



*Aseorías y Tutorías para la Investigación Científica en la Educación Puig-Salabarría S.C.
José María Pino Suárez 400-2 esq a Lerdo de Tejada. Toluca, Estado de México. 7223898475*

RFC: ATII20618V12

Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores.

<http://www.dilemascontemporaneoseducacionpoliticayvalores.com/>

Año: VIII

Número: Edición Especial.

Artículo no.:20

Período: Junio, 2021.

TÍTULO: Las infracciones penales de índole laboral en Ecuador; estado constitucional de derechos.

AUTORES:

1. Máster. Javier Darío Bósquez Remache.
2. Máster. Leny Cecilia Campaña Muñoz.
3. Est. Lady Nathaly Chica López.

RESUMEN: El presente estudio se corresponde a la sanción de conductas en actos de incumplimiento de obligaciones en materia laboral, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador, cuyo objetivo es determinar las particularidades de las infracciones de índole laboral. Se utilizó la investigación descriptiva no experimental y métodos teóricos y empíricos. Los resultados obtenidos fueron referentes a la tipificación de conductas que llegarían a cometerse en el ámbito laboral. Se concluye que es importante fortalecer la normativa conforme a los principios fundamentales y la Seguridad Jurídica para determinar las sanciones adecuadas en los casos de fraude en materia laboral.

PALABRAS CLAVES: simulación, fraude, incumplimiento de obligaciones, enriquecimiento injusto, materia laboral.

TITLE: Criminal offenses of a labor nature in Ecuador; constitutional state of rights.

AUTHORS:

1. Master. Javier Darío Bósquez Remache.
2. Master. Leny Cecilia Campaña Muñoz.
3. Stud. Lady Nathaly Chica López.

ABSTRACT: This study corresponds to the sanction of conduct in acts of non-compliance with obligations in labor matters, in accordance with the provisions of the Constitution of the Republic of Ecuador, whose objective is to determine the particularities of labor offenses. Non-experimental descriptive research and theoretical and empirical methods were used. The results obtained were related to the classification of behaviors that would be committed in the workplace. It is concluded that it is important to strengthen the regulations in accordance with the fundamental principles and Legal Security to determine the appropriate sanctions in cases of fraud in labor matters.

KEY WORDS: simulation; fraud; breach of duty; unjust enrichment; labour matters.

INTRODUCCIÓN.

Desde que se promulgó la Constitución del 2 Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008), el Estado ecuatoriano dio un cambio radical de ciento ochenta grados que significó avance en materia de derechos, dando lugar a una transición de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (Jaramillo, 2011), por el cual protagoniza un papel activo como garantista de los derechos estipulados dentro de nuestro paradigma constitucional y en los tratados internacionales de derechos humanos. Tanto es así, que en nuestra carta magna establece de forma irrestricta que el trabajo es un derecho y un deber social, un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía.

Con la vigencia de la Constitución de la República (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008), se garantiza la protección a los derechos de las y los trabajadores; en razón que estas garantías impiden la violación a sus derechos y expresan prohibiciones de políticas laborales que producen estas violaciones. En contexto, la norma constitucional determina la supremacía de este instrumento frente a otras normas de menor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico.

Para evitar vulneraciones de derechos de los trabajadores, y consecuentemente, la prevención de conductas que constituyan infracciones penales el artículo 327 de la Constitución de la República (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008) estipula 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.

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 expresa 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” (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008).

Podemos “definir el derecho penal del trabajo solo como la parte del sistema jurídico-positivo que protege los intereses de los trabajadores. Cuando se entiende por Derecho Penal del trabajo, y este es el único sentido vigente en la actualidad de la expresión, el conjunto de preceptos penales (criminales) creados para garantizar la efectividad de las normas declarativas y ordenadoras destinadas a tutelar a los trabajadores “(Basoco & Grau, 1990).

