



UNIVERSIDAD DEL AZUAY
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESCUELA DE DERECHO

**LA EFECTIVIDAD DE UNA MEDIDA PENAL PARA
SOLUCIONAR LA FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS**

**Trabajo de grado previo a la obtención del título de Abogada
de los Tribunales de la República**

AUTOR:

Silvana Karina Galarza Parra

DIRECTOR:

Dr. Guillermo Ochoa Andrade

Cuenca-Ecuador

2016

DEDICATORIA

A mis padres por el apoyo incondicional brindado, a mi familia, mi hijo Gael y mi esposo Ángel por ser mi fuente de inspiración y superación cada día y por todo el sacrificio y apoyo brindado.

AGRADECIMIENTO

A mi familia, de manera especial a mis padres por haberme brindado su apoyo incondicional y facilidades a lo largo de mi vida estudiantil.

A mi hijo Gael, por ser mi motor de superación y por el sacrificio realizado para cumplir mi meta, a mi esposo Ángel, por estar siempre conmigo y apoyarme incondicionalmente para cumplir con todas mis metas.

A mi tía Narcisa, por su cariño, sus cuidados y por los consejos que me ha brindado a lo largo de mi vida.

De manera especial a la Universidad del Azuay, Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, por abrirme sus puertas y acogerme en sus aulas brindándome un espacio que me permitió culminar mis estudios universitarios.

Al Doctor Guillermo Ochoa Andrade, por todo su apoyo brindado durante el desarrollo del presente trabajo, por todos sus consejos y enseñanzas.

Al Ingeniero Román, por haberme guiado en la realización de este trabajo, por el tiempo y dedicación brindada de manera desinteresada.

A mis compañeros de aula por su tiempo y amistad, de manera especial a mi estimada Abigail, por su incondicional y sincera amistad durante todo este tiempo de vida universitaria, así mismo agradezco a todas aquellas personas que de alguna manera han intervenido para que este gran sueño el día de hoy se haga realidad.

Contenido

AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN	VI
ABSTRACT	VII
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I	10
1.1 Referencia histórica de la Seguridad Social.....	10
1.2 Definición de Seguridad Social	13
1.3 Elementos de la Seguridad Social.....	14
1.4 Principios que rigen a la Seguridad Social	17
1.4.1 Fundamentación legal de los principios de la Seguridad Social.....	17
1.5 Derechos de los trabajadores.....	21
1.5.1 Afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.....	22
1.5.2 Tipos de afiliación.....	23
1.6 Protección de la afiliación al IESS en el Ecuador	24
CAPITULO II	28
EL DERECHO PENAL Y LA FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS COMO DELITO PARTICULAR.....	28
2.1 Reseña histórica del derecho penal.	28
2.3 Definiciones del derecho penal.....	32
2.4 Concepto del delito	33
2.4.1 Elementos y estructura de la Falta de Afiliación al IESS.....	35
2.5 Análisis de la Falta de afiliación al IESS	49
2.4. Beneficios y repercusiones de la Falta de Afiliación al IESS.	51
CAPÍTULO III	53
EFFECTIVIDAD DE LA NORMATIVA PENAL QUE SANCIONA LA FALTA DE AFILIACION AL IESS	53
3.1.- Protección legal de los derechos laborales.....	53
3.2 Delitos laborales tipificados en el Código Orgánico Integral Penal.....	62

3.3 Circunstancias que motivaron la penalización de la Falta de afiliación al IESS..... 66

3.4 El bien jurídico protegido en la Falta de Afiliación al IESS..... 68

3.5 Estadísticas que representan la efectividad de sancionar penalmente la Falta de Afiliación al IESS 68

CONCLUSIONES 77

Bibliografía 80

RESUMEN

El presente trabajo busca demostrar la efectividad de una sanción penal, aplicada al incumplimiento de un deber laboral, como es la afiliación al IESS.

Para lo cual se realizará un análisis previo de la Seguridad Social, refiriéndose a sus antecedentes históricos y definición.

Se analizará además, la falta de afiliación al IESS como un delito particular con cada uno de los elementos que lo constituyen.

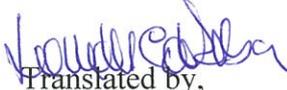
Finalmente se establecerá cual es el bien jurídico protegido, y concluyendo se demostrará estadísticamente, si el número de personas afiliadas ha disminuido o aumentado una vez que la normativa penal ha entrado en vigencia.

ABSTRACT

The aim of this paper is to demonstrate the effectiveness of a criminal sanction applied to the infringement of a labor duty, as it is the Ecuadorian Social Security Institute (IESS, as per its Spanish acronym) affiliation. For which, a preliminary analysis of the Social Security historical background and definition will be performed. Additionally, the lack of affiliation to the IESS as a particular offence, including each of the elements that constitute it, will also be discussed.

Finally, it will be established which the protected legal right is; and it will also be demonstrated if the number of people affiliated has decreased or increased once the criminal law has entered into force.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

LA EFECTIVIDAD DE UNA MEDIDA PENAL PARA SOLUCIONAR LA FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS

INTRODUCCIÓN

El 20 de Octubre del año 2008, en el Ecuador entró en vigencia la actual Constitución, misma que fue redactada entre noviembre del 2007, a julio del 2008, por la Asamblea Nacional Constituyente, instalada en Ciudad Alfaro, Montecristi, Provincia de Manabí.

En esta Constitución se consagraron temas relacionados con derechos fundamentales y necesarios para la convivencia social y garantistas de la dignidad humana; es así que entre los mencionados temas se encuentra la penalización y sanción por el incumplimiento de las obligaciones laborales.

En base a lo dispuesto por la Norma Magna y la consulta popular realizada el 7 de Mayo del 2011, en la que se consultó si la ciudadanía está de acuerdo que se tipifique como infracción penal la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia, la Asamblea Nacional tipifican y sancionan la no afiliación al IESS.

La afiliación al IESS es un derecho fundamental e irrenunciable de los trabajadores, mismo que debe ser satisfecho por parte del empleador, sin embargo debemos tener presente que el derecho penal está regido por ciertos principios, entre estos, el principio de mínima intervención penal, lo cual establece que el derecho penal intervendrá siempre y cuando sea estrictamente necesario para la protección de los derechos de las personas, constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales. En el estudio que nos ocupa, verificaremos que tan efectiva ha sido la norma penal que sanciona la falta de afiliación al IESS, pues está claro que el objetivo de este delito, es conseguir la afiliación al Seguro Social de los trabajadores.

Por lo expuesto el presente trabajo tiene como objetivo verificar si el número de personas afiliadas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ha aumentado después de que el Estado Ecuatoriano ha adoptado una sanción penal por tal omisión, o si por el

contrario esta norma resulta ser ineficaz en el ordenamiento jurídico y el número de personas afiliadas ha decrecido.

CAPITULO I

LA SEGURIDAD SOCIAL COMO UN DERECHO DE LOS TRABAJADORES EN EL ECUADOR

1.1 Referencia histórica de la Seguridad Social

El ser humano desde sus orígenes ha vivido en una constante inseguridad, sin embargo éste ha evolucionado en todos los sentidos, por lo que la seguridad social es un logro basado en los muchos esfuerzos que el hombre ha realizado, de tal forma que la seguridad social se origina en el momento que pequeños grupos de trabajadores se unen buscando la protección de sus derechos como trabajadores.

La seguridad social está compuesta por dos palabras, por lo que es necesario conocer el sentido etimológico de cada una de ellas. El termino seguridad proviene del latín *securitas* que significa confianza, seguridad de una persona, procedente de la idea de que no hay nada que temer, mientras que la palabra social hace referencia a la sociedad. De manera que la seguridad social es la confianza que el Estado brinda a la sociedad al encontrarse protegida.

Es preciso destacar que la Seguridad Social fue mencionada por primera vez por Simón Bolívar en América, en un discurso en el año 1819, y tal mención fue la siguiente “El gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor estabilidad política”.

Con esto, Simón Bolívar dijo que es obligación de los gobiernos velar por los más débiles de la sociedad y que es obligación del estado que los habitantes de un país tengan acceso a la seguridad social.

Debemos tener presente que la Seguridad Social es el resultado de una serie de transformaciones y esfuerzos, pues el hombre desde sus inicios se ha enfrentado a una

cantidad de peligros y fenómenos que la naturaleza le ha presentado y estando siempre desprotegido y expuesto a innumerables contingencias provenientes de sus labores pero sin ninguna protección y garantía, es así que luego de mucho esfuerzo y en base de la necesidad del hombre se crea la Seguridad Social para enfrentar enfermedades, vejez, invalidez y hasta muerte.

El inicio de la Seguridad Social como tal, se produjo en Alemania impulsada por el casiller Otto von Bismarck, a finales del siglo 19, con el fin de brindar protección a los trabajadores contra los riesgos sociales. Entendiéndose por riesgos a aquellas eventualidades o contingencias y sociales porque es la sociedad a la que se protege de dichos riesgos.

En el Ecuador encontramos algunos momentos de la lucha por la seguridad social, a saber, la primera referencia es en el Gobierno del Doctor Isidro Ayora con Decreto N0. 18 publicado en el Registro Oficial N0. 59 del 13 de marzo de 1928, el cual adoptó el nombre de Caja de Pensiones, y mismo que es resultado de la lucha de hombres y mujeres que dieron su vida para obtener la reducción de la jornada laboral, erradicación del Trabajo Infantil y la creación de la caja de pensiones.

La caja de pensiones se consagró como una entidad con patrimonio independiente al del Estado y con aplicación en el sector público y privado, cuyo objetivo fue conceder a los empleados públicos, civiles y militares los beneficios de Jubilación civil y fondo mortuario.

En 1935 se crea el Instituto Nacional de Prevención a través de la Ley del Seguro Social Obligatorio que tenía por finalidad fomentar el Seguro voluntario y ejercer el Patronato del Indio y Montubio.

Posteriormente en el 1937, a través de una reforma en la Ley del Seguro Social Obligatorio se incorpora el Seguro de enfermedad como beneficio para los afiliados, creándose por tanto el Departamento médico. En marzo del año mencionado son aprobados los estatutos de la Caja del Seguro de empleados Privados y Obreros.

En 1942, se expide la ley del Seguro Social Obligatorio afianzándose el sistema de seguro Social en el país.

A continuación, en 1963 se fusiona la Caja de Pensiones con la Caja de Seguros formando la Caja Nacional del seguro Social, un año más tarde establecieron el Seguro de Riesgos del Trabajo, el Seguro Artesanal, el Seguro de Profesionales, el Seguro de Trabajadores domésticos y, en 1966 el Seguro del Clero Secular.

Más adelante, en 1968 se produce un importante momento para la seguridad social y es la creación del Código de Seguridad Social, que contiene los principios rectores de todo régimen de seguridad social, basados en la Solidaridad, Universalidad y Obligatoriedad.

En 1970, mediante Decreto Supremo No. 40 y publicado en el Registro Oficial No. 15 del 10 de julio del 1979 se transforma la Caja Nacional del Seguro Social en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

En 1987 con representación del Ejecutivo, empleadores y asegurados, se hace constar en el Presupuesto General del Estado las partidas que corresponden al pago de las obligaciones del Estado.

Más adelante en el año 1991, se propone la separación de los seguros de salud y de pensiones y respecto al manejo de los fondos, sin embargo a través de Consulta Popular en 1995 no se aceptó la participación del sector privado en el Seguro Social.

En 1998 cuando se reforma la Constitución Política de la Republica, se mantiene el IESS como una entidad autónoma, con personería jurídica y recursos propios, para posteriormente, en el 2001, publicar la Ley de Seguridad Social, ley en la que se encuentran contenidas disposiciones que regulan todo lo referente al seguro general obligatorio.

1.2 Definición de Seguridad Social

Pese a ser un derecho de rango constitucional y estar contenido en convenios internacionales como un derecho inherente al ser humano, la Seguridad Social no se ha podido conceptualizar como tal, sin embargo al referirse a la seguridad social el autor Jaime Ruiz, manifiesta que “La seguridad social entendida como sistema, no es sino un conjunto de medios, mecanismos o estrategias para prevenir las contingencias sociales o afrontar las consecuencias de las mismas en el caso que sobrevengan esas contingencias a las que están sujetos todos los seres humanos son entre otras, la enfermedad, la maternidad, el accidente, la vejez, la muerte, el desempleo, las cargas familiares o simplemente la pobreza” (Ruiz & otros, 1999, pág. 13)

A decir de muchos tratadistas, dar un concepto de Seguridad Social es una tarea bastante difícil, ya que se debe tener presente que este es un Derecho Sui-generis, con sus propias características, sin embargo considero acertado citar lo siguiente: “El derecho de la Seguridad Social es el conjunto de normas sociales relativas a la responsabilidad social de proteger en forma justa, imperativa y sensible, a los hombres y, en especial, a los trabajadores dependientes y su familia” (Naranjo Iturralde, 1966, pág. 25).

Como ya se mencionó, la Seguridad Social está contenida en Tratados y Convenios Internacionales; al respecto el autor Milton Jijón Saavedra manifiesta: “En materia de derecho laboral como en otras ramas del derecho existen disposiciones que proceden de los acuerdos entre los Estados o de las Organizaciones Internacionales de los que forman parte nuestro país” (Jijón Saavedra, 1991, pág. 70). Razón por la que es pertinente señalar que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1991, contempla que la seguridad social “Es la protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas publicas contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o una fuerte reducción de sus ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”.

De lo expuesto se desprende que la seguridad social es un derecho de todos los seres humanos y tiene por objetivo brindar protección a todos los miembros de la sociedad, en especial a los más desprotegidos frente a las eventualidades que se presenten a lo largo de sus vidas tales como falta de trabajo, embarazo, viudez, incapacidad u otras contingencias que se ocasionen. Este sistema de seguridad social busca proporcionar a la población de un país un mínimo de garantías que le permitan acceder a una vida humanamente digna.

La Convención de Derechos Humanos en su art. 25 señala: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derechos a los seguros sociales en caso de desempleo, enfermedad, viudez, vejez, y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias ajenas a su voluntad”.

Además la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”.

La Seguridad Social es un derecho perteneciente a todas las personas por el solo hecho de ser tales y formar parte de una sociedad, siendo el Estado el órgano encargado de velar por sus ciudadanos, sin embargo en el caso de los trabajadores existen disposiciones que expresan la obligación del empleador de afiliar al IESS a sus trabajadores, de esta forma el Estado garantiza el derecho a la Seguridad Social de un determinado sector poblacional.

1.3 Elementos de la Seguridad Social

Estando claro que la Seguridad Social es aquel sistema de protección en favor de la sociedad en contra de los riesgos sociales que pueden presentarse a lo largo de su vida, tales como: el desempleo, viudez, incapacidad, embarazo, muerte, etc. con el fin Estatal de asegurar a la población un nivel de vida humano y digno, podemos extraer los elementos constitutivos de la Seguridad Social y plantearlos como la mayor parte de la doctrina lo concibe.

