.pdf> (último acceso: 30 de 03 de 2018).
- Romero, Julia. *"La seguridad social en el Ecuador"*. 2004.
- Sagues, Néstor Pedro. *"Notas sobre el trabajo y la Seguridad Social en la Constitución del Ecuador"*. Quito: Corporación editora nacional, 2005.
- Sánchez Gil, Rubén. *«"Los principios de Proporcionalidad"»* <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/8.pdf>.
- Sousa Santos, Boaventura. *"Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad"*. [http://constitutionnet.org/sites/default/files/boaventura\\_sousa\\_santos.pdf](http://constitutionnet.org/sites/default/files/boaventura_sousa_santos.pdf) (último acceso: 25 de 03 de 2018).
- Trujillo, Julio César. *"Derecho del Trabajo"*. Quito: Centro de publicaciones PUCE
- Zabala Baquerizo, Jorge. *«"El debido Proceso Penal"»* Quito: Edino, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *"Manual de Derecho Penal"*. Buenos Aires: Ediar, 2006.