La reserva legal es una de las instituciones del positivismo jurídico más tradicionales (Del Valle Tavarez, et al. 2012) y es recogida por la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008) en el artículo 132, el cual prevé sobre las cuales es necesidad 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 esta. La competencia en cuestión es del Estado Ecuatoriano, que ejerce el ius puniendi, cuya función la ejerce la Asamblea Nacional como órgano legislativo; dándole facultades a la (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008) para crear y tipificar infracciones penales y ningún otro órgano estatal puede hacerlo conforme lo prevé el artículo 132 de la carta magna.

Después de más de una década que rige la Constitución de la República (Asamblea Nacional del Constituyente del Ecuador, 2008), 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, es necesario comprender y profundizar cada uno de estos preceptos legales al cual hace mención nuestro paradigma constitucional y establecer su necesidad de tipificación penal y punibilidad al cual se hace referencia.

El Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014) estipula actos delictivos que se efectúan a través del engaño, tales como la estafa, el abuso de confianza y otros tipos de defraudaciones, sin embargo, ninguna de estas se direcciona con exactitud al régimen laboral donde se adecue a una conducta fraudulenta con intención de causar perjuicio patrimonial a un trabajador. Es por ello por lo que el objetivo del presente estudio consiste en determinar cualitativamente las particularidades de las infracciones de índole laboral en Ecuador, Estado Constitucional de Derechos (Jaramillo, 2011).

En la relación bilateral y directa entre empleadores y trabajadores consiste en la obligación contractual recíproca entre estos, ya sea cual sea la naturaleza de la existencia o nacimiento del acto laboral; estas se encuentran previstas y garantizadas en el Código de Trabajo (Congreso Nacional del Ecuador, 2005), tales como el contrato individual de trabajo, el contrato colectivo de trabajo y entre otros tipos de contratos laborales que establece nuestro ordenamiento jurídico. En sí, entre una de las obligaciones laborales del empleador es pagar de forma puntual la remuneración y sus adicionales de acuerdo a la ley y acorde a las resoluciones emitidas por la autoridad de control competente en materia laboral, además afiliar a la persona trabajadora al Seguro Social, con el fin de proteger y garantizar la salud laboral y evitar los riesgos de trabajo como los accidentes laborales o enfermedades profesionales, y otros tipos de derechos al cual tiene reconocimiento y garantizado en el ámbito Constitucional y la legal, entre otros instrumentos internacionales (Hermosa, 2018).

Según el Código del Trabajo (Congreso Nacional del Ecuador, 2005) en el artículo 1 de esta norma estipula el ámbito de este que es regular las relaciones entre empleadores y personas trabajadoras, en este cuerpo legal se preceptúan tanto los derechos y las obligaciones de cada una de las partes en la relación laboral. El artículo 42 del Código de Trabajo (Congreso Nacional del Ecuador, 2005) determina las obligaciones del empleador, en 36 numerales. La falta de pago o de puntualidad de remuneraciones; por ejemplo, es el retardo injustificado del empleador de cumplir con su 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 (Congreso Nacional del Ecuador, 2005).

El incumplimiento de estas obligaciones conlleva la posibilidad de una reclamación administrativa o judicial conforme el artículo 5 del código de trabajo que hace relación al principio protectorio en materia laboral, derechos los cuales son irrenunciables y que el Código del Trabajo (Congreso

Nacional del Ecuador, 2005) a la postre concluiría como consecuencia para cargo del empleador el pago de indemnizaciones y más recargos o multas económicas.

Así, existe el triple del recargo a la remuneración no pagada en el último trimestre y reclamada por vía judicial (artículo 94) en el momento de plantera alguna demanda laboral, y otros tipos de recargos como del cien por ciento de las vacaciones no gozadas durante el tiempo de servicio cuando haya fenecido la relación laboral por cualquier causa de la terminación laboral (artículo 74), la indemnización por despido intempestivo cuando por parte del empleador haya despedido al trabajador de forma unilateral sin fundamento alguno (artículo 188), prohibición de despido en casos de trabajadores en razón del principio de inamovilidad que les ampara a la mujer trabajadora en estado de embarazo o a los dirigentes sindicalistas en el estado de conformación de una organización sindical (artículo 153,154, 195.1), (Congreso Nacional del Ecuador, 2005) entre otros tipos de indemnizaciones que el código de trabajo ampara en casos de trabajadores que sufran algún tipo de discriminación o discapacidad de acuerdo a la Ley Orgánica de Discapacidades (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

En 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.

