

DOI: <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v5i16.179>

Derecho penal laboral. La tipificación de infracciones penales en materia laboral en la República del Ecuador

Labor criminal law. The typification of criminal infractions in labor matters in the Republic of Ecuador

Lei criminal do trabalho. Tipificação de infrações penal em matéria de trabalho na República do Equador

Eduardo Alfredo Argudo-González ¹
eduardo.argudog@ug.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0001-5028-9509>

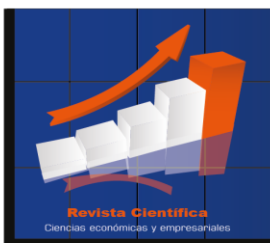
Luis Ernesto Argudo-González ²
luisernestoargudo@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-4272-1941>

Fausto Mauricio Tamayo-Vásquez ³
fm.tamayo@uta.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-1987-160X>

Correspondencia: eduardo.argudog@ug.edu.ec

* **Recepción:** 25/ 11/ 2019 * **Aceptación:** 30/12/ 2019 * **Publicación:** 14 /01/ 2020

- 1 Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas, Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas en la Universidad del Zulia, Venezuela, Docente Titular de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador.
- 2 Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Magíster en Derecho Constitucional, Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas en la Universidad del Zulia, Venezuela.
- 3 Doctor en Ciencias de la Educación, Abogado de los Tribunales de Justicia del Ecuador, Máster en Proyectos Educativos, Sociales y Financieros, Máster en Gestión Financiera, Máster en Derechos Humanos, Globalización y Políticas Públicas, Cursando Estudios de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Zulia, Venezuela, Docente Titular de la Universidad Técnica de Ambato, Ambato, Ecuador.



Resumen

La presente investigación se encuentra en el campo del Derecho Penal Laboral y determina el cumplimiento del mandato previsto en la última parte del segundo inciso del artículo 327 de la Constitución de la República del Ecuador, respecto a la disposición de sancionar y penalizar el fraude laboral, la simulación contractual y el enriquecimiento injusto en materia laboral, como formas de flexibilización laboral. Para ello, se verifica si el órgano de atribución exclusiva para la tipificación de infracciones penales, la Asamblea Nacional, ha cumplido con el precepto e introducido estas conductas a la legislación penal, así como, qué normas penales se han creado con el fin de proteger los derechos laborales; se realizó una breve comparación de legislación con similitudes a la cultura jurídica ecuatoriana. Para el cumplimiento de los objetivos se realizó una valoración cualitativa de la recopilación bibliográfica obtenida y el correspondiente análisis de resultados. Las conclusiones se presentan en el orden de la verificación del objeto de investigación, con el sucinto abordaje de una propuesta.

Palabras clave: Fraude laboral; simulación contractual; flexibilización; derecho penal laboral.

Abstract

The present investigation determines compliance with the mandate provided in the last part of the second paragraph of Article 327 of the Constitution of the República del Ecuador, regarding the provision of sanctioning and penalizing labor fraud, contractual simulation and unjust enrichment in labor matters. For this, it is verified if the exclusive attribution body for the criminal offenses classification, the Asamblea Nacional, has complied with the precept and introduced these conducts to the penal legislation, as well as, which penal norms have been created in order to protect labor rights; a brief comparison of legislation was made with similarities to the Ecuadorian legal culture. For the fulfillment of the objectives, a qualitative assessment of the collected bibliography and the corresponding analysis of results was carried out. The conclusions are presented in the order of the verification of the object of investigation, with the succinct approach of a proposal.

Keywords: Labor fraud; contractual simulation; flexibility; labor criminal law.

Resumo

Esta investigación se encuentra en el campo del Derecho Penal del Trabajo y determina el cumplimiento del mandato previsto en la última parte del segundo párrafo del artículo 327 de la Constitución de la República del Ecuador, en lo que respecta a la disposición de sancionar y penalizar fraudes laborales, simulación contractual y enriquecimiento injusto en cuestiones laborales, como formas de flexibilidad laboral. Para ello, se verifica si el órgano de atribución exclusiva de infracciones penales, la Asamblea Nacional, cumplió el precepto e introdujo esos comportamientos en la legislación criminal, así como qué normas criminales fueron creadas para proteger derechos laborales; se realizó una breve comparación de la legislación con similitudes con la cultura jurídica ecuatoriana. Para el cumplimiento de los objetivos, se realizó una evaluación cualitativa de la compilación bibliográfica obtenida y el correspondiente análisis de los resultados. Las conclusiones se presentan en el orden de verificación del objeto de investigación, con un abordaje conciso de una propuesta.

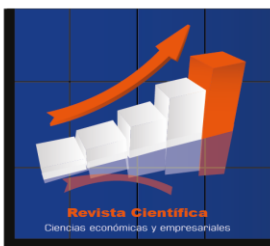
Palabras-clave: Fraude laboral; simulación contractual; flexibilización; derecho penal del trabajo.