Tomando las ideas del autor Absalón Méndez Cegarra, se plantean los siguientes elementos de la Seguridad Social. (Méndez Cegarra, 1997).

1.- La seguridad social es un sistema o régimen de protección social.- lo cual se refiere a que a través de la seguridad social lo que se busca es brindar a los miembros de una sociedad y en especial a los más vulnerables una protección, para evitar que estos no puedan sobresalir de una contingencia que se presente en el desarrollo de su vida,

2.- Es un derecho social que debe estar fundado legalmente.- es decir que conste en un cuerpo legal que lo respalde, y en este caso se refiere al Estado ya que él es el responsable de brindar esa garantía a la sociedad. En el caso nuestro todas las disposiciones que regulan lo referente a la Seguridad Social se encuentran contenidas en la Ley de Seguridad Social y Código del Trabajo.

3.- Es una garantía de protección frente a ciertas y determinadas situaciones sociales o riesgos.- como ya se ha señalado la seguridad social busca proteger a los ciudadanos de un estado en ciertas eventualidades como embarazo, falta de trabajo, enfermedad, viudez y pobreza extrema entre otras.

4.- Es una garantía de protección establecida para toda la población.- al referirse a toda la población se hace alusión al principio de universalidad, mismo que implica que esta garantía beneficiara a toda la sociedad.

5.- La garantía tiene un límite. Un mínimo de condiciones. Dicho límite debe ser capaz de hacer posible la vida, una vida digna y humana.- este sistema busca proporcionar a la sociedad una vida con mejores condiciones o las condiciones básicas que permitan desarrollarse normalmente a un ser humano.

Existen autores que señalan otros similares elementos de la Seguridad Social, por lo que recogiendo lo manifestado por el autor Román A. Navarro Fallas (Fallas, Revista Cien. Adm. Financ. Soc. Vol. 10. N1, 2002), a continuación se enlistan los siguientes:

1.- Es un derecho inherente a todo ser humano.- por la sola condición de serlo, pues se manifiesta que toda persona es titular de este derecho por su valor de persona y

nadie puede arrebatárselo ya que este no es un derecho solo de los trabajadores, sino que de todos los seres humanos.

2.- Es un derecho universal.- de lo que se desprende que pertenece a todos los seres humanos, sin discriminación y en las mismas condiciones de igualdad. Al referirse a universalidad se está obligando al Estado y a la sociedad a la cobertura de la totalidad y no solo a ciertos sectores poblacionales.

3.- Es un derecho fundamental.- lo que implica al considerarse un derecho fundamental, es que este es indispensable para el pleno desarrollo del ser humano.

4.- Es un derecho subjetivo.- no es una norma, un programa constitucional ni un principio de la política social, sino que se trata de un derecho que se encuentra constitucionalmente reconocido y por lo tanto es exigible.

5.- El bien jurídico inherente al derecho es la seguridad.- al tratarse de un derecho a la seguridad, se busca encontrar la protección para que no se afecte la Seguridad Social por las diferentes eventualidades que se pueden presentar día a día.

6.- Es un derecho individual de carácter social.- lo que implica que para efectivizar este derecho es necesaria la contribución de toda la sociedad, para posteriormente beneficiarse el individuo, por lo que debemos tener claro que sin la solidaridad social es imposible para la gran mayoría, satisfacer el bien jurídico de este derecho fundamental.

7.- Es un derecho de naturaleza prestacional.- las prestaciones se hacen en dinero o en especies, estas se encuentran formadas por criterios como la necesidad, la dignidad, la equidad y la solidaridad.

8.- Las prestaciones buscan satisfacer necesidades ineludibles para el desarrollo de una vida digna.- la clave de las necesidades a las que responde el derecho es que son eventuales y no son intencionales. Pues por lo general nadie escoge enfermarse o envejecer, los accidentes de trabajo, la enfermedad profesional, la invalidez y mucho menos la muerte; estas son eventualidades que acontecen de manera involuntaria, por esa razón la necesidad que deviene de su acaecimiento es también involuntaria. Y por

otra parte si esta necesidad no es atendida correctamente se afecta el normal desarrollo de la vida de la persona que sufre la eventualidad.

9.- Es un derecho complejo.- es complejo porque está compuesto por un conjunto de derechos que devienen del acontecimiento que sufra la persona, pues está el derecho a la atención médica, derecho a la seguridad en el trabajo, derecho a la jubilación, derecho a la salud, etc. Es decir la Seguridad Social no protege uno ni dos posibles riesgos que el ser humano sufra sino que la protección se extiende a un sinnúmero de eventualidades que de darse, afecten el normal desarrollo de vida del individuo.

10.- Es un derecho exigible frente al Estado.- porque el Estado es el ente encargado de velar por los intereses de la ciudadanía, esto al ser la seguridad social un derecho fundamental que solo es posible satisfacerlo con la participación de todos los ciudadanos.

1.4 Principios que rigen a la Seguridad Social

Principios son verdades inmanentes a una realidad jurídica, por lo que se les considera como los cimientos que sostendrán una ideal, en este caso al sistema de la seguridad social.

De manera general existe algunos principios de la seguridad social, pero no todos son considerados fundamentales y reconocidos como tales por la mayoría de la doctrina, puesto que de acuerdo a ciertos criterios se ha realizado clasificaciones, así que es necesario hacer referencia lo que al respecto señala nuestro ordenamiento legal.

1.4.1 Fundamentación legal de los principios de la Seguridad Social

El artículo 34 de nuestra Constitución señala que la Seguridad Social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia,

subsidiariedad, suficiencia, y participación, para la atención de las necesidades de los ciudadanos.

Además es preciso referirnos a la Ley de Seguridad Social que establece que el Seguro General Obligatorio es parte de la seguridad social nacional y que estará regido por los principios de solidaridad, universalidad, obligatoriedad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia.

De tal manera que los principios que rigen a la Seguridad Social buscan brindar al ser humano una vida más digna, proporcionando auxilio cuando éste lo necesite y que esta ayuda sea brindada a todos sin ningún tipo de discriminación, pues es deber del Estado velar por toda la población por especialmente por los sectores más vulnerables, además los servicios deben ser brindados en el momento que la población lo requiera, ya que de no ser así no se estaría garantizando el acceso a una buena calidad de vida.

Como ya se ha establecido, existe una serie de principios que rigen la Seguridad Social, sin embargo a continuación se explicarán los que se consideran fundamentales y de mayor relevancia.

1.- Principio de Universalidad.- este principio hace referencia a todos los ciudadanos de un Estado, pues al ser la Seguridad Social un derecho inherente a todo ser humano, es para todos sin ningún tipo de discriminación, debiendo garantizarse a todas y todos cuando lo requieran.

Refiriéndose al principio de universalidad la doctrina manifiesta:

“En la que se refiere al campo de aplicación de personas protegidas, es obvio que la seguridad social se basa en el principio de universalidad, o sea de la cobertura a toda la población nacional, sin discriminación de clase, de labor desempeñada, del nivel económico, de forma de retribución y, naturalmente mucho menos por lo que concierne a sexo, raza, nacionalidad, religión, etc”. (Bedregal, 1981, pág. 89)

1. Lo expuesto resulta muy importante porque a través de este principio de universalidad se garantiza el acceso de todos los miembros de un Estado a la Seguridad

Social, lo que implica que no existirá discriminación de ningún tipo cuando se sobrevenga una contingencia social.

2. Principio de Solidaridad.- este principio está relacionado con el principio de universalidad, pues implica la colaboración de los unos con los otros frente a una eventualidad.

Así el autor Rodrigo Bedregal manifiesta al respecto “El principio de Solidaridad que otro podría enunciarse en la obligatoriedad de que los que más ganan o posean contribuyan más en favor de los que ganan y tienen menos” (Bedregal, 1981, pág. 90).

El principio de solidaridad implica la justa redistribución de bienes, pues mal se podría establecer el mismo valor como prestación, para una persona que tiene o percibe una cantidad mínima y otra que gana cuatro veces más, así la doctrina establece que la solidaridad “Es una garantía que se deriva de la naturaleza social del derecho. Redistribución de recursos entre quienes los tienen en un periodo determinado y quienes no los tienen en ese mismo periodo: del empleado al desempleado, del sano al enfermo, del activo al jubilado; así como redistribuyendo los recursos entre las generaciones presentes para atender las necesidades de las pasadas (reparto), o bien disfrutando una prestación razonable para no lesionar a las generaciones futuras”. (Fallas, Revista Cien. Adm. Financ. Soc. Vol. 10. N1, 2002, 2002)

Resultando de gran importancia este principio, pues consiste en el aporte justo de las prestaciones para el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, de tal forma que se redistribuya de la manera más justa sin afectar a quienes tienen menos.

3. Principio de Integralidad.- con este principio se busca proteger al individuo de todas aquellas eventualidades o riesgos que le puedan suceder, pues el objetivo del mismo es que el ser humano no se encuentre desprotegido ni física ni económicamente.

Al respecto el ya mencionado autor Bedregal manifiesta: “Ya para los seguros sociales se enunció un principio que; necesita encerrar el deseo de que ellos abarquen todas las contingencias que altera la vida económica del trabajador cual no es otra que el de Integridad, y como se menciona antes, la seguridad social encuentra su más

trascendental paso hacia ella seguro integral, es decir, en la cobertura de un campo cada vez mayor de contingencia protegida.” (Bedregal, 1981, pág. 90).

De tal forma que este principio no deja de ser importante, ya que si se deja ciertas necesidades sin cubrir, no se estaría cumpliendo con lo que busca la seguridad social que es brindar al ser humano un nivel de vida digna cubriendo todas las necesidades que se presenten.

4. Principio de Oportunidad o Inmediatez.- este principio se refiere a que la atención debe ser brindada a tiempo, pues de no ser así se estaría afectando al bien jurídico que contiene el derecho de seguridad social, pues el servicio tiene que brindarse inmediatamente cuando el afiliado lo requiera. “El principio de oportunidad, tiende a que las prestaciones lleguen a los titulares del derecho justamente cuando ellos las precisan” (Bedregal, 1981, pág. 95).

A través de este principio se busca que los servicios que brinda la Seguridad Social sean proporcionados al afiliado de la forma más pronta posible, para así no lesionar el bien jurídico de la seguridad social, que es la protección social.

5. Principio de Subsidiaridad.- al referirnos a este principio, decimos que el cumplimiento del derecho es responsabilidad tanto personal como social. La doctrina manifiesta “El principio de subsidiariedad es una consecuencia de que el derecho reposa tanto sobre la responsabilidad individual como social. Este principio genera el equilibrio entre equidad y solidaridad en la financiación y en la protección”. (Fallas, Revista Cien. Adm. Financ. Soc. Vol. 10. N1, 2002, 2002)

De lo expuesto se colige que el principio de subsidiariedad implica el auxilio que de manera obligatoria tiene el Estado para completar el financiamiento cuando los asegurados no tengan la suficiente capacidad para así hacerlo y que no se deje de cumplir con las garantías que la seguridad social ofrece.

Estos principios que son la base del Sistema de Seguridad Social, nos permiten entender el carácter humano y fundamental de la Seguridad Social, por lo que cualquier

reforma debe enfocarse en ellos, sin desnaturalizar el principal papel de la seguridad social.

1.5 Derechos de los trabajadores

Es necesario iniciar mencionando que “el trabajo consiste en el ejercicio de las facultades intelectuales y manuales y no debe ser mirado como una simple prestación económica, ya que no puede separarse del cuerpo y del espíritu, como sucede en la entrega de un bien.

Tampoco puede considerarse una mercancía porque atañe al ser humano totalmente y es actividad voluntariamente elegida, que tiene la dignidad esencial de la persona humana...” (Ferrero R., 1989, pág. 465), por tanto el trabajo es una combinación de facultades tanto intelectuales como manuales por lo que el trabajador deja de ser un objeto y asume obligaciones y derechos.

La Organización Internacional del Trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2015) establece que los derechos laborales tienen las siguientes características:

1. Los derechos fundamentales son valores mínimos, que deben ser aplicados en todos los países que busquen su desarrollo.
2. Los derechos de los trabajadores son universales, es decir que se aplican a todas las personas pues se trata de un derecho inherente al ser humano por el simple hecho de serlo.
3. Los derechos fundamentales del trabajador son fundamentales para el desarrollo de una sociedad.

Nuestro país, comprometido a velar porque los derechos del trabajador se respeten y cumplan, ha consagrado ciertas disposiciones en algunos cuerpos normativos al respecto, es así que en nuestra Constitución se establece lo siguiente: “El trabajo es un

derecho y deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía”.

Menciona además que, el Estado garantizará a las personas trabajadoras el respeto a su dignidad, vida decorosa, remuneración, etc.

En su artículo 34 menciona “el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado”.

Como ya se ha dicho nuestro país es garantista de los derechos de los trabajadores, por ello en el Código de Trabajo se establece los derechos de los trabajadores de la siguiente manera: “El trabajador es libre para dedicar su esfuerzo a la labor que él decida siempre que esta sea lícita, además ninguna persona está obligada a prestar sus servicios sin una remuneración correspondiente y un contrato, pues nadie puede ser obligado a realizar trabajos de manera gratuita”.

Estos y otros son derechos del trabajador, y la misma ley establece que los derechos del trabajador son irrenunciables, de tal forma que cualquier estipulación que contenga la renuncia de sus derechos por parte del trabajador se considerará nula.

1.5.1 Afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

Entre los derechos de los trabajadores se encuentra el derecho a la afiliación al IESS, siendo este un derecho fundamental e irrenunciable de los trabajadores, pues lo que se busca con dicha afiliación es brindar una protección amplia a los trabajadores en caso de que requieran, y esa ayuda o auxilio debe ser prestado de manera oportuna, pues de no ser así se vulneraría este derecho.

Tomando en cuenta lo manifestado, coincidimos con la siguiente cita que menciona “de conformidad con el art. 2 de la Ley de Seguridad Social, son sujetos de protección del seguro general todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual.....todas las personas

que han ejercido actividades en una (o varias) de las calidades antes enumeradas habrían estado en la posibilidad de afiliarse al IESS, mientras que para los trabajadores esto ha constituido un derecho” (Silva Legarda, 2015).

La Seguridad Social es un derecho irrenunciable, las prestaciones de la seguridad social serán financiadas con el aporte de los afiliados y del empleador y este sistema cubrirá riesgos como enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, invalidez, vejez, muerte y cesantía.

1.5.2 Tipos de afiliación

El Art. 73 de la Ley de Seguridad Social establece que el empleador está obligado a inscribir al trabajador o servidor al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social desde el primer día de labor y remitiendo dentro de los 15 primeros días al IESS, además menciona la obligación que tiene el afiliado voluntario a realizar las aportaciones al IESS.

De acuerdo con lo señalado se colige que existen dos tipos de afiliación. Entre ellas tenemos la afiliación obligatoria y la afiliación voluntaria.