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 hay que determinar que a través de actos de simulación en muchos de los caos se configura el fraude a veces con el mismo consentimiento del trabajador que por causas ajenas a su

voluntad es coaccionado para permitir ciertos actos; por tal razón, el fraude se constituye 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 patrimonial al trabajador aprovechándose de su situación de un estado de necesidad insostenible por llevar el sustento diario a sus hogares.

El tratadista venezolano Óscar Hernández Álvarez citado por (Bosquez, 2017) determina que el patrono, prevalido de su situación de superioridad frente al trabajador, hace que este acepte la relación laboral que los vincula a ambos, se lo dé una calificación distinta, o declara haber recibido pagos o beneficios que no recibió, 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. En el Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), se tipifican conductas delictivas que se efectúan mediante el engaño, tales como la estafa y el abuso de confianza, a pesar de 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 (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), la conducta se configura mediante el engaño, al cual se tipifica como: 1. Simular hechos falsos y 2. La de formación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera persona. Tal es que 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 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 (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014) que en la práctica es poco inusual 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” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), 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, o puede ser el caso de cheques en blanco firmados en garantía al iniciar una actividad laboral, 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 (Del Valle Tavarez., et al. 2012). Lo grave en esta materia es que ambas partes se confabulan para obtener ventajas parciales, con riesgos físicos o legales como compensación. Al trabajador lo guía la necesidad o el afán de mayores ingresos; al empresario lo mueve el eludir las cargas económicas de ciertas leyes laborales; siendo así la simulación “una declaración engañosa, falsa y una voluntad cierta, pero oculta, no manifiesta” (Garfias, 1996).

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 (De la Fuente, 2018). 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. De lo indicado es necesario reflexionar sobre lo siguiente: “no celebrar negocio alguno (simulación absoluta) o celebrar otro distinto al aparente (simulación relativa) (Montoya, 1995).

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.

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 (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014); sin embargo, de *lege lata*, solo se puede considerar documento, como objeto material de los diversos delitos de falsum, a los instrumentos, esto es, a los documentos literales que provenientes del hombre, alteran, imitan o finjan una verdad (Zavala Baquerizo, 1994).

Finalmente, dentro de la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008) encontramos al enriquecimiento injusto en materia laboral. La doctrina afirma que el enriquecimiento injusto o injustificado en materia laboral equivale al enriquecimiento ilícito en materia civil. Dentro de este campo del enriquecimiento injusto, se puede hablar de fraude y simulación laboral; no hay regulación actual tanto en el Código del Trabajo (Congreso Nacional del Ecuador, 2005) como en el Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), por eso la figura genérica del fraude como delito contra el patrimonio de las personas, (Mayer, 2014)

manifiesta que: En la evolución de la criminalidad se observa la tendencia a la disminución de los delitos cometidos por medios violentos, siendo sustituidos por otros artificios cuyo denominador común es la inteligencia puesta en servicio de fines criminales. La mayor facilidad para la perpetración de una infracción que el empleo de la astucia supone, el aseguramiento de los resultados, la posibilidad de una impunidad y la mayor eficacia de tal procedimiento, son razones que han llevado a la progresiva reducción de esa forma primitiva que va implícita en la rudeza de la persona que se manifiesta mediante el uso de la fuerza (pág. 23).

En un comienzo, los delitos contra el patrimonio fueron por excelencia de carácter violento o por medio de la fuerza y hechos físicos, tales como el robo y el hurto, pero incluso desde antiguo ya se produce una forma de apropiación del patrimonio o bienes ajenos mediante la utilización de métodos de astucia o engaño que produzcan tal fin en las víctimas (Cabanellas de las Cuevas, 2005).

Eduardo López Betancourt & Porte Moreno Petit (1994) manifiestan respecto de la naturaleza del delito de fraude determinan que el comportamiento ilícito se encuentra en el grupo de los dirigidos en contra de las personas en su patrimonio, o en contra del patrimonio de las personas para deslindarlos conforme al bien jurídico que la tipificación protege, a los que se denomina, en síntesis, delitos patrimoniales (Mayer & Oliver, 2020).