Introducción

La lucha contra el proceso de explotación entre seres humanos es motivo de continuas discusiones a nivel político, social y jurídico; esto posiciona conquistas por parte de la clase trabajadora frente al avance de la industrialización y las nuevas formas empresariales que, cuya dinámica y desarrollo, se produce en muchos casos, en detrimento de los derechos laborales. Frente a ello, se encuentran las necesidades de políticas públicas que levanten economías en recesión y que requieren inversión y flujos de liquidez inmediatos, lo que conduce al Estado a permitir instrumentos de flexibilización laboral, por lo que en la aplicación de éstos es posible incurrir en conductas ilícitas.

Para efectos de evitar graves lesiones a los derechos de las personas trabajadoras, legislaciones de distintos países han previsto mecanismos proteccionistas. En el caso de la República del Ecuador, la norma constitucional expresamente:

“prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por



horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Finalmente, impone una obligación al legislador con un texto singular en el que prevé que el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley. Lo que hace necesario resolver la interrogante si el órgano legislativo ecuatoriano, a quien corresponde de forma exclusiva la tipificación de infracciones penales, dio cumplimiento al mandato constitucional describiendo en la legislación las conductas penales que servirán como instrumento de protección de los derechos de la persona trabajadora. Identificar estos tipos penales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano constituye entonces, el objetivo de este artículo.

Otras investigaciones previas en países latinoamericanos realizan aproximaciones al problema que se plantea. Así, en el artículo “Derecho penal e impunidad empresarial en Chile” se advierte que “en Chile el legislador no ha considerado que el trabajo deba ser objeto de protección penal.” (Winter, 2015:102). Por otro lado, en el artículo titulado “El derecho penal laboral en el Perú”, el autor concluye que “las normas penales que criminalizan delitos laborales sólo cumplen una mera función simbólica” (Caro, 1995:233). Estas constituyen en antecedentes de importancia que permiten el estudio del caso ecuatoriano.

La presente investigación es de naturaleza cualitativa, recupera mediante la recopilación bibliográfica, documentos doctrinarios y legales para el correspondiente análisis de los contenidos y la analogía de las conductas descritas como infracciones penales en la legislación ecuatoriana con el desarrollo de los conceptos previstos para ser sancionados de conformidad con la disposición constitucional. Además de ello, se elabora una breve comparación con legislaciones de otros países con cierta identidad jurídica a la ecuatoriana.

Luego del análisis de las descripciones típicas que están o pueden estar dirigidas al ámbito laboral, se conciben supuestos circunstanciales en los que estas conductas podrían adecuarse a las situaciones previstas en el estudio. Por supuesto, se cumple con la explicación y los comentarios de cada una de ellas, desde el punto de vista teórico del autor y de otros juristas.

Finalmente, se presentan las conclusiones principales, considerando el tiempo que tiene de vigencia la Constitución de la República del Ecuador y se expone una posible propuesta ante la verificación del problema.

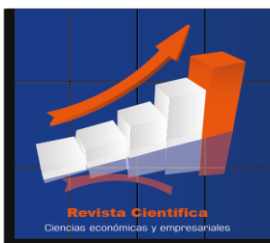
Desarrollo teórico

La Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum por sufragio universal, vigente desde el 20 de octubre de 2008; sustituyó a la Constitución Política de 1998. Al efecto, la norma constitucional determina la supremacía de este instrumento frente a otras normas y la capacidad de imposición de esta ante contradicciones de cuerpos inferiores. Cambió el paradigma de un estado social de derecho a un estado constitucional de derechos y justicia; donde el parámetro de medición del proceso de adecuación del ordenamiento jurídico interno nacional sean los derechos.

Uno de los cambios más importantes con la vigencia de la Constitución de de 2008 es la protección a los derechos de las personas trabajadoras; con la introducción de garantías normativas que impiden la violación a sus derechos y expresan prohibiciones de políticas laborales que producen estas violaciones. En contexto, la Ecuador había atravesado una de las más importantes crisis económicas en la década del 90 y una de las clases más afectadas era la trabajadora. Se introdujeron conceptos como el contrato de trabajo por horas, la intermediación y tercerización laboral, permisibilidad de simulaciones contractuales, entre otras formas de flexibilización.

Como mecanismo para amurallar estas garantías y evitar la implantación de nuevos instrumentos que transgredan los derechos de las personas trabajadoras; el artículo 327 (2008) dispuso expresamente que

“La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva...”



Además, al final del segundo inciso del artículo citado existe una disposición de cumplimiento futuro, en particular, se crea la necesidad de establecer sanciones penales ante conductas que agredan estos derechos o incumplan con las prohibiciones expresadas en este texto; así la norma textualmente dice: “El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.”