Es obligación o deber del empleador afiliar a sus trabajadores bajo relación de dependencia al IESS, constituyéndose esta en la afiliación obligatoria; sin embargo la misma ley consagra la posibilidad de que las personas que no estén en la lista de obligados a ser afiliados, siempre que cumplan con los requisitos que se prevén y manifiesten su voluntad de afiliarse pueden hacer, constituyéndose esta como una afiliación voluntaria.

Se puede decir entonces que la afiliación al IESS es un derecho de los trabajadores que debe ser satisfecho obligatoriamente por el empleador y trabajador conjuntamente, para de esta forma garantizar el acceso a las garantías que tiene en caso de presentarse cualquiera de la contingencia que la seguridad social protege.

1.6 Protección de la afiliación al IESS en el Ecuador

De vital importancia para la realización de este trabajo es traer a colación lo que manifiesta la Ley de Seguridad Social al respecto en el artículo 1 y 2, pues en dichos artículos se menciona que la protección del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, se brindará a todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o prestación de un servicio físico o intelectual, ya sea con relación laboral o sin ella.

Además la norma enlista quienes en particular tienen derecho a la afiliación, entre estos se encuentran: a. El trabajador en relación de dependencia; b. El trabajador autónomo; c. El profesional en libre ejercicio; d. El administrador o patrono de un negocio; e. El dueño de una empresa unipersonal; f. El menor trabajador independiente; y, g. Los demás asegurados obligados al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes y decretos especiales.

El mismo artículo señala que el Seguro General Obligatorio protegerá a sus afiliados obligados contra las contingencias que afecten su capacidad de trabajo y la obtención de un ingreso acorde con su actividad habitual, en casos de: a. Enfermedad; b. Maternidad; c. Riesgos del trabajo; d. Vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad; y, e. Cesantía”.

De esta forma, lo que la ley ha hecho es señalar literalmente quienes son los sujetos que obligatoriamente deben estar afiliados al IESS y gozar de los beneficios que les brinda tanto para el sujeto afiliado como para sus familiares. Por otro lado lo que la norma hace es crear un deber, una obligación para el empleador al considerar a los trabajadores bajo relación de dependencia como sujetos obligados a estar afiliados, y en caso de no cumplir con dicha obligación el empleador, se encuentran establecidas sanciones de tipo penal, que más adelante serán abordadas.

Continuando con la realización de este trabajo, es pertinente analizar cuáles son las contingencias, que de acuerdo al señalado artículo, los asegurados gozan de protección.

Enfermedad.- el artículo 102 de la Ley de Seguridad Social establece que una vez que el trabajador esté afiliado, gozará de protección contra las contingencias de enfermedad y maternidad, dentro de los requisitos y condiciones que la ley prevé. La prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales estará a cargo del Seguro General de Riesgos del Trabajo. El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, y sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, así como el jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual. De lo manifestado se desprende que el seguro en contra de enfermedades brinda protección también a los familiares del trabajador afiliado.

En el artículo 104 de la Ley de Seguridad Social se encuentra consagrados los derechos que el afiliado tiene, en caso de enfermedad y entre estos están:

1. La asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y de rehabilitación, con sujeción a los protocolos de diagnóstico y terapéutica elaborados por los especialistas médicos del IESS y aprobados por la administradora de este Seguro.
2. Un subsidio monetario de duración transitoria, cuando la enfermedad produzca incapacidad en el trabajo. Los familiares del afiliado no tendrán derecho al subsidio. El jubilado recibirá asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y de rehabilitación en las unidades médicas del IESS.

Maternidad.- las beneficiarias del seguro de maternidad recibirán atención de embarazo, parto y puerperio. Se accederá a las prestaciones de salud de este Seguro en condiciones de libre elección del prestador de servicios de salud, público o privado, de acuerdo a lo establecido en la ley.

En caso de maternidad, la ley establece que la asegurada tendrá derecho a la asistencia médica y obstétrica necesaria durante el embarazo, parto y puerperio,

cualquiera sea la calificación de riesgo del embarazo; además tiene derecho a un subsidio monetario, durante el período de descanso por maternidad, en el caso de la mujer trabajadora; y tiene también derecho a asistencia médica preventiva y curativa del hijo, con inclusión de la prestación farmacológica y quirúrgica, durante el primer año de vida, sin perjuicio de la prestación de salud hasta los dieciocho de edad.

Riesgos de trabajo.- en el artículo 155 de la Ley de Seguridad Social se establece que tanto el afiliado como el empleador se encuentran protegidos a través de programas de prevención de los riesgos derivados del trabajo, y acciones de reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluida la rehabilitación física y mental y la reinserción laboral. La ley estipula que las contingencias que están cubiertas por el Seguro General de Riesgos del Trabajo son todas aquellas lesiones corporales y todo estado mórbido originado con ocasión o por consecuencia del trabajo que realiza el afiliado, incluidos los que se originen durante los desplazamientos entre su domicilio y lugar de trabajo. No están amparados los accidentes que se originen por dolo o imprudencia temeraria del afiliado, ni las enfermedades excluidas en el Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo como causas de incapacidad para el trabajo.

Dentro de los derechos que brinda este seguro y de acuerdo con el artículo 157 están el servicios de prevención, servicios médico asistenciales, incluidos los servicios de prótesis y ortopedia, subsidio por incapacidad, cuando el riesgo ocasione impedimento temporal para trabajar, indemnización por pérdida de capacidad profesional, según la importancia de la lesión, cuando el riesgo ocasione incapacidad permanente parcial que no justifique el otorgamiento de una pensión de invalidez, pensión de invalidez y pensión de montepío, cuando el riesgo hubiese ocasionado el fallecimiento del afiliado.

El artículo 158 de la Ley de Seguridad Social se refiere a la responsabilidad patronal por riesgos del trabajo, estableciendo que, en el caso de que el patrono que, hubiere asegurado a los trabajadores al IESS y se hallen bajo su servicio, se les pagará el cien por ciento (100%) de su remuneración el primer mes, y si el período de recuperación fuera mayor a éste, quedará relevado del cumplimiento de las obligaciones

que sobre la responsabilidad patronal por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales establece el Código del Trabajo. Pero si éstos se produjeran por culpa grave del patrono o de sus representantes, y diere lugar a indemnización según la legislación común, el Instituto procederá a demandar el pago de esa indemnización, la que quedará en su favor hasta el monto calculado de las prestaciones que hubiere otorgado por el accidente o enfermedad, debiendo entregar a los beneficiarios el saldo, si lo hubiere.

Vejez, Invalidez Y Muerte.- en este caso el artículo 164 de la Ley de Seguros señala que la protección de la población afiliada contra las contingencias de vejez, invalidez y muerte se cumplirá mediante un régimen mixto que combine las virtudes de la solidaridad intergeneracional y las ventajas del ahorro individual obligatorio, de forma que se constituirá un patrimonio independiente, distinto del patrimonio de los demás seguros generales que administre, y formará las reservas técnicas que garanticen su equilibrio actuarial con las aportaciones obligatorias de los afiliados y empleadores y la contribución obligatoria del Estado.

CAPITULO II

EL DERECHO PENAL Y LA FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS COMO DELITO PARTICULAR

2.1 Reseña histórica del derecho penal.

Estando claro ya, que la Afiliación al IESS es un derecho del trabajador que debe ser satisfecho por el empleador, es factible mencionar que el Estado en busca de la protección de este derecho ha creado una norma que tipifica a la falta de afiliación al IESS como un delito, por lo que pese a que el presente capítulo se titula delito por falta de afiliación al IESS, resulta necesario que dediquemos parte del mismo al análisis de la historia del derecho penal en nuestro país. Debemos partir entonces mencionando que el derecho es aquel conjunto de normas y principios que busca mantener un orden en la sociedad, de tal forma que el objetivo del mismo y la razón por la que ha sido establecido es para proteger los derechos de los ciudadanos cuando éstos estén siendo vulnerados, pues por diversas circunstancias los derechos que se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico se verán afectados en algún momento y es allí cuando el derecho entra a solucionar esos conflictos que se generan.

Con lo expuesto podemos abordar el tema, diciendo que el derecho penal como todas las otras ramas del derecho, se encuentran en constante evolución conjuntamente con la sociedad, consideramos pues que esta interesante rama del derecho debe estar a la par con la evolución de la sociedad, ya que el derecho penal busca evitar que valores fundamentales sean violentados y de esta forma el estado intenta garantizar a la sociedad una paz y orden social.

El Derecho Penal ha ido evolucionando a grandes escalas de conformidad con la evolución de la sociedad, teniendo por tanto una historia en la humanidad, por lo que la doctrina manifiesta: “Su misión es determinar que bienes e intereses jurídicos merecen

protección penal y consecuentemente qué conductas deben ser calificadas como delitos”.
(Albán Gomez, 2012, pág. 22)

De lo citado, colegimos entonces que el de derecho penal es el resultado de la evolución de la sociedad con todos los cambios que en ella se producen frente a las conductas que son reprochables por la misma sociedad.

Considerando lo que la doctrina manifiesta, podemos decir que existen tres etapas en la evolución del derecho penal y estas son: (Reyes, 2002, pág. 12)

1.- Etapa oscurantista.- en esta etapa no se distingue un derecho penal en sí, sino que un conjunto de prohibiciones a hechos considerados dañosos al ser humano, divinidad o grupo social; frente a tales hechos se reaccionaba con un castigo cruel que estaba a cargo de la autoridad. En esta época existieron cuerpos normativos como el Código de Hammurabi, las leyes de Manú y las Leyes de Moisés.

De forma que en este entonces ya existían ciertas personas que eran nombradas autoridad, mismos que eran los encargados de imponer castigos crueles a las quienes realizaban alguna actividad que afectara a los demás, y esas conductas inaceptables estaban consideradas en algunos cuerpos normativos como el Código de Hammurabi, las leyes de Moisés, etc.

2.- Etapa de Humanización del Derecho Penal.- en esta etapa se frena la crueldad en el castigo y se empieza a reconocer garantías en favor de los reos. El autor indica que en esta época se establecen principios como: que es mejor prevenir los delitos que castigarlos; que solo las leyes pueden establecer delitos y penas; que se debe repudiar la tortura como instrumento procesal; y que la pena debe impedir que el reo cometa nuevos delitos y evitar que los demás miembros de la sociedad imiten su conducta, estos mismos principios fueron plasmados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Del concepto antes referido, es lógico señalar que esta época fue muy importante, pues se consigue un buen avance del derecho penal ya que es aquí cuando recién se reconoce que el reo también tiene derechos y esos derechos deben ser respetados, es por

ello que se establecen principios en mira que los derechos del reo no sean inobservados, de entre ellos resulta importante destacar el principio que hace referencia a que los delitos y las penas solo pueden estar establecidos en las leyes, principio que hasta hoy en día es recogido por nuestra Constitución como principio de legalidad. Principio que es fundamental y medular del derecho penal moderno y además una garantía básica para los ciudadanos, ya que no hay delito ni pena sin ley previa que lo establezca.

3.- La etapa de las Escuelas Penales.- se recogieron los más básicos conceptos de delito y pena y se estructuró corrientes doctrinales que originaron escuelas jurídico penales, entre las que según el citado autor tenemos:

- Escuela Clásica.- es de origen Italiano y su máximo representante es Francisco Carrara, su principal aporte es haber realizado un estudio sistemático del delito como entidad jurídica, pues esta escuela establece que el delito nace de una ley, que la responsabilidad penal está sustentada en la voluntad de obrar del reo y que la pena no es más que el resultado de la necesidad de la sociedad de ejercer la tutela de los derechos de los ciudadanos.

- Escuela Positiva.- los principales representantes de esta Escuela son César Lombroso y Enrico Ferri, la aparición de esta escuela se da con una visión contraria a la Escuela Clásica, pues en esta se plantea como principios la figura protagónica del delincuente en la justicia penal y el delito es considerado como un fenómeno natural que es exteriorizado a través de factores síquicos, físicos y sociales estableciéndose la responsabilidad al delincuente y la pena como una medida de defensa social.

Es importante destacar que a partir de estas dos escuelas se derivan otras, por lo que estas dos son las más importantes a considerar en la historia del derecho penal.

- Tercera Escuela.- esta escuela es sustentada por Emanuele Carnevale y propugnan la autonomía del derecho penal; el estudio jurídico, antropológico y sociológico del delito.

- La Escuela de la Política Criminal.- cuyo principal defensor es Franz Von Liszt establece que el contenido del Derecho Penal se sustenta en un método jurídico y que si existe una pena es para proteger los intereses comunes.
- La Escuela Finalista.- esta escuela es representada por el alemán Hans Wezel el padre del finalismo, esbozado a principios de años 30, sobre la cual se ha construido en años posteriores todo un sistema de la teoría general del delito. Welzel es quien sostiene a la acción como principal y básico elemento del delito, considerando ya el dolo como parte de la acción, además señala que partiendo de ello se desplaza este elemento del ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad. En esta escuela lo que debemos destacar es que acción es toda conducta determinante para la consecución del resultado. La teoría de la acción final surgió para superar la teoría causal de la acción.
- Escuela Científico-Social.- cuyos defensores son Hassemer y Jakobs, quienes sustituyen a la culpabilidad por la proporcionalidad, buscando una prevención general del delito.

Con referencia al tema, el doctor Ernesto Albán Gómez expresa que “Las leyes penales más antiguas fueron generalmente aquellas que establecían delitos y penas, es decir las mismas que hoy integran la parte especial de los códigos”. (Albán Gómez, 2012, pág. 22)

Con relación a todo lo manifestado podemos decir que el derecho penal desde sus inicios ha pasado por una serie de cambios, pues inicialmente era considerado solamente como un conjunto de normas entre las que estaban ciertas prohibiciones que eran consideradas dañosas hacia los demás y si un individuo las cometía era castigado cruelmente; sin embargo el derecho penal no se estanca y continua evolucionando hasta llegar a una etapa más humana, en la que se busca frenar la crueldad y se empieza a reconocer ciertas garantías y principios en favor de los reos, hasta que finalmente se consigue distinguir el delito de la pena sabiendo que el objetivo de la pena se centra en buscar la protección de intereses sociales. Actualmente el derecho penal ha evolucionado evidentemente, pues hoy en día es considerado un derecho finalista.

2.3 Definiciones del derecho penal

El derecho penal ha sido objeto de estudio de varios tratadistas, sin embargo, Zaffaroni expresa: “El Derecho Penal es el conjunto de leyes que traducen normativas de bienes jurídicos y que precisa su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor, también cabe entender por derecho, al sistema de comprensión de ese conjunto de leyes” (Zaffaroni, 1998, pág. 24).

A decir de Carlos Fonfan “El Derecho Penal es la facultad que el Estado tiene de definir los delitos y fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad” (Fonfan, 1995, pág. 11).

El Derecho Penal es una rama del derecho público porque busca proteger intereses sociales y brindar seguridad jurídica a la sociedad, al respecto la doctrina señala: “Dada la función de tutela de bienes jurídicos que el derecho penal tiene, debiendo garantizarlos contra las afectaciones susceptibles de conmover el sentimiento de seguridad jurídica de los habitantes de la Nación, el derecho penal no puede menos que tener carácter público”. (Zaffaroni, 1998, pág. 32).

