

Paz Piedad Rengel Maldonado. Universidad Nacional de Loja, Ecuador.  
piedad.rengel@unl.edu.ec  
<https://orcid.org/0000-0003-0101-6672>

Rolando Johnatan Macas Saritama. Universidad Nacional de Loja, Ecuador.  
rolando.macas@unl.edu.ec  
<https://orcid.org/0000-0001-9018-5421>

Paulo César Arrobo Rodríguez. Universidad Nacional de Loja, Ecuador.  
paulo.arrobo@unl.edu.ec  
<https://orcid.org/0000-0001-9252-7114>



Recibido: 2020-06-2 | Revisado: 2020-11-21  
Aceptado: 2021-01-06 | Publicado: 2021-01-19

# Análisis constitucional, administrativo, societario y penal frente a la transgresión de derechos y garantías derivados del estado de excepción, decretado por la emergencia sanitaria COVID - 2019

**Constitutional, administrative, corporate and criminal analysis in front of the transgression of rights and guarantees derived from the state of exception, decreed by the sanitary emergency COVID - 2019.**

**Enfoque Constitucional, Administrativo, Societario y Penal.**

## RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar fundamentalmente desde la observación, la problemática jurídica, constitucional, societaria, administrativa, penal y económica que atraviesa la sociedad ecuatoriana al decretar la Función Ejecutiva el estado de excepción a causa de la pandemia mundial por el COVID-19, lo que generó como resultado varios decretos ejecutivos y acuerdos ministeriales cuyas disposiciones vulneraron derechos y garantías constitucionales de la población ecuatoriana, y de manera particular a los servidores públicos, transgrediendo su seguridad jurídica, frente al derecho al trabajo, movilidad humana, salud y seguridad ciudadana, inobservando la supremacía y jerarquía constitucional, situación que motivó el estudio y análisis de las disposiciones Constitucional, Administrativo, Societario y Penal, con la finalidad de verificar si se transgredieron derechos y garantías de los ciudadanos, se atentó contra la seguridad jurídica de los mismos o si el Estado brindó la protección debida de los derechos fundamentales a quienes por situaciones de pandemia requerían de dicha protección.

Frente a esta problemática, es necesario que el Estado ecuatoriano, garantice la seguridad jurídica, protegiendo los derechos de la población que por fenómenos o desastres naturales se encuentren en riesgo, brindándoles seguridad y protección que les permita superar esta emergencia, protegiendo la vida, las fuentes de trabajo, la producción, la mano de obra y aplicando las disposiciones establecidas en nuestra legislación y de ser necesario emitir o reformar las leyes con la finalidad de evitar abusos de poder por falta de disposiciones legales.

## ABSTRACT.

This work aims to fundamentally analyze from the observation, the legal, constitutional, corporate, administrative, criminal and economic problems that Ecuadorian society is going through when the Executive Branch decrees the state of exception due to the global pandemic due to COVID-19, which resulted in several executive decrees and ministerial agreements whose provisions violated the rights and constitutional guarantees of the Ecuadorian population, and in particular public servants, violating their legal security, against the right to work, human mobility, health and citizen security, Failing to observe the supremacy and constitutional hierarchy, a situation that motivated the study and analysis of the Constitutional, Administrative, Corporate and Criminal provisions, in order to verify if the rights and guarantees of citizens were violated, the legal security of the same or if the state provided protection ion of fundamental rights to those who, due to pandemic situations, required such protection.

Faced with this problem, it is necessary for the Ecuadorian state to guarantee legal security, protecting the rights of the population that are at risk due to natural phenomena or disasters, providing them with security and protection that allows them to overcome this emergency, protecting life, sources of work, production, labor and applying the provisions established in our legislation and, if necessary, to issue or reform laws in order to avoid abuses of power due to lack of legal provisions.

**Palabras Claves:** Corrupción, COVID-19, Empresas Fantasma, Regresividad, Seguridad Jurídica.

**Key words:** Corruption, Covid19, Ghost Companies, Regressivity, Legal Security

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende observar desde diversos puntos de vista como se ha transgredido el Estado Constitucional de Derechos so pretexto del decreto de estado de excepción, aquí se analiza que éste, se encuentra instituido en la Constitución de la República del Ecuador, sustentado en la Ley de Seguridad Pública y del Estado, lo que faculta a la Función Ejecutiva decretar la suspensión, limitar o alterar algunos derechos constitucionales, por ende el estado de excepción se circunscribe a un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades, sin

embargo de ello ante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) se han dictado decretos y acuerdos ministeriales, que lesionan varios derechos de las personas en diversos aspectos, sin considerar que las normas constitucionales prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica de un Estado, inobservando así el Principio de Supremacía.