La reserva legal es una de las instituciones del positivismo jurídico más tradicionales (Tabarez, Chirinos y Soto, 2012) y es recogida por la Constitución de la República del Ecuador de 2008 en el artículo 132, el cual prevé las áreas sobre las cuales es necesaria la existencia de una ley formal. Una de las materias en la que rige este criterio es la tipificación de infracciones penales e imposición de penas como consecuencia de la misma. La competencia en cuestión es privativa del Estado ecuatoriano, que ejerce el *ius puniendi*, cuya función se transfiere al órgano legislativo; dándole el carácter de exclusiva y excluyente; es decir, la Asamblea Nacional del Ecuador tiene la competencia para tipificar infracciones penales y ningún otro órgano estatal puede hacerlo.

En la República del Ecuador, la Asamblea Nacional legisla y, por ende, crea, modifica y deroga leyes que contienen preceptos con la descripción de conductas reprochadas penalmente. Con la aprobación del Código Orgánico Integral Penal de 2014 y sus posteriores reformas, la legislación penal ecuatoriana se actualiza doctrinariamente con los conceptos de la tipicidad propios del finalismo y le da exclusividad al cuerpo normativo para la introducción de nueva tipología penal. Después de diez años de vigencia de la Constitución de la República del Ecuador y con una reforma integral a la legislación penal, aún no se encuentra tipificadas como infracción penal, previstas sanciones o penalizadas el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral. Ante ello, esta investigación procura definir cada uno de estos conceptos y establecer su necesidad de tipificación penal y punibilidad, en comparación con otros países de la región.

En la relación laboral existen obligaciones recíprocas entre la persona trabajadora y la parte empleadora; éstas se encuentran previstas en la ley, el contrato individual de trabajo, el contrato colectivo de trabajo o en los reglamentos internos aprobados por la autoridad competente. En particular, las obligaciones laborales de la parte empleadora se constituyen básicamente en pagar de forma puntual la remuneración pactada y sus adicionales que no podrá ser inferior a la

establecida por ley, afiliar a la persona trabajadora para que goce de sus derechos a la seguridad social, garantizar la salud laboral y evitar los riesgos de trabajo, permitir el acceso de derechos previstos en la Constitución y la ley, entre otros.

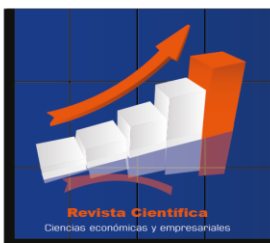
En el caso ecuatoriano, el Código del Trabajo es la norma regulatoria de las relaciones entre empleadores y personas trabajadoras, en ella se enlistan tanto los derechos y las obligaciones de cada una de las partes de la relación laboral. Así, el artículo 42 de la legislación laboral enumera las obligaciones de la parte empleadora, en 36 numerales.

La mora en el pago de remuneraciones, por ejemplo, es el retardo injustificado del empleador de cumplir con la obligación, cuando el deudor no cumple su obligación en la oportunidad o tiempo fijado, sino en una oportunidad posterior a la prometida, es por lo que la obligación se cumple con demora y de allí que comúnmente se denomine mora a esta forma de incumplimiento (Maduro y Pittier, 2001).

El incumplimiento de estas obligaciones conlleva la posibilidad de una reclamación administrativa o judicial, de derechos considerados irrenunciables y que, en el caso del Código del Trabajo ecuatoriano, tiene como consecuencia el pago de indemnizaciones, recargos o multas pecuniarias. Así, existe el triple del recargo a la remuneración no pagada en el último trimestre y reclamada por vía judicial (artículo 94), el recargo del cien por ciento de las vacaciones no gozadas durante el tiempo de servicio (artículo 74), la indemnización por despido intempestivo (artículo 188), prohibición de despido en caso de inamovilidad (artículo 152); entre otros.

Al tratarse de casos de incumplimiento de obligaciones legales o contractuales, para el sistema jurídico estos se consideran cuasi delitos, por lo que no requieren de la intervención penal sino únicamente de la acción reparatoria de los daños causados; en estos casos, por medio de las indemnizaciones previstas en la ley. Incluso, otras legislaciones han optado por el mismo criterio de lo innecesario de la tipificación de estas conductas como infracciones penales.

En las conductas previstas en la norma constitucional se encuentra el fraude laboral. Lo definimos como el engaño producido dentro de la relación laboral, realizando actos de esquivos de la ley, con el objeto de excluir a la parte empleadora del cumplimiento de sus obligaciones patronales y causándole un perjuicio económico a la persona trabajadora. Se constituyen en la descripción de una conducta en la que la parte empleadora, a través de la simulación, ocultamiento o alteración de la verdad, provoca dolosamente perjuicio a las personas trabajadoras a través de instrumentos,



políticas o sortilegios que engañan a la persona trabajadora o se aprovechan de su situación de necesidad.

En estos casos, la parte empleadora aprovechándose de la inferioridad en que se encuentra la persona trabajadora, obtiene su consentimiento respecto a una relación laboral fraudulenta o lo obliga a suscribir documentos de falso cumplimiento de obligaciones patronales. Entre las principales prácticas de encubrimiento o de fraude laboral encontramos: la compraventa mercantil, el contrato de transporte, el contrato de arrendamiento, el contrato de servicios, prestación de trabajo dentro de las cooperativas conformadas por trabajadores (Fernández, 2014).