En 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 (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), como una conducta que atenta contra el régimen del desarrollo y cuya justificación aparece para prevenir la evasión tributaria en el Ecuador; el precepto penal en mención determina 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 2020 es de USD 400; por lo que el perjuicio debería ser de ochenta mil dólares americanos (USD 80 000); monto de perjuicio imaginario para la situación de la clase trabajadora ecuatoriana. 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. Realizando un análisis no consta algún otro tipo penal en la legislación penal ecuatoriana en la que se tipifique conductas de fraude, simulación o enriquecimiento injusto en materia laboral prescritas en la Constitución de la República (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008), pero constan otras infracciones penales que tiene como objeto de protección jurídica los derechos de los trabajadores.

En el Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014) se encuentra protegido el derecho de las personas trabajadoras a ejercer el derecho a la huelga. Así el artículo 241 del Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014) 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”.

También hay que resaltar, que 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.

La legislación penal (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014) 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.

Otra infracción que se encuentra tipificada 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 tipos penales; tipificada en el (artículo 243) dirigida a la persona jurídica con sanción de intervención y multa pecuniaria, y otra de carácter contravencional (artículo 244) dirigida a la persona natural, con pena privativa de libertad de tres a siete días (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

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 este existen fines de explotación contra las víctimas, una de ella, la laboral; de tal forma, que el artículo 105 del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano (Asamblea Nacional del Ecuador, 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.

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), (Asamblea

Nacional Constituyente del Ecuador, 2008), el cual dispone que nadie será obligado a hacer un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley; por lo cual, se tiene que 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.

Son históricamente constantes las situaciones de fraude en las relaciones laborales, como una sostenida tendencia dirigida a evitar la aplicación total o parcial de la legislación del trabajo. Con frecuencia, se utiliza la simulación como instrumento para consumar el fraude. La simulación se expresa respecto de la existencia misma de la relación laboral, la identificación del empleador, la responsabilidad patrimonial e incluso en el contenido y determinación de las condiciones de trabajo. El Dr. Manuel Ossorio en su Diccionario Jurídico señala que es el engaño, abuso, maniobra inescrupulosa. El fraude a la ley es causa de nulidad de los actos jurídicos. Acción contraria a la verdadera y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete (Ossorio, 2004).

El fraude laboral no es otra cosa que la expresión concreta de la denominada flexibilidad de hechos, impuesta por el capital en defensa de sus intereses y en perjuicio de los trabajadores, ejemplo: el patrono no afilia al Seguro Social al trabajador, el empleador falsifica documentos con la intención de cubrir pérdida; el trabajador también puede cometer fraude, por ejemplo: entrega un certificado de reposo sin estar enfermo, llega al trabajo, timbra y se va.

Frente a esta situación del fraude y la simulación laboral, se señala que: “Para verificar si existe o no una relación de trabajo es necesario guiarse por los hechos, y no por la denominación o forma que las partes le hayan dado. Por eso, se dice que la existencia de una relación de trabajo depende si se han satisfecho o no ciertas condiciones objetivas, y no de la manera como cada una de las partes o ambas califiquen la relación entre ellas. En otras palabras, lo que cuenta es aquello que se conoce en derecho como el Principio de Primacía de la Realidad” (Organización Internacional del Trabajo, 2006).

Aunque al igual que la simulación el fraude no es una figura que haya nacido en el derecho laboral sino una propia del orden civil en principio y tipificada por la "legislación penal", la cual lo define como "acto mediante el cual una persona engañando a otra o aprovechándose del error en el que se halla, obtiene ilícitamente alguna cosa o un lucro indebido". Esta figura debe ser como necesidad ampliada formalmente al ámbito del derecho del trabajo, toda vez que por prácticas frecuentes se recurre a simulaciones que solo tienen por objeto el de enriquecerse a costa de alguna persona permitiendo su explotación.