De tal manera que, de conformidad con lo expresado, el derecho penal es el conjunto de normas que establece cuales son las acciones u omisiones consideradas como delitos, y a su vez contiene también las sanciones que se aplicaran en caso de que un sujeto determinado encuadre su conducta a aquellos actos que la ley ha tipificado como delito.

De tal forma que para que la acción u omisión de una persona se considere como delito, necesariamente tiene que encontrarse considerada en la ley como un delito, pues de no ser así por mas reprochable que sea ante la sociedad no podrá aplicarse una sanción al respecto, lo cual es muy importante y es por ello que nuestra Constitución en su artículo 76 No. 3 señala: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado como infracción penal...”, texto que refuerza lo ya dicho con respecto al principio de legalidad en derecho penal,

ya que este responde a la necesidad de brindar seguridad a la sociedad y por tanto debe evolucionar conjuntamente con ella, para no convertirse en un derecho obsoleto e inútil debe considerar como delitos las conductas que cumplan los requisitos para serlo, es así que en la actualidad el derecho Penal ha implementado en su normativa una serie de delitos nuevos como los delitos laborales, que anteriormente no eran delitos y por tanto no tenían una sanción penal sino solo una administrativa, como en el caso de los mencionados delitos laborales.

Resulta importante señalar que en Derecho Penal no se admite la analogía; es decir, si una actuación por más reprochable que sea, no se encuentra contemplada como delito en la ley, no podrá aplicarse una norma que sancione un hecho similar que si se encuentra contemplado.

Recogiendo las ideas manifestadas con anterioridad decimos que derecho penal es aquel instrumento jurídico para la defensa de la sociedad, pues permite aplicar sanciones o penas cuando bienes jurídicos han sido vulnerados afectando al ser humano. A través del proceso penal se juzga la conducta delictiva y se castiga con la pena que la norma penal contempla de manera clara y concordante.

Es importante recalcar que lo que se busca con la aplicación del Derecho Penal, es rescatar aquellos valores fundamentales que deben regir a la sociedad, pues el Tratadista Welzel señala que “la misión central del Derecho Penal reside, pues, en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente”. (Welzel, pág. 12)

2.4 Concepto del delito

El delito es parte fundamental y esencial del derecho penal, y naturalmente del presente trabajo, porque de él partiremos el análisis propuesto.

Partiremos mencionando que el término “delito” deriva del verbo latino “delinquere” que significa apartarse del buen camino. Esto es, que el delito es aquella conducta humana que resulta reprochable ante la sociedad.

A continuación es importante que manifestemos que para definir al delito tendremos que hacerlo desde un punto de vista formal y material. Una definición formal de delito es aquella que nos proporciona el Dr. Albán Gómez manifestando que: “Son aquellas que conciben el delito como el acto legalmente punible” (Albán , 1992, pág. 71).

Pese a lo manifestad, no podemos extraer mayor cosa; mas, existen autores que establecen un concepto material de delito, con el que se busca encontrar cuales son aquellas características que necesariamente debe poseer una conducta para que la ley lo haya tipificado como delito, para lo cual creo pertinente citar el siguiente criterio que manifiesta la doctrina: Delito es “aquel acto que ofende gravemente al orden ético-cultural de una sociedad determinada en un momento determinado y, que por tanto, merece una sanción”. (Albán , 1992, pág. 72).

Es importante realizar una distinción formal y material de delito puesto que los dos cumplen funciones diferentes, la doctrina expresa que “El concepto formal de delito describe la extensión concreta de la zona penal y es por ello determinante para la función de garantía de la ley penal. Por el contrario, el concepto material de delito representa la concepción de la comunidad sobre aquello que puede ser prohibido mediante una amenaza de pena, de suerte que es un importante instrumento político-criminal” (Maurach, 1994, pág. 213).

Con los presupuestos dados, coincidimos que delito es aquel acto resultante de una actuación del hombre que necesariamente tiene que vivir en sociedad para producir efectos dañosos a otros. Entendiéndose por sociedad la agrupación de pueblos o familias que se han reunido para encontrar un fin común, de manera que esa actuación debe producir un resultado dañosa a uno o más integrantes de esa sociedad organizada.

Plasmadas las ideas anteriores, decimos que delito es aquel acto exteriorizado por el ser humano y que produce un resultado, por lo que se aplica una pena o sanción como castigo.

Nuestra legislación penal en el Art. 19 del COIP menciona: “Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones. Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor o treinta días. Contravención es la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad de hasta treinta días”.

De acuerdo con la norma citada, nuestro ordenamiento penal tiene un sistema bipartito, clasifica a las infracciones en delitos y contravenciones.

2.4.1 Elementos y estructura de la Falta de Afiliación al IESS.

Abordaré este tema, señalando lo que el Código Orgánico Integral Penal expresa en su artículo 18. “Infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”.

De acuerdo con lo establecido por el Código Orgánico Integral Penal, el delito tiene ciertos elementos o características en común, para ser considerado tal, por lo que imperiosamente me remitiré a la parte general del derecho penal, ya que la estructura jurídica del delito está compuesta por cuatro elementos que necesariamente tienen que estar presentes para la configuración de cualquier delito, si faltare uno de ellos simplemente no existe delito y por tanto no se podría aplicar una pena o sanción. Los elementos constitutivos del delito que la doctrina ha señalado y coinciden con el art. 18 del COIP son: ACCION, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD.

A continuación me permito analizar cada uno de los elementos constitutivos del delito, ya que si uno de ellos faltare, no existiría delito alguno.

2.4.1.1 La acción

Iniciaremos este análisis, mencionando que existen corrientes que determinaran la Teoría General del Delito, pues la doctrina contempla una corriente causal y otra finalista, en nuestro caso el Código Orgánico General de Procesos, se adopta la corriente filosófica del Finalismo.

Resulta imperioso la corriente que se adopte para desarrollar la teoría general del delito, pues de ello depende los demás elementos que constituyen el injusto.

Es necesario destacar que la norma jurídica penal regula conductas humanas, es por ello que el comportamiento humano es la base de la teoría del delito, al respecto la doctrina manifiesta: “De toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente y conmina con una pena. Es, pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierten esa conducta humana en delito” (Muñoz Conde , Teoría General del Delito, 1984, pág. 9).

De lo citado podemos extraer que solamente la conducta humana es susceptible de constituir un delito, pues solamente el actuar humano y dependiendo de los casos que la norma ha señalado con delictuales constituir tipos penales, de manera que bajo ninguna circunstancia pueden constituir delitos los actos ajenos a las personas.

Como ya se había señalado anteriormente existen dos corrientes respecto de la acción, por lo que es preciso manifestar que según Muñoz Conde, quien citando a Hans Welzel, sostiene que: “Acción es todo comportamiento de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad es siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es el ejercicio de actividad final.” (Muñoz Conde, 1984, pág. 11)

De forma que la acción consiste en la exteriorización de la voluntad de las personas, es decir para que un delito exista tiene que haber una actuación del ser humano, y esa actuación debe producir un cambio en la sociedad, pues como se manifiesto toda acción está dirigida a un fin y ese fin debe ser alterar el normal desenvolvimiento de un ámbito determinado, lo cual dependerá del bien jurídico protegido que se vulnere en cada caso particular.

Debemos decir además, que la teoría final de acción aparece superando a la teoría causal de la acción, pues la teoría causal propugnaba que no era relevante la voluntad del agente al momento de cometer el ilícito, así el Dr. Muñoz Conde señala “La teoría de la acción reduce, pues, el concepto de acción a un concepto causal prescindiendo, por completo, de la vertiente de la finalidad” (Muñoz Conde , Teoría General del Delito, 1984, pág. 13).

Concepto que resulta insatisfactorio, pues el legislador al describir una conducta en un tipo penal, no lo reduce a un simple proceso causal, sino que necesariamente se tiene que ver la voluntad del agente por lo que es importante que el fin que se propone con la realización de ese acto sea considerando. Por lo que la acción como elemento del delito, debe ser analizada desde la teoría finalista propuesta por Welzel, ya cuando se tipifica los delitos no se hace solamente pensando en un simple proceso causal, sino que en un proceso causal dirigido por la voluntad y con el objetivo de conseguir un fin determinado.

La acción en la teoría causal hace referencia a toda aquella conducta que de manera directa o indirecta genere un resultado, de forma que no se considera la intención del agente, lo que resulta bastante ilógico ya que un elemento imprescindible es la voluntad del agente, mientras que la acción en la teoría finalista es solamente aquella conducta que es determinante para la realización del resultado; de forma que la acción en la teoría causalista es ciega y en la teoría finalista es evidente.

De lo dicho podemos resaltar entonces que la acción realizada por el ser humano debe ser voluntaria y estar dirigida a la consecución de un fin, es así que tomando las ideas del autor Muñoz Conde, decimos que la acción se realiza en dos fases:

Fase interna o esfera del pensamiento.- según el autor, esta fase se produce en el interior del ser humano, en su pensamiento de manera anticipada a la exteriorización hacia la realidad, de forma que el agente debe seleccionar los medios necesarios para la consecución de ese fin y considerar los efectos concomitantes que van unidos a la consecución del fin y una vez que los admita, esos efectos pertenecen a la acción.

Fase externa o puesta en marcha el plan.- esta fase consiste en la exteriorización de la fase interna, pues el autor nos dice que una vez que ya se tenga claro el fin buscado y escogido los elementos necesarios, el sujeto procede a poner en marcha el plan establecido y procura alcanzar la meta propuesta haciendo todo lo que este a su alcance para conseguirlo. Dicho de otra manera la dirección final que ya se planifico anteriormente se lleva a cabo en el mundo exterior. (Muñoz Conde, 1984, pág. 11)

Continuando con el análisis de la acción, es fundamental manifestar que el comportamiento humano no se reduce solamente al ejercicio activo del ser humano, sino que también se considera el aspecto pasivo, es decir la omisión por parte del agente. De ahí que el delito es la acción u omisión sancionada por la ley.

Nuestra norma penal coincide con lo dicho es así que el art. 23 del COIP señala que la conducta punible puede tener como modalidades la acción u omisión. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo. Recordemos que la omisión no consiste en un simple no hacer nada, sino que en un no hacer una acción que el agente está en la capacidad de poder hacerlo.

Habiendo dicho que la acción es el concepto fundamental e indispensable para la estructura del delito, decimos que “ello conduce a una extensión del concepto de delito desde un punto de vista desligado de aquel: bajo ciertos supuestos el derecho debe concebir una acción, no solamente un hacer activo conscientemente dirigido a un fin, es decir, la omisión” (Maurach, 1994, pág. 236).

La omisión admite una clasificación. Teniendo por tanto la omisión propia y la omisión impropia.

La omisión propia.- “está constituido por la simple infracción de un deber de actuar” (Muñoz Conde , Teoría General del Delito, 1984, pág. 32).

La norma contiene un tipo penal que estable la obligación del agente de realizar cierta conducta en diferentes circunstancias, de manera que cuando existe esa obligación que nace de la ley y el agente no realiza dicha conducta está cometiendo un delito de omisión propia, siempre y cuando cumpla con los demás supuesto exigidos por la ley que ya los analizaré.

La omisión impropia.- llamada también delitos de comisión por omisión, “en estos delitos el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que solo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalente, desde el punto de vista valorativo, y a incluir, por tanto, también en la descripción típica del comportamiento prohibido, determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido” (Maurach, 1994, pág. 236).

Para configurar los delitos por omisión es necesario que la acción realizada por el agente consista en la infracción de un deber, pero no un simple deber moral o social sino que un deber legal, es decir que esa obligación nazca de la ley, y además de tener la obligación de hacerlo el sujeto debe estar en la capacidad física de poder realizar dicha conducta.

De lo dicho se rescata que, para que se configure el delito por omisión, el agente debe tener la posibilidad de actuar frente a esa posibilidad y no hacerlo, además debemos entender que omisión no es no hacer nada, sino que además que ese no hacer, no consista simplemente en un deber de carácter social o moral, sino de una obligación establecida por la ley. Es decir, para estar frente a un delito por omisión, el sujeto tiene que no hacer algo que está obligado a hacer por mandato de la ley.

Nuestra normativa concuerda con lo señalado pues el art. 28 del COIP consagra que la omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

Es en la comisión por omisión donde aparece la posición de garante, la norma establece la obligación de realizar ciertos actos a un determinado sujeto en razón de su labor, por lo que solo esas determinadas personas pueden ser garantes en base a la vinculación que tienen con el bien jurídico protegido.

Recogiendo las ideas del autor Muñoz Conde, son tres las fuentes que pueden generar el estado de posición de garante en un determinado sujeto.

1.- Vinculación natural.- este supuesto se da en el ámbito familiar, es decir la posición de garante nace en virtud del parentesco, pues el agente está obligado a realizar ese acto por el derecho de familia y en caso de no hacerlo, es responsable por el resultado que se produce.

2.- Comunidad de peligros.- se produce cuando varias personas se encuentran en una misma situación peligrosa y nace la obligación de realizar ciertos actos para auxiliar a los demás.

3.- Aceptación voluntaria.- cuando el agente no tiene ningún vínculo afectivo que lo relacione con la víctima, pero por decisión propia opta por ayudarlo y una vez iniciado el proceso de ayuda tiene que hacer todo lo que este a su alcance para hacerlo.

Concluyendo las ideas manifestadas queda claro que la acción como elemento del delito, es aquella actuación voluntaria del ser humano que una vez que ha sido exteriorizada provoca cambios en un entorno determinado, elemento que indiscutiblemente debe existir ya que de no ser así no existe delito. Dicha actuación puede consistir en la realización de un acto positivo, es decir el agente realiza el acto que la ley establece como delito; o puede consistir en la conducta pasiva del agente, cuando éste, teniendo la obligación y encontrándose en la capacidad física de hacerlo, no realiza cierta actividad, que de hacerla, evitaría la producción del resultado. Por otro lado

debemos destacar que la realización de la acción u omisión debe ser libre y voluntaria para configurar el delito, es decir el agente debe estar consiente que esa conducta es un delito y además debe existir la convicción por su parte, de quererlo realizar.

Para concluir con las ideas esbozadas respecto de la acción, es preciso manifestar que existen ciertos actos en los cuales no exista acción penalmente relevante, esto ocurre con fundamento en que el derecho penal se ocupa de acciones solamente voluntarias, de manera que cuando no exista voluntad nos encontraremos en ausencia de acción por lo que no habrá delito penal que analizar ya que este es el primer y fundamental elemento de la estructura jurídica del ilícito.

Tomando las ideas del Doctrinario Muñoz Conde la ausencia de la voluntad se produce en los tres siguientes casos:

Fuerza irresistible.- al referirse a este supuesto la fuerza tiene que ser absoluta sin dejar ninguna otra opción a la víctima, de forma que se elimine el autocontrol por parte del agente. Esta fuerza tiene que ser física, externa e irresistible; entendiéndose por esta fuerza aquella presión que se deposita sobre el sujeto haciendo que se mueva y como producto de ello se produce el resultado, además debemos decir que esa fuerza debe ser de carácter físico y no de carácter moral y dicha presión debe ser tal que el agente no pueda resistirse. En este caso el agente no tiene responsabilidad porque no existe acción de su parte, convirtiéndose por tanto en un instrumento para la consecución del resultado.