En el Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador se tipifican conductas delictivas que se efectúan mediante el engaño, tales como la estafa y el abuso de confianza, a pesar que ninguna de ellas se enmarca exclusivamente al ámbito laboral puede adecuarse una conducta fraudulenta con intención de causar perjuicio económico a una persona trabajadora y obtener réditos de ese acto.

Particularmente en el tipo penal de la estafa, descrito en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, la conducta se configura mediante el engaño, al cual se define como: 1. Simular hechos falsos y 2. Alterar u ocultar hechos verdaderos. Así, podría darse una circunstancia en la que la parte empleadora pague a la persona trabajadora la remuneración con documentos falsos o con cheques girados, a sabiendas, sin provisión de fondos o contra cuenta cerrada. Se insiste que este es un ejemplo, más la estafa no está tipificada como una conducta de naturaleza laboral, aunque pueda darse en estos casos.

Por otro lado, existe la tipificación del delito de abuso de confianza en el artículo 187 del Código Orgánico Integral Penal, que en su descripción clásica es poco probable que puedan existir casos en el ámbito laboral. Sin embargo, el segundo inciso del artículo citado sanciona a quien “abusando de la firma de otra, en documento en blanco, extienda con ella algún documento en perjuicio de la firmante o de una tercera”. Lo que es recurrente en denuncias de personas trabajadoras que afirman haber firmado hojas en blanco en las que después se redactaron renunciaciones voluntarias o documentos de finiquito o pago de remuneraciones adeudadas; por lo que podríamos estar en una tipificación que se adecúa a la realidad de casos laborales.

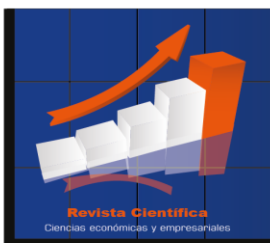
Respecto a la figura de la simulación contractual, negocial o laboral; existe un extenso desarrollo doctrinario de este concepto. Esta consiste en encubrir el carácter jurídico de un acto con la apariencia de otro; o en contener cláusulas que no son sinceras, fechas inexactas; o en constituir o transmitir derechos mediante personas interpuestas, a favor de distintas a las indicadas (Cabanellas, 1993).

Es importante tener en cuenta el desarrollo del concepto jurídico, puesto que, la simulación es absoluta cuando el acto carece de toda realidad y es relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia ocultadora de su verdadero carácter (Vial del Río, 2003). Esta conducta puede existir aún con el consentimiento contra quien se produce el perjuicio cuando, en figura similar al fraude laboral, se aprovecha de la situación de extrema necesidad del contratante débil de la relación, en este caso, la persona trabajadora.

Para poder describir esta conducta en un tipo penal, corresponde a la elusión o encubrimiento de parte del empleador mediante la actuación de un intermediario con el objeto de evitar la finalidad del contrato de trabajo, esto es la relación laboral personal y directa, y, por ende, todas las obligaciones laborales y previsionales de la persona trabajadora, que en la realidad es usuaria y beneficiaria de la fuerza de trabajo bajo dependencia y subordinación.

De forma tal que la simulación contractual en materia laboral, lo que pretende la parte empleadora es negar la existencia de una relación de dependencia o subordinación con la persona trabajadora. Cuando estas conductas son sometidas a decisiones judiciales, la carga de la prueba de la existencia de la relación de dependencia recae sobre la persona que alega la misma; ante ello, son valorados los atributos de esta subordinación. Así, son los atributos más importantes de la subordinación jurídica, la incorporación del trabajador en una organización jerárquica, la sujeción a los representantes del empleador y su competencia para emitir disposiciones, la potestad disciplinaria, la prestación personal y directa de la persona trabajadora, la imposición de una jornada laboral y, en general, la obligación del trabajador de cumplir las instrucciones que devengan del empleador o de las normas de la empresa. (Goldin y Feldman, 1999).

En la legislación penal ecuatoriana no existe una figura típica que describa la simulación contractual en materia laboral, a diferencia de países como Chile o España, por ejemplo, que tipifican expresamente estas infracciones penales. Sin embargo, es posible que esta conducta sea aplicable a la conducta denominada falsificación y uso de documento falso descrita en el artículo



328 del Código Orgánico Integral Penal ; al referirse a la falsedad ideal o ideológica del documento, privado en este caso, que constituye la inserción en un instrumento público de declaraciones deliberadamente inexactas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio (Ossorio, 2012).

Si bien no se emplea de forma directa y específica a la materia laboral, la aplicación de este tipo penal a la simulación laboral debe ser calificada como una conducta de mera actividad, en virtud que ésta no requiere la verificabilidad de una lesión o daño contra la persona trabajadora sino el solo hecho de intentar simular la relación laboral como una de otra naturaleza, por lo que también tomaría la connotación de ser un tipo de peligro abstracto, tal como lo explica Roxin (1997):

“los tipos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro [...] Por tanto la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo.”