Las facultades del ejecutivo no se ejercen de manera absoluta e ilimitada, están reguladas por la Ley, por ello no pueden ser arbitrarias o ilegales sino sujetas a controles constitucionales y legales y al derecho internacional. Su extralimitación en materia de Derechos Humanos devino en la declaratoria de inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 1217 de estado de excepción declarado por el Presidente de la República el 21 de diciembre de 2020, por parte de la Corte Constitucional, garantizando de esta manera la seguridad jurídica del Estado ecuatoriano, por cuanto el estado de excepción está previsto para situaciones extraordinarias que no se pueden resolver de forma ordinaria a través del sistema jurídico, por esta razón, el estado de excepción está diseñado para ser temporal y excepcional, no puede perennizarse mientras dure una pandemia que ha superado los 9 meses, dejando de ser imprevista y sobreviniente.

En consecuencia el estado de excepción en estas circunstancias acarrearía afecciones directas en el derecho al trabajo, movilidad, servicio público, transporte, al comercio, la producción, educación, salud, etc., alterando el normal desarrollo de las actividades de todo un Estado, ya que no se puede paralizar el mismo de manera indefinida, sino más bien aplicar políticas públicas que permitan superar la calamidad pública en el marco normativo, y controlar de manera eficiente y efectiva el buen uso de los recursos públicos y el normal desarrollo de las actividades diarias.

## 2. METODOLOGÍA

La metodología como herramienta especial dentro de las investigaciones jurídicas responde a las inquietudes, contradicciones, soluciones que puedan surgir en el Derecho en cualquiera de sus ramas, que deberán ser sometidas a los métodos de interpretación jurídica. El presente trabajo científico se enmarca dentro de la Línea de Investigación de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa denominada: Social, Jurídica y del Comportamiento.

El análisis realizado intenta cumplir los requisitos de relevancia explicativa y contrastabilidad, dentro de un modelo de investigación nomológico – deductivo (Hempel, 1976) que es basado en información resultante del análisis documental de referentes históricos, filosóficos, dogmáticos, doctrinarios, normativos y jurídicos, tales como la Constitución de la República del Ecuador (CRE), Código Orgánico Integral Penal (COIP), Código Orgánico Administrativo (COA), Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) (2009), Ley de Seguridad Pública y del Estado, Ley de Compañías (1999), entre otras legislaciones, que se relacionan a la comprensión de la creación de normas jurídicas en un estado de excepción como consecuencia directa de la emergencia sanitaria en Ecuador.

En particular, el análisis utiliza los Métodos y Reglas de Interpretación Constitucional, como la hermenéutica, que como teoría del comprender, abarca por una parte la reflexión filosófica

sobre la estructura de y las condiciones del comprender; por otra parte como teoría práctica del método, incluye las orientaciones para la recta comprensión e interpretación de las proposiciones (Cisneros Farías, 2003, pág. 66).

La hermenéutica jurídica como sistema de interpretación de las normas ha permitido en esta revisión, ubicar el sentido de estas, correlacionando los niveles de interpretación en caso de dudas, lo que se busca es demostrar la aplicación correcta del Derecho.

Para el caso ecuatoriano, los métodos y reglas de interpretación constitucional los encontramos en el Art. 3 de la LOGJCC que establece que “las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad..” (2009, pág. 3), en lo concerniente a las reglas de solución de antinomias, deben ser resueltas para evitar las vulneraciones de los derechos fundamentales; cuando se presenten contradicciones entre normas jurídicas se aplica la jerárquicamente superior. Por lo tanto, al encontrarnos en un estado de excepción se debe vigilar que los decretos y/o acuerdos expedidos no transgredan las normas constitucionales, para evitar una posible vulneración de derechos fundamentales.

### 3. DESARROLLO

#### 3.1. Estado de Excepción en la Emergencia Sanitaria

El tratadista Humberto Henríquez (2001) al referirse al “estado de excepción” señala:

Se entiende por Estados extraordinarios de excepción al conjunto de actos y hechos, que tienen como efecto inmediato la concentración del poder y que al amparo de la Constitución ejecutan los gobernantes, de manera rápida y urgente, para restablecer el orden y la tranquilidad amenazados o alterados por situaciones anormales o excepcionales que de no conjurarse a tiempo pueden significar la destrucción del Estado y la ruptura y extinción de la Constitución. (p. 258).