Movimientos reflejos.- como convulsiones epilépticas o movimientos instintivos en los que no están de por medio la voluntad del agente, es decir esos movimientos no son realizados con voluntad del agente sino que actúa de forma involuntaria.

Estados de inconciencia.- este es el tercer y último supuesto relevante para el derecho penal, porque no existe acción en ciertos casos como el sueño o sonambulismo porque los actos que se realicen estando en este estado no dependen de la voluntad del agente.

2.4.1.2 La Tipicidad

Habiendo analizado el comportamiento humano como elemento fundamental para la estructura jurídica del delito tanto como acción y como omisión, corresponde entonces estudiar como el legislador ha establecido ese comportamiento como un delito.

Es preciso iniciar diciendo que tipicidad es “La adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (Muñoz Conde , Teoría General del Delito, 1984, pág. 39).

Un acertado concepto de tipicidad, según mi criterio, es el que al respecto manifiesta el Dr. Boris Barrera. “La tipicidad, surge de la voluntad del legislador de seleccionar determinadas in-conductas que atentan en forma directa los bienes jurídicos tutelados por la ley; exigiendo por tanto que el comportamiento considerado infractor se halle descrito, con todos los elementos que le constituyen en el tipo penal en forma inequívoca” (Barrera , 2005, pág. 32).

Este elemento de la estructura del delito se encuentra en el artículo 25 del Código Orgánico Integral Penal, que expresa “los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”.

Por otro lado resulta necesario mencionar que la tipicidad se encuentra estrechamente ligado con el principio de legalidad que establece “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado como infracción penal...”, de manera que ningún hecho por más grave que sea puede sancionarse sino no se encuentra previamente establecido en la ley como delito y con una sanción para aplicarse. Siendo tarea del legislador establecer cuáles son los hechos considerados como delitos, considerando el principio de mínima intervención del derecho penal, pues este es el límite para la aplicación del mismo; es por ello que nuestra Constitución lo reconoce como una garantía en favor del imputado.

Con la tipicidad se encuentra ligado el tipo penal, siendo este “la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de un norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es

subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal” (Muñoz Conde , Teoría General del Delito, 1984, pág. 40).

Tomando las ideas del ya citado autor Francisco Muñoz Conde se establece una triple función al tipo en derecho penal.

1- La primera función que el autor señala es una seleccionadora de comportamientos que tengan relevancia penal.

2- Una segunda función es garantista, ya que solo ciertos y determinados comportamientos tienen una sanción penal.

3- Una tercera y última función según el autor es motivadora general, porque al encontrarse taxativamente señalados cuales son los hechos que la ley ha tipificado como delitos, hace conocer a todos los ciudadanos cuales los comportamientos que están prohibidos por la ley y por tanto tienen una sanción.

Por otro lado, es preciso manifestar que la tipicidad no consiste en la sola descripción de un tipo penal, pues podemos mencionar además, que esa cierta conducta “el delito”, debe estar contenido en la ley, mas no en cualquier otra disposición, y además tiene que describirse exactamente el tipo penal ya que en este campo del derecho no cabe la analogía, por lo que se debe respetar la norma en su sentido literal, de forma que la conducta del agente tiene que adecuarse perfectamente al tipo penal, de no ser así no se constituye delito.

La tipicidad está estructurada por elementos objetivos y elementos subjetivos, debiendo manifestar que dentro de los elementos objetivos se encuentran los que caracterizan la acción típica tales como el sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico, verbo rector y objeto material.

En lo referente al elemento subjetivo de la tipicidad se encuentra el dolo y la culpa, por lo que analizaremos a cada uno de ellos de una manera breve. Empezaremos manifestando que el artículo 26 y 27 del Código Orgánico Integral de Procesos hacen referencia al Dolo y la Culpa.

En cuanto al dolo la norma manifiesta que actúa con dolo la persona que tiene designio de causar daño, sin embargo esta definición no satisface del todo, pues parafraseando lo dicho por el Dr. Muñoz Conde decimos que dolo es entendido como la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un determinado resultado.

De lo dicho podemos extraer que el dolo está compuesto por dos elementos, uno intelectual y otro volitivo.

1.- Elemento intelectual.- este elemento se refiere a que el agente tiene que conocer que la acción que está realizando es típica y por tanto el conocimiento debe ser actual, pues necesariamente debe saber que es lo está haciendo.

2.- Elemento volitivo.- en este supuesto hacemos referencia a la voluntad por parte del agente de realizar aquella acción, pues para actuar con dolo no es suficiente saber nada más que esa conducta es típica, sino que además se requiere la voluntad incondicional del agente.

Al referirnos a la culpa como elemento subjetivo de la tipicidad, es importante mencionar que “en los delitos culposos, la acción típica no está determinada con precisión en la ley, que, solo habla del que por imprudencia causare este o tal otro resultado” (Muñoz Conde , Teoría General del Delito, 1984, pág. 71).

De forma que estos son tipos abiertos lo cual no significa que se vulnere el principio de legalidad que habíamos mencionado anteriormente, sino que por la misma naturaleza de la acción se imposibilita describir todas las conductas humanas imprudentes.

2.4.1.3 La Antijuridicidad

Es el tercer elemento presente en la estructura del delito. “El termino antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del derecho penal sino un

concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo” (Muñoz Conde , Teoría General del Delito, 1984, pág. 83).

Si una conducta es típica, imperiosamente es contraria al ordenamiento jurídico, sin embargo puede no ser antijurídica, por lo que para analizar este elemento del delito es necesario que nos realicemos la siguiente pregunta: ¿Existe una causa de justificación?, y dependerá de la respuesta para realizar o no un análisis al respecto o continuar hacia el siguiente elemento que es la imputabilidad.

Causas de justificación.

En concordancia con lo dicho, el art. 29 del Código Orgánico Integral Penal establece que para que la conducta penal sea antijurídica debe amenazar o lesionar un bien jurídico protegido, sin justa causa alguna.

De forma que el ordenamiento jurídico señala a más de prohibiciones, ciertas acciones permisivas, es decir existen causas que justifican la antijuridicidad y por tanto no existe infracción penal pese a existir la conducta típica.

La doctrina manifiesta que “en derecho penal la existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido, por cuanto el tipo constituye o describe la materia de prohibición, es decir, aquel o aquellos hechos que el legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos. Pero en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan” (Muñoz Conde , Teoría General del Delito, 1984, pág. 40).

En los casos señalados no significa que el hecho no sea típico, todo lo contrario, es por la causa de exclusión que éste se vuelve lícito y aceptado.

La ley penal manifiesta que no existirá delito cuando la conducta típica esté justificada por:

- Estado de necesidad

- Legítima defensa
- Cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.

1.- Estado de necesidad.- es necesario remitirnos al art. 32 del COIP, en el que se expresan ciertos elementos que deben concurrir para encontrarnos ante un estado de necesidad y por ende ese acto no sea antijurídico.

La norma nos dice que existe estado de necesidad cuando una persona, para proteger un derecho ya sea propio o de un tercero, causa daño o lesión a otra persona siempre que se cumpla los siguientes requisitos:

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

Como vemos la norma es clara y menciona que todos estos requisitos deben cumplirse para justiciar la antijuridicidad, pues no dice que basta que se cumpla uno de ellos, sino que todos los mencionados requisitos.

En este caso, y de acuerdo a la doctrina nos encontramos frente un estado de necesidad justificante lo que implica que los bienes jurídicos protegidos sean de distinto valor, es decir se sacrifica un bien jurídico de menor valor para proteger otro de un mayor valor, pues estos dos bienes jurídicos deberán encontrarse en conflicto para que la actuación del agente se considera una causa de exclusión.

2.- Legítima defensa.- Otra de la causa de justificación es la legítima defensa, el art. 33 del Código Orgánico Integral Penal nos indica que existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurran los siguientes requisitos:

1. Agresión actual e ilegítima.

2. Necesidad racional de la defensa.
3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

La legítima defensa se sustenta en que el derecho debe proteger los derechos, pues permite la defensa de la persona misma, sin importar los derechos de terceros, pero la norma exige que exista una agresión actual y que no haya sido provocada por la persona que se defiende.

De igual forma que en el artículo anterior, debemos destacar que la norma establece que deberán de cumplirse todos y cada uno de los requisitos señalados, pues no basta con se cumpla uno o dos, sino que necesariamente deben coexistir los tres para configurar la legítima defensa y por tanto, el hecho por más típico e irreprochable que sea no configura delito.

3.- Cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente o un deber legal.- este supuesto requiere un análisis al respecto, pues debemos señalar que la obediencia debida nace de una orden legítima misma que deberá tener el respaldo de una norma legal, además al expresar la norma que la orden sea emitida por autoridad competente obliga a que éste actúe en el ejercicio de sus funciones. En esta caso el agente no actúa libremente, por tanto no existe ilícito.

2.4.1.4 La culpabilidad

La culpabilidad es el último de los elementos que configura la estructura del delito, hasta este momento existe un acto que es típico y antijurídico sin embargo nos corresponde analizar si esa acción típica y antijurídica es atribuible a su autor, pues solamente podemos preguntarnos si el autor es culpable una vez que se haya determinado que este acto es antijurídico.

Con lo dicho, iniciaremos dando un concepto de culpabilidad. “La culpabilidad no es un fenómeno individual sino social. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella” (Muñoz Conde , Teoría General del Delito, 1984, pág. 131).

Para Rehinart Maurach “Culpabilidad es reprochabilidad. Por consiguiente ella representa un juicio de desvalor personal e individualizador sobre el autor en la situación concreta y presupone la capacidad personal de éste para actuar en forma adecuada a la norma; por tanto son causas de exclusión de la culpabilidad la incapacidad de imputabilidad y la falta inevitable de la conciencia de la antijuridicidad del autor” (Maurach, 1994, pág. 233).

Partiendo de lo dicho, deducimos que el hecho dañoso o delito típico y antijurídico debe ser culpable, nuestra legislación penal concuerdo con lo dicho y en su art. 34 expresa que para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. De forma que necesariamente debe cumplirse con este cuarto requisito, caso contrario no se configura el delito.

Del art 35 en adelante del Código Orgánico Integral Penal se establece las causas de inculpabilidad, entre estas la ley señala que no existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente probado. Así mismo, la norma es clara señalando que por trastorno mental se entiende la persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta en razón del padecimiento del trastorno mental. En este caso no existe responsabilidad penal, sin embargo se dictará una medida de seguridad en su lugar.

Otra causa de inculpabilidad es cuando el agente ha actuado en estado de embriaguez o intoxicación, excepto en los delitos de tránsito. Pues la norma señala si la persona come el ilícito cuando se encontraba bajo los efectos del alcohol o cualquier otra sustancia psicotrópica, se le sancionará en consideración de las siguientes reglas:

1. Si deriva de caso fortuito y priva del conocimiento al autor en el momento en que comete el acto, no hay responsabilidad.

2. Si deriva de caso fortuito y no es completa, pero disminuye considerablemente el conocimiento, hay responsabilidad atenuada imponiendo el mínimo de la pena prevista en el tipo penal, reducida en un tercio.

3. Si no deriva de caso fortuito, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad.

4. Si es premeditada con el fin de cometer la infracción o de preparar una disculpa, siempre es agravante.

Además el art. 38 del Código Orgánico Integral Penal, establece que las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas a lo dispuesto en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Una vez que hemos analizado los elementos del delito, podemos concluir diciendo que si no existe uno de ellos no existe delito, pues por mas reprochable que resulte cierto acto u omisión, si no se encuentra tipificada en la ley como delito, no se podrá aplicar una sanción, esto en concordancia con el principio de legalidad; así mismo si existe el acto y está tipificado en la ley penal, pero se ha cometido por cualquiera de las causa de exclusión de la antijuridicidad, es completamente licito y por tanto no existe delito que sancionar; y por otra parte si estamos frente a la conducta típica y antijurídica pero el agente enmarca su conducta entre las causas señaladas como inculpables, no existe delito por tanto no se puede aplicar una sanción.

2.5 Análisis de la Falta de afiliación al IESS

A partir de la aprobación del Código Orgánico Integral Penal, el empleador está en la obligación de afiliar a sus empleados al IESS, pues en caso de no hacerlo se configura un delito contra el trabajo y seguridad social.

A continuación, analizaré los elementos que constituyen la falta de afiliación al IESS. Para ello es preciso iniciar señalando que el art. 243 del Código Orgánico Integral Penal consagra “En el caso de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de afiliar a uno o más de sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se

impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada empleado no afiliado, siempre que estas no abonen el valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado”.

Así mismo el art. 244 señala “La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. 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”

CONDUCTA.- frente a la falta de afiliación al IESS, en el caso de que el empleador sea una persona jurídica y no cumplan con la obligación de afiliar al IESS a sus trabajadores, el resultado es un delito; mientras que si el empleador que no afilia a sus trabajadores es una persona natural, el resultado es una contravención.

Nos encontramos frente a un delito de omisión propia porque así la norma lo establece, pues el tipo penal se configura cuando el empleador deja de hacer algo estando en la obligación de hacerlo, ya que la norma es clara al establecer que se encuentra en la obligación de afiliar a sus empleados.

TIPICIDAD.- Este segundo requisito para la configuración de un delito se visualiza en el artículo 243 y 244 de la normativa penal, pues se establece que el empleador que no afilie a sus trabajadores al IESS, se configura el delito en caso de que ser una persona jurídica el empleador; y se configura una contravención, si el empleador que incumple esta disposición es una persona natural.

ANTI JURIDICIDAD.- El tercer elemento para la configuración del delito es la antijuridicidad, pues el empleador no tiene ninguna justificación para no afiliar a sus trabajadores, pues si no lo hace es simplemente porque no cumple con lo establecido en la ley.

Al no afiliarse al IESS a sus trabajadores, se está vulnerando un derecho constitucional de las personas; de tal forma que el delito de no afiliación al IESS es contrario a la ley, porque contradice lo que en ella se establece.

CULPABILIDAD.- La culpabilidad es el cuarto elemento de la configuración del delito, y en este caso la falta de afiliación al IESS no tiene ninguna excusa, pues el empleador es consciente de su obligación y tiene la capacidad para hacerlo, sin embargo no lo hace.

Al realizar este análisis, es claro que la falta de afiliación al IESS, encuadra perfectamente con todos los requisitos que constituyen un tipo penal.

2.4. Beneficios y repercusiones de la Falta de Afiliación al IESS.

Debemos iniciar señalando que la Falta de Afiliación al IESS ya se encontraba sancionada en la Ley de Seguridad Social, pero pese a ello este derecho se ha seguido vulnerando en gran escala, ante este gran problema socioeconómico el estado a través de la Asamblea Nacional, penaliza esta conducta, sin embargo debemos recalcar que lo que se busca con ello, es conseguir un mayor número de personas afiliadas mas no más personas privadas de libertad.