Finalmente, dentro del listado previsto en la Constitución de la República del Ecuador encontramos al enriquecimiento injusto en materia laboral. Se lo define como el aumento injustificado del capital de una persona, a expensas de la disminución del de otra, a raíz de un error de hecho o acción contra derecho (Ossorio, 2012). De esta definición se determina la necesidad de requisitos para cometerla, así, el aumento del capital -de la parte empleadora en este caso-, que no exista justificación para ello, que haya causado perjuicio a otra persona -la trabajadora para este caso- y que se produzca como consecuencia de un error o acción dolosa.

Retornando la mirada a la legislación penal ecuatoriana, se encuentra la tipificación de una infracción penal denominada “enriquecimiento privado no justificado” en el artículo 297 del Código Orgánico Integral Penal, como una conducta que atenta contra el régimen del desarrollo y cuya justificación aparece para prevenir la evasión tributaria en la República del Ecuador; es valioso indicar que la motivación legislativa para su tipificación tiene su origen en el referéndum realizado el 7 de mayo de 2011 en el que la ciudadanía ecuatoriana se pronunció de forma positiva a la pregunta formulada con el respaldo del 46.60% de los votos válidos; se menciona que el cumplimiento al mandato no fue inmediato.

El tipo penal en mención describe la conducta con el siguiente texto: “La persona que obtenga para sí o para otra, en forma directa o por interpuesta persona, incremento patrimonial no justificado mayor a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general...”.

Las circunstancias constitutivas del tipo penal hacen improbable una sanción penal de producirse en materia laboral, por cuanto no se requiere determinar si el incremento se produjo en perjuicio de otra persona y el monto del incremento debe ser mayor a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, que al año 2019 es de USD 394,00; por lo que el perjuicio debería ser de USD \$ 78,800.00; monto de perjuicio irreal para la situación de la clase trabajadora ecuatoriana. Sumado a ello, es evidente que el enriquecimiento injusto se produce con una conducta previa que tampoco están tipificadas como son el fraude y la simulación en materia laboral.

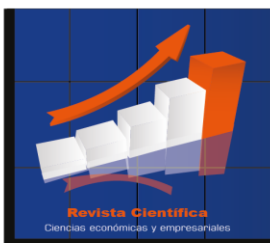
Luego de lo expuesto, no existen otras conductas típicas en la legislación penal ecuatoriana en la que sea posible comparar o hacer posible la similitud con las conductas de fraude, simulación o enriquecimiento injusto en materia laboral que ha previsto la Constitución de la República, pero existen tipificadas otras infracciones penales que tiene como objeto de protección jurídica los derechos de las personas trabajadoras.

La legislación penal ecuatoriana también contempla una infracción penal que tiene como bien jurídico protegido el derecho de las personas trabajadoras a ejercer la protesta de la organización colectiva a través de la huelga. Así, el artículo 241 del Código Orgánico Integral Penal tipifica la conducta denominada impedimento o limitación del derecho a la huelga con la siguiente descripción:

La persona que, mediante engaños o abuso de situación de necesidad, impida o limite el ejercicio del derecho a tomar parte en 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.

Asimismo, también se tipifican dos conductas que protegen al sistema de seguridad social, en ambos casos se requiere la condición previa de la justificación que la víctima es trabajadora de quien comete el hecho, por lo que excluimos a la simulación contractual en ellas, por cuanto al producirse la negativa de la parte empleadora del reconocimiento de la existencia de una relación



laboral, a la única autoridad que le corresponde determinarla es la justicia ordinaria especializada en el ámbito laboral.

La legislación penal describe dos conductas, una que sanciona a quien retenga los aportes personales de las personas trabajadoras en sus remuneraciones y no las transfiera al sistema de seguridad social (artículo 242); para este caso, procesalmente se determina un requisito de procedibilidad, la denuncia por parte del Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de la persona afectada.

La otra conducta es la falta de afiliación de una persona trabajadora que ha iniciado sus labores en relación de dependencia, para ello se prevé que la persona trabajadora deberá ser afiliada dentro de los treinta primeros días de iniciada la relación. Al respecto, se tipifican dos conductas; una delictiva (artículo 243) dirigida a la persona jurídica con sanción de intervención y multa pecuniaria; y otra contravencional (artículo 244) dirigida a la persona natural, con pena privativa de libertad de tres a siete días.

Art. 242.- Retención ilegal de aportación a la seguridad social.- 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.

Art. 243.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica.- En el caso de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de afiliar a uno o más de sus 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.

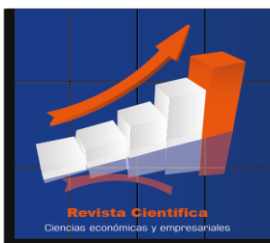
Art. 244.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días.

Cabe aclarar que estas infracciones penales se introdujeron al ordenamiento jurídico como consecuencia del referéndum del 7 de mayo de 2011 que se mencionó en líneas anteriores y en el cual la ciudadanía ecuatoriana manifestó su mayoritario respaldo en las urnas a la última pregunta con el 48.03% de votos válidos.