En cuanto al derecho penal, en concreto, ya se ha dicho anteriormente que está en su naturaleza el garantizar determinados bienes jurídicos, pero tales bienes están además regulados por otras ramas del derecho y aun garantizados simultáneamente por otro derecho, además del penal. Esto determina la existencia de áreas comunes, pongamos por caso entre el derecho penal con el derecho civil, o con derecho administrativo o con el derecho laboral (Ernesto, 2013).

En fin (Zavala Baquerizo, 1994), como mecanismo para reforzar estas garantías y evitar la implantación de nuevos instrumentos que transgredan los derechos de las personas trabajadoras, el artículo 327 de la Constitución dispone 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 (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008).

Además, al final del segundo inciso del articulado citado existe y 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; 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 y es recogida por la (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 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 imposiciones de penas como consecuencia de esta.

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 ninguno otro órgano estatal puede hacerlo.

Después de más de diez años de vigencia de la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008) y con una reforma integral a la legislación penal, aún no se encuentran tipificadas como infracciones penales las conductas como el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y el enriquecimiento injusto en materia laboral. Ante ello, es necesario profundizar el estudio de la dogmática penal, ya que es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal y así poder con énfasis definir cada uno de estos tipos penales y establecer su necesidad de tipificación penal y punibilidad con la finalidad de prevenir vulneración de derechos laborales.

DESARROLLO.

Método.

El presente estudio se realiza mediante la investigación descriptiva no experimental con enfoque cualitativo, puesto que se observó el objeto de estudio en su situación real, sin aplicar modificaciones, lo cual permitió cumplir con el objetivo de determinar cualitativamente las particularidades de las

infracciones de índole laboral en Ecuador, Estado Constitucional de Derechos; de manera, que se aplicaron métodos teóricos y empíricos para la obtención de resultados.

Por parte de los métodos teóricos, se utilizó el método Analítico-Sintético para fundamentar el tema de estudio y sintetizar dicha información relevante. El método Inductivo-Deductivo permitió obtener información a partir de las inferencias realizadas en torno a las conductas punibles que se derivan de la materia laboral. El método Histórico-Lógico permitió precisar los antecedentes normativos del objeto de estudio, así como la realización de la interpretación normativa.

A partir del análisis documental, como método empírico, se obtuvo información que favoreció la orientación del objeto de estudio con la información contenida en textos normativos y académicos.

Para la realización de la investigación se utilizó la técnica de la entrevista, la cual permitió obtener aspectos relevantes sobre las infracciones penales de índole laboral y su aplicación en el Estado Constitucional de Derechos, dicha entrevista fue realizada a cuatro profesionales del derecho, tales como jueces en materia penal, jueces en materia laboral, académicos y abogado en el libre ejercicio misma que fue desarrollada para la recolección de datos dentro de un tema de opinión específico, bajo el apercibimiento telemático aplicado ante el brote de Coronavirus mediante plataformas digitales lo cual permitió realizar la técnica con base en el cuestionario preestablecido.

Resultados.

Del estudio realizado se obtiene las diversas infracciones que se encuentran a modo general en la tipificación de conductas que llegarían a cometerse en el ámbito laboral; sin embargo, los tipos penales expuestos no presentan la penalización puntual al referirse en los casos que exista relación laboral; de manera, que los tipifica de manera general en la mayoría de estos como se presentó en líneas anteriores.

De las entrevistas realizadas con la finalidad de conocer la opinión jurídica sobre el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y el enriquecimiento injusto en materia laboral, se obtuvo la siguiente información:

Referente a la Sanción del incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral, los entrevistados expresan, que al momento no se ha sancionado penalmente y que realmente no existe completamente el desarrollo del mandato constitucional. Pese a que se encuentra plasmado en la Constitución de la República, se ha dicho que eso se encuentra en vigencia, pero no entra en vigor; eso significa, que ya consta en la ley, la Constitución registra que será penalizado en materia penal.