Entre los beneficios de la falta de Afiliación al IESS, podemos destacar los siguientes:

- 1.- Que no se vulnere el derecho a la afiliación al IESS de los trabajadores.
- 2.- Conseguir un mayor número de personas afiliadas al IESS.
- 3.- Que las personas no queden desprotegidas frente a cualquier eventualidad que se produzca en su trabajo como maternidad, paternidad, enfermedad, discapacidad, desempleo, cesantía, riesgos de trabajo, vejez, invalidez, muerte, otras que la ley establezca.
- 4.- Evitar que los empleadores reduzcan un cierto valor del sueldo de sus empleados por concepto de afiliación, cuando en realidad no los han afiliado.

Por otro lado, creo que la repercusión más significativa de la tipificación de la falta de afiliación al IESS es sin lugar a duda, el temor que nace en la parte empleadora, pues muchos de ellos dejarán de contratar trabajadores bajo relación de dependencia y lo harán como prestación de servicios profesionales, para de esta forma no arriesgarse a incumplir lo que la ley establece.

Además no debemos dejar de considerar que entre los principios que rigen el derecho penal, encontramos el derecho de mínima intervención del derecho penal, pues “hay que preguntarse si todos los derechos previstos y tratados con gran amplitud en la Constitución, y adicionalmente en tratados internacionales, que tienen rango constitucional, deben contar con el correlato de la protección penal. Dicho de otro modo, si toda violación de esos derechos debe ser tipificada como infracción penal” (Albán Gómez, 2012, pág. 65).

De manera que el derecho penal, al ser de mínima intervención debe aplicarse solo cuando ya todos los otros caminos se hayan agotado, y en este caso lo que se ha agotado es la vía administrativa, por lo que puede resultar que el Estado este adoptando una conducta demasiado punitiva al sancionar penalmente la falta de un deber laboral.

CAPÍTULO III

EFFECTIVIDAD DE LA NORMATIVA PENAL QUE SANCIONA LA FALTA DE AFILIACION AL IESS

3.1.- Protección legal de los derechos laborales

Partiremos diciendo que el derecho actual brinda gran protección al trabajador, tan es así que encontramos una serie de normas en diferentes cuerpos normativos que establecen normas en favor del trabajador buscando que sus derechos no sean vulnerados por el empleador, esto fundamentándose en que, el empleador será siempre la parte fuerte y el trabajador la parte débil de una relación laboral.

El código que contiene la normativa que regula la materia es llamada Código de Trabajo, pero además en la Constitución de la República del Ecuador, en el título II “De los Derechos”, Capítulo II “Derechos del buen vivir”, Sección Octava “Trabajo y Seguridad Social”, se contempla normas referentes al derecho del trabajo.

Por lo que creo pertinente iniciar citando el artículo 33 que contempla el derecho al trabajo definiéndolo como un derecho y un deber social, y un derecho económico fuente trabajadora al pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones, retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable, libremente, escogido y aceptado.

En el artículo 34 de la Constitución se encuentra el derecho a la Seguridad Social, considerándose este como 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.

Así mismo en el Título VI del Régimen de Desarrollo sección tercera de las Formas de Trabajo y su Retribución, en el Art. 325 se establece que el estado garantizara el derecho al trabajo. Se reconocerá todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.

En el Art. 326 se contempla los principios en los que el derecho al trabajo se encuentra sustentado.

1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.

2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a 15 las personas trabajadoras.

4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración.

5. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.

6. Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley.

7. Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores.

8. El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su

funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección.

9. Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.

10. Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos.

11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.

12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.

13. Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley.

14. Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.

15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.

16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo.

De la misma manera en su artículo 367 manifiesta que el sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades

contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales. El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.

En su artículo 368 expresa que el sistema de seguridad social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia. El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social.

En su artículo 369 se establece que el seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud.

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

En el art. 370 se establece que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados. La policía nacional y las fuerzas armadas podrán contar con un régimen especial de seguridad social, de acuerdo con la ley; sus entidades de seguridad social formarán parte de la red pública integral de salud y del sistema de seguridad social.

Así, los artículos 371 y 374 de la Constitución, establecen que las prestaciones de la seguridad social son financiadas con el mismo aporte que realizan los socios y las contribuciones que realiza el Estado. Es importante destacar además que las prestaciones

en dinero no son susceptibles de embargo, retención o embargo con la salvedad de los casos de alimentos u obligaciones contraídas en favor de la Institución aseguradora.

De lo citado se rescata que nuestra Constitución contiene una serie de normas referentes a la seguridad social, normas que establecen claramente el alcance, financiamiento, funcionamiento y principios que rigen a la misma. Sin embargo como ya se mencionó, existen otros cuerpos normativos que se refieren a esta situación, de manera que el presente análisis también se encuentra sustentado en el Código de Trabajo en el Título I, De Los Contratos Individuales de Trabajo, Capítulo I, De su naturaleza y especie. Resultando imperioso citar ciertos artículos del mencionado Código.

En el Código de Trabajo se establece una garantía para el trabajador que presenta reclamos o denuncias por falta de afiliación al IESS, pues en su Art. 172 señala que cuando el trabajador presente un reclamo o denuncia justificada en contra de su empleador, tendrá una estabilidad de dos años en su trabajo, pero por el contrario si dicha denuncia es injustificada, será causal para que el patrono dé por terminado su contrato de trabajo.

Esta norma extiende la posibilidad al trabajador, de hacer efectivo su derecho cuando el empleador este incumpliendo su deber y no lo ha asegurado al IESS, privándole de los beneficios que le corresponden.

A más del Código de Trabajo también tenemos la Ley de Seguridad Social, en este cuerpo legal se encuentran contenidas una serie de normas que establecen la organización, funcionamiento y financiamiento del IESS, además se establece las contingencias de las que el trabajador se protege al estar asegurado y la forma en que este derecho se efectiviza.

El artículo 20 contempla la forma en la que el IES se organizará, mencionado que son órganos de gobierno y dirección superior del IESS, responsables de la aplicación del Seguro General Obligatorio en el territorio nacional: El Consejo Directivo, La Dirección General; y La Dirección Provincial.

En cuanto a los recursos que financiarán el Seguro General Obligatorio, el artículo 4 establece que dichas prestaciones serán financiadas por la aportación individual obligatoria de los afiliados, además se considerará la aportación patronal obligatoria de los empleadores, privados y públicos, para cada seguro, cuando los afiliados sean trabajadores sujetos al Código del Trabajo; y en el caso de los empleados públicos la aportación patronal obligatoria de los empleadores públicos, cuando los afiliados sean servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; también se tendrá en cuenta la contribución financiera obligatoria del Estado, para cada seguro, las reservas técnicas del régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional, los saldos de las cuentas individuales de los afiliados al régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio, los ingresos provenientes del pago de los dividendos de la deuda pública y privada con el IESS por concepto de obligaciones patronales, los ingresos provenientes del pago de dividendos de la deuda del Gobierno Nacional con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, las rentas de cualquier clase que produzcan las propiedades, los activos fijos, y las acciones y participaciones en empresas, administrados por el IESS, los ingresos por enajenación de los activos de cada Seguro, administrados por el IESS, los ingresos por servicios de salud prestados por las unidades médicas del IESS que se entregarán al Fondo Presupuestario del Seguro General de Salud, los recursos de cualquier clase que fueren asignados a cada seguro en virtud de leyes especiales para el cumplimiento de sus fines, y las herencias, legados y donaciones.

El artículo 10 menciona que todo trabajador en relación de dependencia estará protegido de las contingencias señaladas en el artículo 3, y estas son: Enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, vejez , muerte, e invalidez, que incluye discapacidad, y cesantía.

En el artículo 73 consta la obligatoriedad de registrar al trabajador y el pago de las aportaciones, pues el empleador está obligado, bajo su responsabilidad y sin necesidad de reconvención, a inscribir al trabajador o servidor como afiliado del Seguro General Obligatorio desde el primer día de labor, y a remitir al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince (15) días, con excepción de los empleadores del sector

agrícola que están exentos de remitir los avisos de entrada y de salida, acreditándose el tiempo de servicio de los trabajadores únicamente con la planilla de remisión de aportes, sin perjuicio de la obligación que tienen de certificar en el carné de afiliación al IESS, con su firma y sello, la fecha de ingreso y salida del trabajador desde el primer día de inicio de la relación laboral. El incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con el Reglamento General de Responsabilidad Patronal. El empleador dará aviso al IESS de la modificación del sueldo o salario, la enfermedad, la separación del trabajador, u otra novedad relevante para la historia laboral del asegurado, dentro del término de tres (3) días posteriores a la ocurrencia del hecho. El IESS está obligado a entregar al afiliado una tarjeta personalizada que acredite su incorporación al Seguro General Obligatorio, dentro del plazo de treinta (30) días posteriores a la inscripción a cargo del empleador o a la fecha de aceptación de la solicitud de afiliación voluntaria. El afiliado está obligado a exhibir su tarjeta personalizada para todo trámite o solicitud de prestación ante el IESS o las administradoras de los seguros sociales, y a presentarla al nuevo empleador para el reconocimiento de sus derechos previsionales desde el momento de su ingreso. El empleador y el afiliado voluntario están obligados, sin necesidad de reconvención previa, a pagar las aportaciones del Seguro General Obligatorio dentro del plazo de quince (15) días posteriores al mes que correspondan los aportes. En caso de incumplimiento, serán sujetos de mora sin perjuicio de la responsabilidad patronal a que hubiere lugar, con sujeción a esta Ley. En cada circunscripción territorial, la Dirección Provincial del IESS está obligada a recaudar las aportaciones al Seguro General Obligatorio, personales y patronales, que paguen los afiliados y los empleadores, directamente o a través del sistema bancario.

Además el pago de la aportaciones debe realizarse directamente al IESS, es por ello que el artículo 79 establece la nulidad del pago directo de aportes al trabajador y lo establece de la siguiente manera: “Con la excepción prevista en el Código del Trabajo, toda transacción, pago o entrega que se hiciera directamente al trabajador relacionada con aportes, descuentos o fondos de reserva, será nula y no obligará al Instituto.”

El artículo 89 señala que la mora en el envío de aportes, fondos de reserva y descuentos por préstamos quirografarios, hipotecarios y otros dispuestos por el IESS y

los que provengan de convenios entre los empleadores y el Instituto, causará un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, incrementado en cuatro puntos.

El artículo 97 se refiere a la responsabilidad solidaria de los sucesores del patrono en mora, estableciendo que si la empresa, negocio o industria, cambiare de dueño o tenedor el sucesor será solidariamente responsable con su antecesor por el pago de aportes, fondos de reserva y más descuentos a que éste estuvo obligado con los trabajadores por el tiempo que sirvieron o laboraron para él, sin perjuicio de que el sucesor pueda repetir el pago contra el antecesor, por la vía ejecutiva.

En el artículo 104, 105 y 106 se hace referencia a la contingencia de enfermedad, mencionando que en este caso, el afiliado tendrá derecho a la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y de rehabilitación, con sujeción a los protocolos de diagnóstico y terapéutica elaborados por los especialistas médicos del IESS y aprobados por la administradora de este Seguro y además un subsidio monetario de duración transitoria, cuando la enfermedad produzca incapacidad en el trabajo. Los familiares del afiliado no tendrán derecho al subsidio.

En caso de maternidad, la asegurada tendrá derecho a la asistencia médica y obstétrica necesaria durante el embarazo, parto y puerperio, cualquiera sea la calificación de riesgo del embarazo y a un subsidio monetario, durante el período de descanso por maternidad, en el caso de la mujer trabajadora, y la asistencia médica preventiva y curativa del hijo, con inclusión de la prestación farmacológica y quirúrgica, durante el primer año de vida, sin perjuicio de la prestación de salud hasta los dieciocho (18) años de edad.

El artículo 107 establece que se causará derecho a las prestaciones de este Seguro cuando el afiliado o la afiliada hayan cumplido seis (6) imposiciones mensuales ininterrumpidas, para contingencia de enfermedad, y doce (12) imposiciones mensuales ininterrumpidas, anteriores al parto, para contingencia de maternidad, y en el caso del subsidio monetario por enfermedad, seis (6) imposiciones mensuales ininterrumpidas.

El afiliado o la afiliada que dejaren de aportar, conservarán su derecho a las prestaciones de enfermedad o maternidad hasta dos (2) meses posteriores al cese de sus aportaciones. Se exceptúa del tiempo de espera para contingencia de enfermedad al jubilado y al derechohabiente de orfandad en goce de pensiones. La prestación de salud se realizará con tecnologías apropiadas a la disponibilidad de recursos del Seguro, sin menoscabo de la calidad y dentro de los rangos de suficiencia que determinen los protocolos de diagnóstico y tratamiento aprobados por la Administradora del Seguro General de Salud

En cuanto a la cesantía el artículo 170 señala que el Seguro General Obligatorio protegerá al afiliado en relación de dependencia contra la contingencia de cesantía a los actuales trabajadores afiliados menores de cuarenta (40) años, los comprendidos entre cuarenta (40) y cuarenta y nueve (49) años que ejerciten la opción por el sistema mixto de pensiones y, los que ingresaren como afiliados al IESS a partir de la vigencia de esta Ley, mediante la contratación de una póliza de seguro colectivo, debidamente reasegurada, que se financiará con una fracción de los rendimientos de la inversión del fondo de reserva del trabajador, en los términos que señala esta Ley, y a los trabajadores afiliados mayores de cuarenta (40) años que no ejerciten la opción por el sistema mixto de pensiones, y los mayores de cincuenta (50) años amparados por el régimen de transición, tendrán derecho a la prestación de cesantía en la forma que señalan los artículos 283 y 284 de esta Ley.

El artículo 197 y 198 se refieren al subsidio para funerales, estableciendo que es un auxilio en dinero que se entrega a los deudos del jubilado o afiliado, siempre que éste último tuviere acreditadas seis (6) imposiciones mensuales, por lo menos, dentro de los últimos doce (12) meses anteriores a su fallecimiento, en la cuantía que reglamentará el IESS y serán beneficiarios de este subsidio los derechohabientes de montepío por viudez y orfandad. A falta de éstos, podrá reclamar el subsidio la persona que demostrare ante el IESS haber cancelado los costos del funeral.

Las citadas normas permiten conocer de manera clara la organización del IESS y los beneficios que el trabajador obtiene al ser asegurado como también la forma de hacerlos efectivos, lo cual resulta muy satisfactorio pues evidentemente el derecho ha

evolucionado positivamente estableciendo estos preceptos normativos que en otras épocas no existían y no se reconocía ningún derecho al trabajador.

3.2 Delitos laborales tipificados en el Código Orgánico Integral Penal

Una vez que se ha presentado una parte de la normativa que contiene los derechos laborales, es preciso señalar además que, el Código Orgánico Integral Penal contiene disposiciones que regulan los delitos contra el Derecho al Trabajo y la Seguridad Social.