Asimismo, en la Constitución de la República del Ecuador (CRE), el “estado de excepción” se ha instituido en el Art. 164, y se verifica también en el Art. 28 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado; que faculta a la función ejecutiva, decretar la suspensión o limitación del ejercicio de los derechos a la inviolabilidad de domicilio y correspondencia, libertad de tránsito, asociación y reunión, así como el derecho a la libertad de información, en casos de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural, obviamente esto dentro de la esfera del respeto de los derechos humanos, con observancia a los instrumentos internacionales de conformidad al Art. 417 de la CRE que establece que “se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos...”. El estado de excepción se circunscribe a un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades a pretexto de su vigencia. En la actualidad frente a la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) se han dictado decretos y acuerdos ministeriales, los mismos que serán singularizados

en el desarrollo del presente estudio, que colisionan con otros derechos de las personas entre otros, en los ámbitos laboral, servicio público, tributario, seguridad social, seguridad ciudadana; degenerando en extralimitación de facultades por los gobernantes, habiéndose llegado inclusive, al extremo de establecerse por parte de la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de los mismos.

### 3.2. Supremacía Constitucional y Jerarquía Constitucional

Al respecto de la supremacía constitucional Henríquez (2001) señala que es “uno de los dogmas que goza de mayor aceptación dentro de la doctrina como supuesto fundamental e indispensable del Estado constitucional”. (p.125), aspecto nada nuevo, ya que Kelsen (1934) desde hace casi un siglo sostuvo que: “La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional”. (p.127). De esto deviene que las normas constitucionales prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica de un Estado, y en la expedición de la declaración del estado de excepción los *decretos ejecutivos* o *acuerdos ministeriales* no deben contraponerse a la norma suprema, respetando la jerarquía constitucional que establece el Art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador y observando el Principio de Supremacía.

Para el desarrollo de la presente idea, tomaremos singular importancia respecto del derecho al trabajo, conforme lo contempla la Constitución en el Art. 327, que prohíbe toda forma de precarización laboral, la contratación por horas, o cualquier otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva, siendo en efecto este marco jurídico el que a nuestro entender es transgredido bajo el referido estado de excepción.

### 3.3. Seguridad Jurídica en el estado de excepción

Ferrero (2003) al referirse a la seguridad jurídica presupone la eliminación de toda arbitrariedad, mediante la definición clara de los derechos y deberes. Pero resalta en la actualidad la antinomia que existe entre la permanencia del derecho, necesaria para dar seguridad a los intereses, y la urgencia de adecuar las normas al cambio incesante de los hechos. La experiencia latinoamericana de los decretos-leyes ha forjado una fuente de derecho expedita, consagrada luego por los órganos constitucionales, sea mediante la ratificación o por el cuidado de no derogarlos e inclusive de modificarlos. (p.334).

La seguridad jurídica debe estar presente en el ejercicio del Derecho por parte del Estado y los jueces que son quienes aplican, interpretan e integran el Derecho en la administración de justicia; por otra parte las normas jurídicas deben estar en armonía con la Ley Suprema, para que exista un Estado de justicia plena y esta pueda operar en razón de la verdad, erradicando los actos de corrupción y la mala administración de justicia que lo único que ha propiciado es inseguridad jurídica y desconfianza en la función judicial.

### **3.4. Enfoque Administrativo.- Vulneración del Derecho al Trabajo en el Servicio Público con la expedición de Decreto – Acuerdo Ministerial.**

Mediante Decreto Ejecutivo 1053 del 19 de mayo de 2020, publicado en el R.O. 207, Suplemento del 20 de mayo de 2020, el Presidente de la República dispone se reforme el Reglamento a la Ley Orgánica del Sector Público en lo atinente a las jornadas especiales en el sector público; en consecuencia, se reforma el literal c) del Art 25 de referido Reglamento, estableciéndose que: “c) Por excepción y con la aprobación de la máxima autoridad, por un periodo no mayor a seis meses renovables por seis meses más por una sola ocasión, la jornada de trabajo podrá ser disminuida, previa autorización del Ministerio rector del trabajo, hasta un límite no menor a treinta horas semanales...” (Presidencia de la República, 2020, s/p).