En el mismo sentido, expresan que las sanciones que se imponen ante las infracciones que actualmente se encuentran establecidas en el COIP (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), de lo cual se obtiene que existen infracciones contra el trabajo y la explotación laboral, la ciudadanía puede acudir a la Fiscalía General del Estado cuando se presenten este tipo de infracciones; de lo cual se tiene como delito el impedimento o limitación del derecho a huelga, cuya sanción es con pena privativa de libertad de dos a seis meses (Art. 241). Si la conducta descrita se efectúa con fuerza, violencia o intimidación, la pena será de seis meses a un año, y constituye una contravención contra el derecho al trabajo la falta de afiliación al IESS. 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.

Ante la interrogante planteada, que si considera necesaria la tipificación de tipos penales acorde a las conductas en materia laboral como lo establece la Constitución sobre el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral, los entrevistados emiten diferentes criterios.

El tema es muy amplio en cada figura jurídica presentada, y se encuentra una conducta distinta; por lo tanto, se debería analizar de acuerdo a la gravedad de cada conducta. Los Asambleístas deberán

estar trabajando en ese asunto. No se deben crear más tipos penales, puesto que ya se encuentran tipificadas en el COIP todas las conductas que son permisibles para los delitos.

No en razón de que la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ya se encuentra sancionada como contravención penal, más bien debería reformarse el Código del Trabajo (Congreso Nacional del Ecuador, 2005) para brindar mayores competencias a los Inspectores de Trabajo sobre el ejercicio de las relaciones laborales.

El delito, en general, puede ser cometido en diferentes áreas, pero independientemente de eso, estos delitos están tipificados y sancionados por el COIP (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Discusión.

Para la aplicación del Art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador, a fin de garantizar el Principio Constitucional a la Seguridad Jurídica, se puede determinar que la falta de estipulación en el Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014) para penalizar y sancionar el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y el enriquecimiento injusto en materia laboral no existe; por tal razón, complica la directa aplicación de lo que determina el Artículo 327 inciso segundo de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008), tomando en consideración que los derechos serán plenamente justiciables.

No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento por autoridad competente, considerando también que el más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos, derechos que serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora y servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte y las juezas y jueces administraran justicia con sujeción a la Constitución, a los

instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley para que pueda cumplir y aplicar de forma eficiente la Tutela Efectiva en defensa de los derechos del trabajador conforme lo establece nuestra Carta Magna de conformidad a lo que preceptúa el artículo 75 y 5 del Código de Trabajo, cuando este se encuentre amenazado en ciertos derechos reconocidos al trabajador dentro de un conflicto individual de trabajo, sobre todo en actos de simulación o fraude laboral que en la actualidad es inaplicable por la falta de tipificación o falta de norma que sancionen estos tipos de conductas en el Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014) vigente.

De manera que las sanciones aplicables únicamente no se encuentran establecidas en el COIP (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), también existen sanciones administrativas establecidas en el Código del Trabajo (Congreso Nacional del Ecuador, 2005); no obstante, se evidencia que las infracciones penales se encuentran de manera generalizada en torno al enriquecimiento injusto, la simulación y el fraude, entre otras, a lo cual habría que atribuirse en el cumplimiento del mandato constitucional un acercamiento que permita el desarrollo de los tipos penales y la tipificación de delitos con claridad en los casos que las conductas se configuren desde la naturaleza laboral.

CONCLUSIONES.

Del análisis realizado y la interpretación a los resultados obtenidos de las entrevistas es menester puntualizar que para el cumplimiento del artículo 327 de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008) vigente se debe reformar la normativa correspondiente a materia laboral, en la cual se incremente la protección de derechos mediante la prevención de conductas referentes al incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral, lo cual se establecería a partir de la destinación de competencia a los inspectores de trabajos y las sanciones administrativas que se puedan interponer de manera que se evite la incurrancia en el abuso del punitivismo penal.

Finalmente, se encuentra que según lo dispuesto en el artículo 327 de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008), a fin de establecer sanciones a quienes incurran en actos de simulación, fraude, incumplimiento de obligaciones y enriquecimiento injusto en materia laboral determinando el tipo de sanción de carácter penal, no existe determinadas con exactitud las infracciones que surjan desde el ámbito laboral.