En el cumplimiento de tratados internacionales suscritos por la nación, se ha previsto el delito de trata de personas y determina que en éste existen fines de explotación contra las víctimas, una de ellas, la laboral. De tal forma que el artículo 105 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano (2014) describe la conducta típica en el sometimiento de trabajos forzados u otras formas de explotación laboral con una pena privativa de libertad de diez a trece años. Luego define cada uno de los seis supuestos casos de explotación laboral:

- Cuando se obligue o engañe a una persona para que realice, contra su voluntad, un trabajo o servicio bajo amenaza de causarle daño a ella o a terceras personas.
- Cuando en estos se utilice a niñas, niños o adolescentes menores a quince años de edad.
- Cuando se utilice a adolescentes mayores a quince años de edad en trabajos peligrosos, nocivos o riesgosos de acuerdo con lo estipulado por las normas correspondientes.
- Cuando se obligue a una persona a realizar un trabajo o servicio utilizando la violencia o amenaza.
- Cuando se obligue a una persona a comprometer o prestar sus servicios personales o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, aprovechando su condición de deudora.
- Cuando se obligue a una persona a vivir y trabajar en una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios sin libertad para cambiar su condición.

A cada caso podemos definirlo con un concepto propio. El primero y el cuarto serían trabajo forzado, contra voluntad o sin consentimiento; el segundo y tercero son explotación laboral infantil



-teniendo en cuenta que en la legislación ecuatoriana es permitido el trabajo, previa autorización del representante legal, a partir de los quince años; el quinto se denomina trabajo por deuda, aunque es una forma de trabajo forzado no tiene el mismo concepto; y, al sexto como servidumbre feudal, hechos que lamentablemente aún se producen en la región.

La tipificación de estas infracciones se justifica por el reconocimiento del derecho a la libertad de trabajo prevista en la Constitución de la República del Ecuador (artículo 66, número 17), el cual dispone que nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.

La legislación ecuatoriana carece de circunstancias en las que una persona pueda ser forzado a trabajar, a excepción de la materia procesal penal en la que se prevé al trabajo comunitario obligatorio como un sustitutivo de la prisión preventiva o como condición que suspende la pena privativa de libertad, siempre que no se produzca como una actividad que genere utilidad económica y que permita la subsistencia de la persona con condena por otros medios.

Desarrollo metodológico

Una investigación recibe la cualidad de denominarse científica cuando pretenda aportar conocimiento, con independencia del área disciplinaria o la metodología a utilizarse, siendo el primordial criterio para darle este carácter que dicha metodología se apegue a los postulados del método científico (Lara, 2008). La presente investigación, de naturaleza cualitativa es de carácter científica, por cuanto, es teórica y se desarrolla sobre objetos y fenómenos que no pueden ser receptados por los órganos sensoriales y cuyos resultados serán presentados a través de abstracciones mediante el uso del metalenguaje (Villabella, 2009).

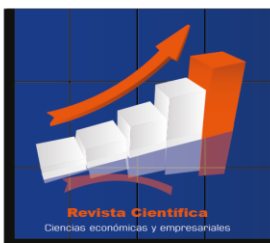
Los principales aportes se recuperan a través de la recopilación bibliográfica, elaboraciones doctrinarias y legales para el correspondiente análisis de los contenidos y la analogía de las conductas descritas como infracciones penales en la legislación ecuatoriana con el desarrollo de los conceptos previstos para ser sancionados de conformidad con la disposición constitucional. Además de ello, la legislación comparada siempre se ha constituido en un elemento sustancial para identificar la cultura jurídica de la región frente a la ecuatoriana.

Luego del análisis de las descripciones típicas que están o pueden estar dirigidas al ámbito laboral, se conciben supuestos circunstanciales en los que estas conductas podrían adecuarse a las situaciones previstas en el estudio. Por supuesto, se cumple con la explicación y los comentarios de cada una de ellas, desde el punto de vista teórico del autor y de otros juristas.

Resultados

La investigación documental se caracteriza por la recopilación de instrumentos que son seleccionados, analizados y demostrados por el autor de forma coherente ante el lector; para la presentación de los resultados obtenidos de ella utiliza procedimientos lógicos mediante un proceso de abstracción científica, generalizando sobre la base de lo fundamental que permite redescubrir las circunstancias de la realidad, sugerir nuevos problemas y guiar al investigador a otras fuentes. La investigación planteada describe la realidad de la situación sustantiva especial penal frente a la protección de los derechos laborales en el Ecuador. Ello permite determinar que la tipificación de infracciones penales en la legislación ecuatoriana describe conductas cometidas únicamente por la parte empleadora dentro de la relación laboral; no existen tipos penales en esta materia que sancionen a las personas trabajadoras, lo que se evidencia en la inclusión de delitos como la falta de afiliación al seguro social de la persona trabajadora o la retención de sus aportes personales sin reportarlos; la explotación laboral en todas sus formas; o, el impedimento del derecho a la huelga; por mencionar algunos. Incluso, si llegare a cometerse una infracción penal por parte de una persona trabajadora en el delito de explotación laboral, al ser éste un instrumento de la trata de personas; rige el principio de prohibición de punibilidad a las víctimas de trata recogida en instrumentos internacionales.