Frente a ello caben algunas interrogantes desde la órbita jurídica:

- 1. ¿La reducción “reglamentaria” de jornada es en efecto para evitar posibles contagios entre los servidores públicos?
- 2. ¿Se puede fraccionar la jornada de atención respecto a la prestación del servicio público?
- 3. ¿La ley orgánica acaso no ha previsto la reducción de la jornada laboral bajo circunstancias extraordinarias?
- 4. ¿La pretensión subrepticia es reducir la jornada laboral con la intencionalidad de obtener con ello reducir la remuneración del servidor?

Para responder a tales interrogantes es menester aludir que por disposición Constitucional, el Estado se encuentra obligado a garantizar la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, para que estos no sean disminuidos, desconocidos o tocados; y está conminado a adoptar medidas adecuadas para ampliar y mejorar estos derechos, evitando menoscabarlos. (Vásquez, 2003, p.23).

Por ello, a la primera interrogante diremos que de forma oportuna y con absoluta coherencia se estableció la realización de la prestación del servicio público bajo la modalidad de teletrabajo, pues el uso de plataformas y herramientas tecnológicas ha venido posibilitando el desarrollo de las actividades en el sector público, bajo una precisa forma de comprobación de cumplimiento de actividades, evitando con ello la exposición del servidor y reduciendo en gran medida la posibilidad de contagio. Siendo además que esta nueva modalidad permite el desarrollo de las actividades administrativas fiel a los servicios del servicio público, pero al evitar el contacto directo entre los servidores, y de éstos con los usuarios, se evita generar focos de contagio, y evidentemente se precautela la salud y la vida de los ciudadanos.

La segunda interrogante formulada tiene respuesta en el contenido de los literales a) y b) del Art. 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en esta norma se establece la duración de la jornada laboral fijándose la misma en la cantidad de ocho horas diarias efectivas y continuas, de ahí que la semana hebdomadaria comprenda las 40 horas de labor. Sin embargo, bajo la misma línea normativa encontramos la respuesta a la tercera interrogante en la excepción a la regla, pues referido literal b) es preciso al indicar que se puede establecer una jornada especial

con una duración menor para el caso de trabajos peligrosos (circunstancia en la cual se podría circunscribir el Covid-19), ambientes insalubres u horarios nocturnos, pero todo ello bajo una condición imperativa que merece resaltarse: “sin que su remuneración sea menor...” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2020, s/p).

De ello se desprende que el legislador natural ya circunscribió en ley orgánica la duración de la jornada laboral, y excepcionalmente su reducción, enfatizando con meridiana precisión el imperativo prohibitivo de ni aún así posibilitar la reducción de la remuneración.

Empero, para dar viabilidad al Decreto en análisis, se expide con fecha 20 de mayo de 2020, el Acuerdo MDT- 2020-117 del Ministerio del Trabajo conforme al cual se expiden “LAS DIRECTRICES PARA ESTABLECER LA JORNADA ESPECIAL DIFERENCIADA EN EL SECTOR PÚBLICO”, que establece:

Art. 3. De la jornada especial diferenciada.- De conformidad con el artículo 52 de la Ley Orgánica del Servicio Público; por excepción y, previo informe aprobado por la máxima autoridad del análisis motivado realizado por la Unidad de Administración de Talento Humano o quien haga sus veces, se remitirá para aprobación del Ministerio del Trabajo, la reducción o aumento de la jornada de trabajo referida en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público; hasta un límite no menor a treinta horas semanales y no mayor a las establecidas en la normativa vigente, por un periodo de seis meses, que podrán renovarse por seis meses más por una única ocasión. (Ministerio del Trabajo, 2020, p.5).

Sin duda que la disposición transcrita tiene mucho de transitoria, es elocuente en evidenciar que la pretensión del Gobierno expuesta en Decreto Presidencial y Acuerdo Ministerial, es fijar una jornada laboral para el sector público en treinta horas semanales. Cabe en consecuencia analizar si dicha decisión gubernamental se ajusta a los límites y potestades que establece el Estado, pues para el tratadista Henríquez (2001) al referirse al Gobierno señala: “El Gobierno en cambio, es la organización específica del poder constituido en y por el Estado y al servicio del Estado. En tanto que el Estado abarca todos los ciudadanos, el Gobierno comprende tan sólo a los representantes que detentan el poder político. (p. 267).

En ese contexto el Ministro del Trabajo, en rueda de prensa recogida por Diario el Comercio del 19 de mayo de 2020, menciona: La reducción de dos horas a la jornada laboral del sector público representará una disminución del 16,66% del salario mensual del trabajador. La medida, además, será aplicada de forma inmediata durante los próximos seis meses y podrá ser renovada durante el mismo período de tiempo. (Poveda, 2020, s/p).