Dentro del Código Orgánico Integral Penal, en el Libro I, Título IV, Capítulo III, se encuentran contemplados los Delitos contra los derechos del buen vivir, en la Sección 6ta los Delitos contra el Derecho al Trabajo y Seguridad Social.

A continuación es preciso conceptualizar que es el derecho al trabajo, para lo cual citaré el concepto de Jaime Luis Navas, mismo que es tomado por Isabel Robalino y sostiene: “El derecho del trabajo es la rama que ordena el régimen profesional del trabajo dependiente y consiguientemente regula los elementos subjetivos, objetivos, formales y estructurales vinculados al trabajo dependiente y en cuanto que estén vinculados al mismo” (Robalino Bolle, 1998, pág. 5).

Lo mencionado se refiere a que el derecho del trabajo es el encargado de regular la relación laboral y naturalmente a sus intervinientes tanto trabajador como empleador, estableciendo los derechos y obligaciones de cada uno de ellos, buscando el buen desarrollo de dicha relación.

Otro concepto es el dado por Eugenio Guerrero quien manifiesta: “El derecho del trabajo, es la base de la cual derivan los derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios” (GUERRERO & Guerrero, 1971, pág. 29).

Concepto que de igual manera que el anterior busca establecer los derechos y obligaciones de trabajadores y empleadores para así mantener un relación laboral.

Teniendo claro el concepto de derecho al trabajo se deduce que la relación laboral nace del contrato de trabajo que necesariamente que existir, pudiendo éste ser expreso o tácito.

Además del derecho al trabajo, emergen derechos de los trabajadores, básicamente dos de ellos que se constituyen en bienes jurídicos protegidos para la tipificación correspondiente.

- Derecho a la Huelga
- Derecho a la Seguridad Social (a la afiliación y a la justa afiliación).

La legislación penal contempla tres tipos penales con relación al derecho laboral, entre ellos están los siguientes.

1. Impedimento o limitación al derecho de huelga.
2. Retención Ilegal de aportes al IESS.
3. No Afiliación al IESS.

Impedimento o limitación al derecho de huelga

El artículo 241 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta el tipo penal Impedimento o Limitación al Derecho a la Huelga y manifiesta: “La persona que, mediante engaños o abuso de situación de necesidad, impida o limite el ejercicio del derecho a tomar parte a una huelga, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses. Si la conducta descrita se realiza con fuerza, violencia o intimidación, la pena será de seis meses a un año.”

Este tipo penal establece dos sanciones dependiendo de cómo se lo realice, pues si solamente se le impide o limita existe una sanción de pena privativa de libertad de dos a seis meses y si esta limitación se realiza con fuerza, violencia o intimidación la sanción es de seis meses a un año.

Este derecho se encuentra concebido también en el Código de Trabajo en el artículo 467 en el que se manifiesta que la huelga es la suspensión colectiva del trabajo por los trabajadores colegiados de manera que si son los patronos o empleadores los que se juntan para la suspensión del trabajo es paro.

El art. 497 del Código de Trabajo señala que la huelga debe ser declarada por el Comité de Empresa (donde lo hubiere) o la mitad más uno de los trabajadores.

En cuanto a este delito debemos destacar que los verbos rectores son impedir o limitar o cabe destacar que en este delito no cabe prisión preventiva como medida cautelar, porque la pena no supera el año.

Retención ilegal de aportaciones al Seguro Social

El artículo 242 del Código Orgánico Integral Penal describe este tipo penal y establece: “La persona que retenga los aportes patronales o personales o efectúe los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Para el efecto, la o el afectado, el Director General o el Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en su caso, se dirigirá a la Fiscalía para que inicie la investigación respectiva. Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica, será sancionada con la clausura de sus locales o, hasta que cancele los valores adeudados.”

En cuanto a este delito se puede rescatar que no es un tipo penal nuevo, porque este derecho a más de proteger a la Seguridad Social, también protege el patrimonio, es por eso que anteriormente ya se lo consideraba como defraudación.

Lo que configura este tipo penal es la apropiación de valores que deben ser entregados al IESS, pues al no depositar dichos valores dentro del plazo máximo de 90 días, se constituye el delito.

Cabe rescatar que la pena privativa que se establece para este delito es de uno a tres años y, en el caso que se determine la responsabilidad penal de una persona jurídica, la sanción será la clausura de los locales o establecimientos hasta que dichos valores sean cancelados.

Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

La falta de afiliación al IESS es un nuevo tipo penal que se ha introducido en el Código Orgánico Integral Penal, pues ante esta falta existían solamente sanciones penales.

El artículo 243 del Código Orgánico Integral Penal establece: “ En el caso de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de afiliar a uno o más de sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada empleado no afiliado, siempre que estas no abonen el valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado.”

Artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal “La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días. Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada.”

La normativa penal señalada establece que dependerá del acto y del resultado para que en cada caso, se configure un delito o contravención penal, pues la estructura

objetiva en las dos hipótesis punitivas son las mismas, cambiando solamente los sujetos activos.

Es importante resaltar que, como ya se señaló en el anterior capítulo un tipo penal está constituido por unos elementos básicos, estos son: La conducta, antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad.

En cuanto a la conducta de la Falta de Afiliación al IESS, se rescata que existen dos hipótesis:

El 1º caso se trata de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de Afiliación al IESS a sus trabajadores, el resultado es un Delito.

El 2º caso se refiere al empleador (persona natural) que no afilie a sus trabajadores, el resultado es contravención.

Tanto en el primer como en el segundo caso nos encontramos frente a un delito de omisión propia porque la obligación de afiliar se encuentra contemplada en la ley, así mismo se permite la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores.

Se establece además una multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada empleado no afiliado.

3.3 Circunstancias que motivaron la penalización de la Falta de afiliación al IESS.

En el proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal de fecha 18 de octubre del 2011, se exponen los motivos por los que se tipifica y penaliza la Falta de Afiliación al IESS.

Se manifiesta que la Seguridad Social es un derecho constitucional e irrenunciable de todas y todos los ciudadanos, pues es deber fundamental del Estado velar por su cumplimiento, derecho que es frecuentemente vulnerado por empleadores públicos, privados y el Estado en cuanto al pago de las contribuciones que le corresponden.

El derecho a la Seguridad Social se encuentra vinculado con el derecho al trabajo históricamente, por lo que una de las formas de precarización laboral ha sido por la falta de afiliación al IESS de los trabajadores por parte de sus empleadores.

Otro punto a analizar es que, el aporte que se hace al IESS es personal (9,35%) y patronal (11,15%), valores que muchas ocasiones han sido descontados a las y los trabajadores y nunca han sido depositados al IESS, al respecto el art. 237 de la Constitución señala que “.....El incumplimiento de las obligaciones, el fraude, la simulación. Y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizaran y sancionaran de acuerdo con la ley”.

Es preciso manifestar que el Código de Trabajo y la Ley de Seguridad Laboral ya contienen disposiciones que sancionan las situaciones manifestadas, sin embargo para aplicar las sanciones es necesario que el trabajador denuncie a su empleador, situación que es considerada limitante para hacer valer los derechos de los trabajadores ya que se estaría poniendo en riesgo su trabajo al ser la parte débil de la relación laboral.

Se debe considerar además que, con la penalización de la no afiliación al IESS, no solo se restringe a los trabajadores de los beneficios que presta el Seguro Social, sino también se sanciona por el aprovechamiento y fraude que los empleadores hacen de esos recursos.

En base a estas circunstancias y la consulta popular realizada el 7 de Mayo del 2011, en la que entre las preguntas dirigidas a la ciudadanía se consultó: ¿Está usted de acuerdo 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?, propuesta que fue aceptada con el voto mayoritaria de la ciudadanía ecuatoriana; la Asamblea Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas en la Constitución, tipifican y sancionan la no afiliación al IESS, delito que se encuentra contenido en el artículo 243 y 244 del Código Orgánico Integral Penal.

3.4 El bien jurídico protegido en la Falta de Afiliación al IESS

Es oportuno puntualizar que sólo los casos de lesión de un bien jurídico protegido, son recogidos en un tipo penal, así el Derecho Penal está destinado a proteger bienes jurídicos pudiendo ser estos de diferente índole. La doctrina no ha logrado establecer un concepto como tal de “bien jurídico”, sin embargo se ha dicho que bien jurídico es “...aquél valor protegido por la norma del cual surge la forma de interpretación estricta de los tipos penales, más aun si se entiende, como venimos afirmando, que el bien jurídico a proteger es, en esencia, un concepto basado en el ser de la libertad, tanto subjetiva como intersubjetiva, y a cuyas condiciones de existencia se refieren las jurídicas de conducta”. (Donna Edgardo, 2006, pág. 120)

Continuando con las ideas manifestadas, el bien jurídico tiene un carácter protector, pues protege un derecho subjetivo a través de la tipificación de las conductas delictivas.

Siendo por tanto, el bien jurídico protegido aquel valor que el derecho penal brinda protección, en el caso del delito por la falta de afiliación al IESS, el bien jurídico protegido es la integridad física de los ciudadanos, pues la seguridad social brinda protección en los casos de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad, y cesantía.

3.5 Estadísticas que representan la efectividad de sancionar penalmente la Falta de Afiliación al IESS

En el presente trabajo se aplica la prueba de T-student para verificar la efectividad de la norma penal que contiene una sanción por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

La prueba de T-student fue desarrollada en 1899 William Sealey y es utilizada para verificar que ocurre dentro de una misma población, antes y después de aplicar un estímulo, en este caso se establecerá si existe una diferencia estadística significativa en

la población antes y después de que la norma sancione penalmente la falta de afiliación al IESS.

Este concepto estadístico que es la Prueba T-student permite a una misma población analizarle antes de aplicarle un estímulo y después de aplicarle dicho estímulo, en este caso se va a analizar a un grupo de población antes de que exista una sanción penal por la falta de afiliación al IESS y después de que se sanciona la falta de afiliación al IESS con una pena.

Este análisis está basado en dos hipótesis a considerar para establecer si la normativa penal que sanciona la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ha resultado eficaz, para lo cual planteamos las hipótesis que marcan el inicio de la prueba de T-student y estas son: H_0 = hipótesis nula que dice no influye la ley en la cantidad de afiliados y H_a = hipótesis alternativa que dice existe relación entre el marco legal y la cantidad de afiliados.

Nuestro objetivo con esta prueba es demostrar que se acepta la hipótesis nula porque efectivamente no existe relación entre la normativa penal y el número de personas afiliadas, o en su defecto se descarta esta hipótesis dando paso a la otra opción que es la hipótesis alternativa porque si existe relación entre la normativa penal y los afiliados pues si ha tenido incidencia el marco legal con el número de personas afiliadas al IESS, esta incidencia puede ser positiva porque después de la sanción penal hay un mayor número de personas afiliadas o por el contrario existe una menor número de afiliados, lo cual se verificará con el resultado de la prueba.

Tabla 1 Datos proporcionados por el IESS, departamento Legal; febrero 2016

Año/mes	Trabajador no remunerado del hogar	Privada	Publica	Voluntario / independiente	Relación Trabajo
2012/Jan		1975312	502332	41812	2519456
2012/Feb		1976608	511621	42223	2530452
2012/Mar		1996315	522354	42330	2560999
2012/Apr		2016351	528917	42661	2587929
2012/May		2040698	528447	42786	2611931
2012/Jun		2057968	533470	42919	2634357
2012/Jul		2081026	536566	43257	2660849
2012/Aug		2099117	538236	43691	2681044
2012/Sep		2118901	540306	44113	2703320
2012/Oct		2145098	545454	44484	2735036
2012/Nov		2165404	552060	44915	2762379
2012/Dec		2162982	553769	45136	2761887
2013/Jan		2183841	547623	45010	2776474
2013/Feb		2180274	565930	45711	2791915
2013/Mar		2196114	566377	46284	2808775
2013/Apr		2213538	571033	46782	2831353
2013/May		2226712	577497	47383	2851592
2013/Jun		2237329	582388	47507	2867224
2013/Jul		2254188	583767	47457	2885412
2013/Aug		2266733	584283	47452	2898468
2013/Sep		2283331	586055	47234	2916620
2013/Oct		2301643	588299	46702	2936644
2013/Nov		2316240	590063	44244	2950547
2013/Dec		2309476	588676	44934	2943086
2014/Jan		2320426	573234	56209	2949869
2014/Feb		2315840	584123	61151	2961114
2014/Mar		2314713	588772	65464	2968949
2014/Apr		2322460	593434	68417	2984311
2014/May		2330295	595725	72527	2998547
2014/Jun		2333337	601042	74689	3009068
2014/Jul		2340120	605116	76810	3022046
2014/Aug		2361634	605219	79192	3046045
2014/Sep		2381743	609870	81981	3073594
2014/Oct		2395264	613938	89813	3099015
2014/Nov		2402600	623068	91289	3116957
2014/Dec		2394574	620736	91288	3106598
2015/Jan		2379367	598503	97503	3075373
2015/Feb		2364025	606981	97074	3068080
2015/Mar		2369716	618190	100764	3088670
2015/Apr		2366457	620381	102777	3089615
2015/May		2367354	624645	104267	3096266
2015/Jun		2370169	628192	105306	3103667
2015/Jul		2368541	632615	107079	3108235
2015/Aug		2363038	632791	108844	3104673
2015/Sep		2365635	632591	110998	3109224
2015/Oct	67010	2357731	636636	112820	3174197
2015/Nov	77552	2339902	636478	112932	3166864
2015/Dec	82037	2315740	635478	112349	3145604

Nota: Datos período:01-2012 A 12-2015

En la tabla 1 se muestra el número de personas afiliadas al IESS tanto en el sector público como en el sector privado, información que ha sido proporcionada por el departamento legal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Esta información es utilizada como base para aplicar la prueba de T-student y determinar la eficacia de la normativa penal, que sanciona la falta de afiliación al IESS ya que la información que se encuentra en la tabla corresponde al 2012, 2013, 2014 y 2015, es decir antes y después de que entre en vigencia la normativa que contiene una sanción penal por la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tanto en el sector público como en el privado.

Tabla 2 Porcentaje de aumento de afiliados antes de la Ley.