Es importante destacar la ausencia en la instrumentalización de infracciones penales de conductas que describan la simulación contractual o el fraude laboral que la Constitución de la República del Ecuador de 2008 expresamente manda a “penalizar”, lo que no sería una novedad, por cuanto en países como México o España que expresamente han tipificado el fraude o simulación laboral como delito; o en estados como Chile que lo definen como un acto ilícito merecedora de multa. La identificación del incumplimiento por parte del legislador a un mandato constitucional constituye un importante hallazgo que, previo análisis de vías correspondientes previstas en la norma, deberá ser resuelto con prácticas efectivas en materia procesal para su consecución.



En el desarrollo del artículo fue mencionado que el incumplimiento de obligaciones patronales no debería ser objeto de intervención penal, particularmente por la certeza que el Estado tiene mecanismos coercibles para evitar que este incumplimiento sea permanente o que no sea reparado de forma oportuna y adecuada. Sin embargo, algunos de los tipos penales descritos en la norma contienen la atribución de una infracción penal a quien no dé cumplimiento con sus obligaciones –ante el Seguro Social, por ejemplo– lo que distancia a los fines del sistema penal como herramienta de última ratio cuando se han agotado las demás vías jurídicas que existan en otras materias.

Finalmente, si bien este artículo recoge como instrumentalización del derecho penal laboral a las conductas denominadas como explotación laboral infantil, es decir, al trabajo que realizan niñas, niños y adolescentes menores de quince años de edad que expresamente prohíbe la ley ecuatoriana; éstas no deben ser valoradas como parte de las garantías normativas de los derechos de las personas trabajadoras sino especialmente a la protección especial y prioritaria que deben recibir las niñas, niños y adolescentes. La inclusión en la investigación tiene fines descriptivos, pero es inadecuado negar que su existencia tiene como propósito la defensa diferenciada de sus derechos frente a las demás personas.

Se deduce que el incumplimiento de la creación de la legislación penal que sancione estas conductas en materia laboral recae sobre en la Asamblea Nacional, órgano representante de la Función Legislativa, que tiene como atribución específica la de “expedir, codificar, reformar y derogar las leyes” y respecto a ello, la reserva exclusiva y excluyente de la ley para tipificar infracciones penales. Sin embargo, de la revisión de los proyectos de ley que se han presentado y se encuentran publicados en el portal web de la Asamblea Nacional del Ecuador (<https://www.asambleanacional.gob.ec/es>) se determina que tampoco quienes tienen iniciativa legislativa la han propuesto.

Corresponde entonces a la Corte Constitucional ejercer las atribuciones de control que le otorga la norma; en preciso, la de “declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado... que por omisión inobserven... los mandatos contenidos en normas constitucionales.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Y en el caso que la Asamblea Nacional persista en el incumplimiento, la Corte deberá ejercer su atribución de legislador supletorio expidiendo la

norma que introduzca dentro de la legislación penal ecuatoriana la tipificación de las infracciones de simulación, fraude y enriquecimiento injustificado en materia laboral.

Conclusiones

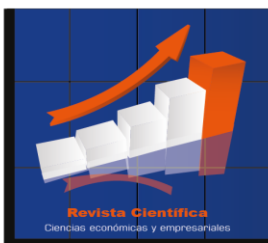
El abordaje del tema presentado permitió recorrer la legislación penal laboral en la República del Ecuador. La Asamblea Constituyente que se realizó entre los años 2007 y 2008 y que promovió, luego del referéndum aprobatorio, la vigencia de una nueva Constitución, trajo consigo altas expectativas sobre la preponderancia de los derechos de las personas y la superación de las políticas que colocaban al capital como principal parámetro para la toma de decisiones y medidas legislativas.

Más aún, cuando entró en vigencia la norma constitucional, la clase trabajadora celebró el nuevo rumbo de la política laboral, que durante los años noventa y comienzos del nuevo milenio, giró el timón a favor de los intereses empresariales, bancarios y de las clases dominantes, por sobre los de los trabajadores. Lamentablemente, luego de diez años de vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, si bien siguen proscritas algunas formas de flexibilización laboral; se han encontrado caminos y vías con sortilegios que han permitido violentar los derechos de la clase trabajadora.

Sumado a ello, es evidente el incumplimiento de la Asamblea Nacional ecuatoriana en el mandato de tipificar las infracciones de fraude laboral, simulación contractual y enriquecimiento injusto en materia laboral. Este trabajo intentó adecuar condiciones y circunstancias con las cuales podrían sancionarse estas conductas, pero no como una que atenta contra los derechos laborales de las personas trabajadoras, sino en el sentido de protección al derecho a la propiedad, a la responsabilidad ciudadana, entre otras.