Es evidente la importancia fortalecer la normativa conforme a los principios fundamentales y la Seguridad Jurídica establecidos en la Asamblea Nacional del Ecuador (2008) para determinar o tipificar sanciones adecuadas en los casos de simulación y fraude en materia laboral para el cabal cumplimiento del Art. 327 inciso segundo de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008), lo cual se vería reflejado en el respeto y garantía a los derechos de los trabajadores, tomando en consideración que es la parte más débil dentro de un conflicto individual de trabajo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República. Registro Oficial N. 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
2. Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Ley Orgánica de Discapacidad. Registro Oficial N. 796. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_leyorg.dediscapacidades_ecu.pdf
3. Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento N. 180. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2014_codigopenal_ecu.pdf
4. Bósquez Remache, J. D. (2017). El fraude y la simulación laboral en la Legislación Ecuatoriana (Master's thesis). Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Ecuador.
5. Basoco, J. M. T., & Grau, A. P. B. (1990). Significado y función del Derecho penal del trabajo. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, (2), 164-180.
6. Cabanellas de las Cuevas, G. (2005). simulación contractual. Buenos Aires-Argentina: Heliasta.

7. Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código del Trabajo. Registro Oficial N. 167.
https://www.emov.gob.ec/sites/default/files/transparencia_2018/a2.6.pdf
8. De la Fuente Rodríguez, J. (2018). Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 68(271), 1015-1022.
9. Del Valle Tavares, F., Chirinos, L. M., & Soto, M. E. (2012). Reserva legal nacional en sentido amplio en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. *Omnia*, 18(2), 123-139. <https://www.redalyc.org/pdf/737/73723402009.pdf>
10. Ernesto, A. G. (2013). Manual de derecho penal ecuatoriano. *Quito-Ecuador, Ediciones Legales*.
<http://www.pucesi.edu.ec/webs/wp-content/uploads/2018/03/ALban-Ernesto-Manual-de-derecho-Penal.pdf>
11. Garfías, G. A. L. I. N. D. O. (1996). Teoría general de los contratos y la Autonomía de la Voluntad. *Revista Perfiles de las Ciencia Sociales*, 1(1) 1-14.
12. Hermosa, H. (2018). “El Principio de Progresividad de Derechos en la Constitución de la República del Ecuador.” (Bachelor's thesis, Universidad de Guayaquil: Facultad de Comunicación Social). <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/10699/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-220.pdf>
13. Jaramillo Paredes, M. A. (2011). El nuevo modelo de Estado en el Ecuador: Del estado de derecho al estado constitucional de derechos y justicia. (Bachelor's thesis, Quito: USFQ).
14. López Betancourt E. & Porte Petit Moreno L. (1994). El Delito de Fraude. México: Editorial Porrúa.
15. Mayer Lux, L., & Oliver Calderón, G. (2020). El delito de fraude informático: concepto y delimitación. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 9(1), 151-184.
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0719-25842020000100151&script=sci_arttext&tlng=n

16. Mayer Lux, L. (2014). El engaño concluyente en el delito de estafa. Revista chilena de derecho, 41(3), 1017-1048. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-34372014000300010&script=sci_arttext
17. Montoya Melgar, A. (1995). Enciclopedia jurídica básica. Madrid: Civitas.
18. Organización Internacional del Trabajo. (2006). La relación de trabajo. Ginebra: OIT. <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>
19. Ossorio, M. (2004). Diccionario de Ciencias Jurídicas políticas y sociales. Buenos Aires: Heliasta.
20. Zavala Baquerizo, J. (1994). Delitos contra la fe pública. Guayaquil-Ecuador: EDINO.

DATOS DE LOS AUTORES.

1. **Javier Darío Bósquez Remache.** Magíster en Derecho Laboral. Docente de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Ecuador. E-mail: us.javierbosquez@uniandes.edu.ec
2. **Leny Cecilia Campana Muñoz.** Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil. Docente de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Ecuador. E-mail: us.lenycampana@uniandes.edu.ec
3. **Lady Nathaly Chica López.** Estudiante de la Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ecuador. E-mail: ds.ladyncl36@uniandes.edu.ec

RECIBIDO: 2 de mayo del 2021.

APROBADO: 13 de mayo del 2021.