Comparación mensual	Sector privado	Porcentaje	Sector público	Porcentaje
Años 2012 vs 2013				
Enero	208529	9,55	45.291	8,27
Febrero	203666	9,34	54.309	9,60
Marzo	199799	9,10	44.023	7,77
Abril	197187	8,91	42.116	7,38
Mayo	186014	8,35	49.05	8,49
Junio	179361	8,02	48.918	8,40
Julio	173162	7,68	47.201	8,09
Agosto	167616	7,39	46.047	7,88
Septiembre	164430	7,20	45.749	7,81
Octubre	156545	6,80	42.845	7,28
Noviembre	150836	6,51	38.003	6,44
Diciembre	146494	6,34	34.907	5,93
Año 2013 vs 2014				
Enero	136.585	5,89	25.611	4,47
Febrero	135.566	5,85	18.193	3,11
Marzo	118.599	5,12	22.395	3,80
Abril	108.922	4,69	22.401	3,77
Mayo	103.583	4,45	18.228	3,06
Junio	96.008	4,11	18.654	3,10
Julio	85.932	3,67	21.349	3,53

En la tabla 2 se muestra la tendencia de las diferencias que existen por año, tendencia que muestra cuanto crece por año la cantidad de afiliados, esto sin necesidad de que exista una sanción penal por la falta de afiliación al IESS pues en todo lo referente a generación se pronostica que el año siguiente la población haya crecido y por ende el porcentaje de personas afiliadas aumenta. Este porcentaje se obtuvo realizando una comparación mensual a año móvil entre los años 2012, 2013 y 2014, buscando que sea equitativo pues por lo general en los primeros meses del año suelen registrarse un mayor número de personas afiliadas.

Tabla 3 Porcentaje de aumento de afiliados después de la Ley.

Comparación mensual	Sector privado	Porcentaje	Sector público	Porcentaje
Agosto	94.901	4,02	20.936	3,46
Septiembre	98.412	4,13	23.815	3,90
Octubre	93.621	3,91	25.639	4,18
Noviembre	86.36	3,59	33.005	5,30
Diciembre	85.098	3,55	32.06	5,16
Año 2014 vs 2015				
Enero	58.941	2,48	25.269	4,22
Febrero	48.185	2,04	22.858	3,77
Marzo	55.003	2,32	29.418	4,76
Abril	43.997	1,86	26.947	4,34
Mayo	37.059	1,57	28.92	4,63
Junio	36.832	1,55	27.15	4,32
Julio	28.421	1,20	27.499	4,35
Agosto	1.404	0,06	27.675	4,37
Septiembre	16.108	0,68	22.721	3,59
Octubre	37.533	1,59	22.698	3,57
Noviembre	62.698	2,68	13.41	2,11
Diciembre	78.834	3,40	14.742	2,32

En la tabla 3 se continua realizando el análisis también después de entrar en vigencia la normativa que contiene una sanción penal por la no afiliación al IESS y se nota que se mantiene la tendencia creciente, esta tendencia es representada a través de un porcentaje de aumento que corresponden tanto al sector público como al privado y de igual manera que el dato anterior, el mismo se obtuvo realizando una comparación

mensual a año móvil entre los años 2012, 2013 y 2014, buscando que sea equitativo pues por lo general en los primeros meses del año suelen registrarse un mayor número de personas afiliadas.

Tabla 4 Diferencias en el Sector Privado antes y después de la Ley

Meses	Diferencias antes de ley	Diferencias después de la ley	D	(d-dm)2
Agosto	167.616	94.901	72715	32389378,03
Septiembre	164.430	98.412	66018	1011700,694
Octubre	156.545	93.621	62924	16808633,36
Noviembre	150.836	86.360	64476	6491454,694
Diciembre	146.494	85.098	61396	31672508,03
Enero	136.585	58.941	77644	112787940
Febrero	135.566	48.185	87381	414414234,7
Marzo	118.599	55.003	63596	11750041,36
Abril	108.922	43.997	64925	4405101,361
Mayo	103.583	37.059	66524	249833,3611
Junio	96.008	36.832	59176	61588488,03
Julio	85.932	28.421	57511	90493998,03
Promedio			67023,83	784063311,7

En la tabla 4 se encuentra representada la diferencia existente antes y después de que entre en vigencia la normativa penal que sanciona la falta de afiliación al IESS en el sector privado, para lo cual ha sido necesario aplicar la fórmula establecida $(d-dm)^2$.

Tabla 5 Diferencias antes y después de la ley en el sector público

Meses	Diferencias antes de la ley	Diferencias después de la ley	D	(d-dm)2
Agosto	46047	20.936	25111	507999008
Septiembre	45749	23.815	21934	374880590
Octubre	42845	25.639	17206	214149078
Noviembre	38003	33.005	4998	5884667,361
Diciembre	34907	32.060	2847	75533,36111
Enero	25611	25.269	342	4973643,361
Febrero	18193	22.858	-4665	52376581,36
Marzo	22395	29.418	-7023	92067223,36
Abril	22401	26.947	-4546	50668296,69
Mayo	18228	28.920	-10692	175938117,4
Junio	18654	27.150	-8496	122504313,4
Julio	21349	27.499	-6150	76076191,36
Promedio			2572,167	1677593244

En la tabla 5 se encuentra representada la diferencia existente antes y después de que entre en vigencia la normativa penal que sanciona la falta de afiliación al IESS en el sector público, para lo cual ha sido necesario aplicar la fórmula establecida $(d-dm)^2$.

Tabla 6 Parámetros de la prueba de T-student para datos del sector privado

Parámetro	Valor
Alfa	0,05
Gl	11
T	27,5005046
T tabla	1,796

La tabla 6 muestra los parámetros para aplicar la prueba T-student en el sector privado, el nivel de significancia es de 0,05, mientras que los grados de libertad se calcularan de acuerdo al número de meses $-1 G.L. = (N-1)$, por lo que en nuestro caso el $GL = 11$, para obtener el valor de T de tabla que es 1,796 nos basamos en los grados de libertad que es 11 y el nivel de significancia que es $p < .05$.

El valor de T calculada es de 27,5005046, mientras que el valor de T de tabla es de 1,796, resultando por tanto que T calculado es mayor que la T de tabla, por lo que se rechaza H_0 (hipótesis nula) y se da paso a H_a (hipótesis alternativa).

Tabla 7 Parámetros de la prueba T-student para datos del sector público

Parámetro	Valor
ALFA	0,05
GL	11
T	0,721510635
T TABLA	1,796

La tabla 7 muestra los parámetros para aplicar la prueba T-student en el sector público, el nivel de significancia es de 0,05, mientras que los grados de libertad se calcularan de acuerdo al número de meses -1 G.L.= (N-1), por lo que en nuestro caso el $GL = 11$, para obtener el valor de T de tabla que es 1,796 nos basamos en los grados de libertad que es 11 y el nivel de significancia que es $p < .05$.

El valor de T calculada es de 0,721510635, mientras que el valor de T de tabla es 1,796, de manera que T calculada es menor que T de tabla por lo que H_0 (hipótesis nula) no es rechazada.

Nuestras hipótesis de investigación son las siguientes:

H_0 : No influye la ley en la cantidad de afiliados sector privado

H_a : Existe relación entre el marco legal y la cantidad de afiliados

Resultados en el sector privado.

En el sector privado se rechaza la H_0 (hipótesis nula), debido a que luego de realizar la prueba de hipótesis utilizando la curva de T-student, se verifica, que con $p < .05$, el valor calculado de t , se encuentre en la zona de rechazo, de tal forma que se da acepta la H_a (hipótesis alternativa), lo cual significa que existe relación entre la normativa legal y el número de afiliados. Sin embargo esa influencia no siempre puede ser positiva, como ya se dijo anteriormente, y como en este caso, la sanción penal por la

falta de afiliación al IESS no contribuye para que el número de personas afiliadas al IESS aumente, sino todo lo contrario desde que la norma penal rige, en el sector privado el número de personas afiliadas al IESS ha disminuido.

Resultados en el sector público

En el sector público no se rechaza la H_0 (hipótesis nula), debido a que luego de realizar la prueba de hipótesis utilizando la curva de T-student, se verifica, que con $p < 05$, el valor calculado de t , se encuentra en la zona de aceptación, lo que significa que la sanción penal por la falta de afiliación al IESS, no influye en el número de personas afiliadas al IESS en el sector público, es decir, el número de personas afiliadas al IESS en el sector público se ha mantenido exactamente igual antes y después de que exista una sanción penal por la falta de afiliación al IESS.

CONCLUSIONES

1. La Seguridad Social es una garantía constitucional, reconocida y regulada en ciertos cuerpos normativos nacionales e internacionales y busca brindar ayuda a las personas en ciertos casos de desventaja que pueden presentarse a lo largo de su vida, brindando protección al ser humano como tal y a su familia.
2. Parte de la Seguridad Social es el Seguro General Obligatorio, que es una garantía y uno de los derechos de los trabajadores, por lo que todo empleador tiene el deber y la obligación de asegurar a sus empleados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y de esta forma el trabajador se encuentre protegido y pueda gozar de los beneficios que este seguro le proporciona, beneficios que en contra de la enfermedad, maternidad, riesgos de trabajo, vejez, muerte, invalidez, discapacidad y cesantía; buscando así que el trabajador no quede desprotegido ante cualquiera de estas contingencias.
3. En vista de que el empleador por mandato legal debe asegurar al trabajador, para que éste goce de los privilegios que la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social le brinda, considero que es vital manifestar que lo que la norma busca es proteger un bien jurídico, mismo que consiste en la integridad del trabajador, afirmación que la hago considerando las diferentes eventualidades de las que se protege al trabajador, al asegurarlo al IESS. Pues lo que se quiere es que el trabajador no quede desamparado si sufre una enfermedad o invalidez, en estos y otros casos se pretende que el trabajador este amparado por el Seguro y de esta forma precautelar su integridad tanto física como emocional.
4. El estado ecuatoriano en busca de que los derechos se cumplan y efectivicen, en este caso específico, el derecho de los trabajadores a la afiliación al

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ha adoptado medidas punitivas rigurosos, tal es el caso que el Código Orgánico Integral Penal contiene una sanción en el caso de que el empleador incumpla su obligación y deje de afiliarse al IESS a sus trabajadores. Sin embargo no se debe pasar por alto que entre los principios del derecho penal, se encuentra el principio de mínima intervención, es decir la aplicación del derecho penal se reducirá solamente a los casos en los que ya se han agotado todos los otros mecanismos, por lo que considero que la sanción es drástica ya que el objetivo de esta norma es conseguir un mayor número de trabajadores afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

5. En el caso de la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el caso de que el empleador sea una persona jurídica y no cumpla con la obligación de afiliarse al IESS a sus trabajadores, el resultado es un delito; mientras que si el empleador que no afilia a sus trabajadores es una persona natural, el resultado es una contravención.
6. Nos encontramos frente a un delito de omisión propia porque así la norma lo establece, pues el tipo penal se configura cuando el empleador deja de hacer algo estando en la obligación de hacerlo, de esta forma la norma es clara al establecer que es obligación del empleador, afiliarse a sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
7. La afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es un derecho de los trabajadores que debe registrarse para que el trabajador goce de los beneficios que le proporciona la misma. En los datos proporcionados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del número de trabajadores

registrados, se puede advertir un aparente crecimiento de personas afiliadas, sin embargo debemos considerar el constante crecimiento poblacional por lo que es necesario realizar un análisis estadístico más minucioso para obtener los resultados de la efectividad de la norma penal.

8. En el caso del sector privado, la norma que sanciona penalmente la falta de afiliación al IESS, si influye con el número de trabajadores afiliados, pero tal influencia resulta ser negativa ya que no se está cumpliendo el objetivo de esta norma que es conseguir que sean más las personas afiliadas, sino por el contrario, el número de personas afiliadas ha disminuido en el sector privado.
9. En el caso del sector público, la norma penal que sanciona la falta de afiliación al IESS, no influye de ninguna manera con el número de trabajadores afiliados, ya que la cifra de afiliados es la misma, antes y después de que exista una sanción penal. Esta situación es producto de que la afiliación al IESS es una política estatal y por tanto ya se venía cumpliéndola antes de que exista tal sanción y de la misma manera una vez que la norma penal entra en vigencia.
10. La normativa penal que sanciona la Falta de afiliación al IESS, no ha resultado efectiva, pues no se ha conseguido el objetivo que se buscaba, mismo que consistía en un mayor número de trabajadores afiliados al IESS.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

- Organización Internacional del Trabajo*. (19 de Febrero de 2015). Recuperado el 19 de Febrero de 2015, de Organización Internacional del Trabajo: <http://ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm>.
- Albán , E. (1992). *Teoría General del Delito. Régimen Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales.
- Albán Gomez, E. (2012). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte Especial*. Quito: IMPRESORES MYL.
- Albán Gómez, E. (2012). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte Especial*. Quito: Ediciones Legales.
- Barrera , B. (2005). *El delito Tributario*. Quito: Editorial Abya – Yala.
- Bedregal, R. (1981). *Seguridad Social*. Quito: Editorial Departamento de la Casa de la Cultura U.C.E.
- Donna Edgardo, A. (2006). *Los Fundamentos del Derecho Penal Liberal*. Argentina: Rubinzal Culzoni Editores.
- Fallas, R. N. (2002). *Revista Cien. Adm. Financ. Soc. Vol. 10. N1, 2002*. Recuperado el 20 de 05 de 2016, de Revista Cien. Adm. Financ. Soc. Vol. 10. N1, 2002: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-12592002000100002&script=sci_arttext
- Fallas, R. N. (2002). *Revista Cien. Adm. Financ. Soc. Vol. 10. N1, 2002*. Recuperado el 30 de 05 de 2016, de Sitio Web de Revista Cien. Adm. Financ. Soc. Vol. 10. N1, 2002: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-12592002000100002&script=sci_arttext
- Ferrero R., R. (1989). *Derecho Constitucional, Derecho del Trabajo*. Lima: Editora Ausonia.
- Fonfan, C. (1995). *Derecho Penal, Décimo Quinta Edición*. Buenos Aires – Argentina: Editorial Adeledo Perrot.
- GUERRERO, E., & Guerrero, E. (1971). *Relaciones Laborales*. México D. F.: Editorial Letras.
- Jijón Saavedra, M. (1991). *Derecho del Trabajo, Contribución al Estudio de la Legislación Laboral en el Ecuador, Segunda Edición*. Guayaquil: Universidad de Guayaquil.
- Maurach, R. (1994). *Teoría General del Derecho Penal y Estructura de Hecho Punible*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Méndez Cegarra, A. (1997). *La Reforma de la Seguridad Social*. Caracas: Departamento de Reproducciones del Instituto de Previsión del Profesorado de la Universidad Central de Venezuela,.
- Muñoz Conde , F. (1984). *Teoría General del Delito*. Bogotá – Colombia: Editorial Temis.
- Muñoz Conde, F. (1984). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis.
- Naranjo Iturralde, T. (1966). *Código del Seguro Social Ecuatoriano*. Quito: Editorial Universitaria.
- Reyes, A. (2002). *Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Robalino Bolle, I. (1998). *Manual de Derecho de Trabajo. Segunda Edición*. Quito: Editorial Mendieta.
- Ruiz, J., & otros, y. (1999). *La Reforma de la Seguridad Social en América Latina: Mito o realidad* . Quito: Editorial ILIDIS.
- Silva Legarda, R. (20 de Febrero de 2015). *Las tornadizas reglas del juego del IESS*. Recuperado el 20 de Febrero de 2015, de Las tornadizas reglas del juego del IESS:
<http://www.revistagestion.ec/wp-content/uploads/2014/04/Seguridad-social.pdf>
- Welzel, H. (12 Edición). *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. (1998). *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Ediar.