En las conductas descritas en los tipos penales en el Ecuador se encuentran algunas formas de incumplimiento a las leyes laborales y normas proteccionistas en materia de derechos humanos; de niños, niñas y adolescentes, más no con la prevención de procurar tipificar expresamente aquello que el constituyente dispuso. La legislación laboral ecuatoriana mantiene vacíos jurídicos que permiten a ciertos empleadores eludir los derechos laborales de sus trabajadores y trabajadoras.

Si bien en la legislación penal ecuatoriana encontramos tipicidad respecto a temas laborales, su origen no es por la misma disposición constitucional; sino por el cumplimiento a compromisos



adquiridos por Tratados y Convenios Internacionales o por la voluntad popular expresada en el referéndum del año 2011.

Ante ello, el control constitucional es la vía más acertada para garantizar la cristalización de la defensa de los derechos laborales. Así, dentro de las atribuciones de la Corte Constitucional ecuatoriana que se encuentran previstas en el artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador, encontramos la de declarar la inconstitucionalidad por omisión, permitiendo al órgano de control inclusive expedir la norma incumplida como mecanismo de reparación provisional.

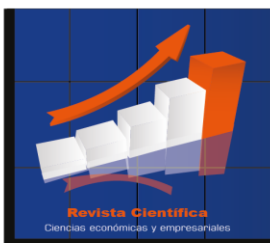
Referencias

1. Cabanellas, G. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta.
2. Caro, D. (1995). El derecho penal laboral en el Perú. Revista de Derecho Themis, 231-239.
3. Codificación del Código del Trabajo del Ecuador. Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.
4. Código del Trabajo. Presidencia de la República de Chile. (2003). Santiago de Chile: Diario Oficial.
5. Código Penal de la República de España. Congreso de los Diputados, E. (1996). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
6. Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador (10 de Febrero de 2014).
7. Constitución de la República del Ecuador (Octubre de 2008).
8. Fernández, V. (30 de Enero de 2014). El enriquecimiento injusto. Fraude y simulación laboral. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com>
9. Goldin, A., & Feldman, S. (1999). Protección de los trabajadores. Informe argentino. Buenos Aires: Organización Internacional del Trabajo.
10. Lara, L. (2008). Procesos de investigación jurídica. Boletín mexicano de derecho comparado(124).
11. Maduro, E., & Pittier, E. (2001). Curso de obligaciones. Tomo I y II. Caracas: Publicaciones UCAB.
12. Ossorio, M. (2012). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Tegucigalpa: Datascan.

13. Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
14. Tabarez, F., Chirinos, L., & Soto, M. (2012). Reserva legal nacional en sentido amplio en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. *Omnia*, No. 2, 123-139.
15. Vial del Río, V. (2003). *Teoría general del acto jurídico*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
16. Villabella, C. (2009). La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 5-37.
17. Winter, J. (2015). Derecho penal e impunidad empresarial en Chile. *Revista de Estudios de la Justicia*, 91-125

References

1. Cabanellas, G. (1993). *Elementary Legal Dictionary*. Buenos Aires: Heliasta.
2. Caro, D. (1995). The criminal labor law in Peru. *Themis Law Magazine*, 231-239.
3. Codification of the Labor Code of Ecuador. Official Registry No. 167 of December 16, 2005.
4. Work code. Presidency of the Republic of Chile. (2003). Santiago de Chile: Official Gazette.
5. Criminal Code of the Republic of Spain. Congress of Deputies, E. (1996). Madrid: Official State Gazette.
6. Organic Integral Criminal Code of the Republic of Ecuador (February 10, 2014).
7. Constitution of the Republic of Ecuador (October 2008).
8. Fernández, V. (January 30, 2014). Unfair enrichment. Fraud and labor simulation. Obtained from Ecuador Law: <https://www.derechoecuador.com>
9. Goldin, A., & Feldman, S. (1999). *Protection of workers Argentine report*. Buenos Aires: International Labor Organization.
10. Lara, L. (2008). Legal investigation processes. *Mexican newsletter of comparative law* (124).
11. Maduro, E., & Pittier, E. (2001). *Obligations course. I take I and II*. Caracas: UCAB Publications.



12. Ossorio, M. (2012). Dictionary of legal, political and social sciences. Tegucigalpa: Datascan.
13. Roxin, C. (1997). Criminal law. General Part Madrid: Civitas.
14. Tabarez, F., Chirinos, L., & Soto, M. (2012). National legal reserve in a broad sense in the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela of 1999. *Omnia*, No. 2, 123-139.
15. Vial del Río, V. (2003). General theory of the legal act. Santiago de Chile: Legal Editorial.
16. Villabella, C. (2009). Scientific research in legal science. Your particularities *Journal of the Institute of Legal Sciences of Puebla*, 5-37.
17. Winter, J. (2015). Criminal law and business impunity in Chile. *Journal of Justice Studies*, 91-125