Aseveración que se corrobora con la disposición general séptima del Acuerdo: “El ente rector de las finanzas públicas en el marco de sus competencias, efectuará las regulaciones presupuestarias correspondientes...” (Ministerio del Trabajo, 2020, p.8). A ello se suma que la aportación a la seguridad social se debe realizar, (en total contradicción, sobre la base de la remuneración de ocho horas, contraviniendo expresas disposiciones legales.

Se responde así, por sí sola nuestra cuarta interrogante, dejando de ser subrepticia la intencionalidad del Ejecutivo, el que amparado en la excepción excede su potestad reglamentaria, para legislar temas con evidente afectación al ordenamiento jurídico, pues claro ha quedado que éste no se puede subvertir. El Art. 425 CRE ubica a las leyes orgánicas muy por encima de los decretos y acuerdos ministeriales, adicional a ello cualquier Ejecutivo en un Estado Constitucional de Derechos tiene potestades con limitación, inclusive bajo Estado de Excepción:

“No es dable entremezclar o confundir el Poder público del Estado con el Poder público de la Administración, pues, mientras el primero, en cuanto soberano, es independiente de cualquier otra voluntad que no sea la del mismo Estado, incluso para autolimitarse; el segundo está (sic) sometido a la Constitución de la República en virtud de la actuación del poder constituyente y, por tanto, sujeto al Ordenamiento jurídico”. (Zavala, 2011, p.171).

Se denota una aplicación regresiva del derecho al trabajo, a la luz del marco constitucional según el Art. 328; “...El pago de remuneraciones se dará en los plazos convenidos y no podrá ser disminuido ni descontado, salvo con autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley...”. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, p.177). Es importante destacar que de conformidad a lo que dispone el Art. 328 de la Constitución de la República del Ecuador, se reconoce y determina que existe un titular exclusivo del derecho a la remuneración que es el trabajador y lo faculta como único autorizado sobre este derecho, por lo tanto nadie tiene la facultad o potestad para disponer sobre la rebaja obligatoria de remuneración.

### **3.6. Enfoque Societario.- El COVID-19 y sus afecciones económicas, en la producción comercio e inversiones.**

Para realizar el enfoque societario y sus afectaciones económicas, en la producción, comercio e inversiones en el Ecuador durante la pandemia del COVID 19 se debe precisar que:

La compañía es una sociedad o empresa que se constituye por un contrato, por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias con la razón social que escojan quienes se asocian, de conformidad con lo que la Ley prescriba para cada caso, a fin de que, la persona jurídica que se forma de la alianza, realice actos lucrativos. (Correa, 2003, p.254).

Así, la empresa tiene como finalidad el rendimiento del capital; no obstante esta justa expectativa es incierta cuando la propagación mundial del corona virus, ha impactado en la economía mundial, ocasionando una drástica contracción, semejante o peor a la recesión desde la Segunda Guerra Mundial, y la primera vez desde 1870 en que tantas economías experimentarían una disminución del producto per cápita (Banco Mundial, 2020, p.1).

La incertidumbre económica, en el sector empresarial ecuatoriano se incrementa, considerando que la legislación ecuatoriana, dentro del Derecho Societario y Concursal no ha previsto asegurar la supervivencia de las sociedades mercantiles al momento de enfrentar dificultades

causadas por fenómenos, catástrofes o siniestros naturales, que por uno u otro motivo pudieren surgir dentro del desarrollo de sus actividades, así como tampoco se ha legislado sobre el cierre, disolución y liquidación forzosa de las mismas.

Si bien, como consecuencia de la presencia del COVID 19, el Estado regula excepcionalmente las condiciones de tránsito y movilidad, éstas repercuten en la transaccionalidad.

En los últimos 40 días debido a la crisis como consecuencia del coronavirus han quebrado varias empresas y se considera que 50.000 trabajadores han sido cesados en sus funciones y están en casa sin salario, ni indemnización por despido, ya que de conformidad a lo que establece el Código del Trabajo como forma de terminación de contrato “por casos fortuitos y fuerza mayor”, esta ha sido la figura que ha sido más utilizada en los últimos días por los empleadores en el Ecuador. (Jácome, 2020, s/p).

Las compañías han sido siempre el medio idóneo de comercio que han posibilitado el progreso y desarrollo económico a nivel no solo local, nacional sino mundial, constituyéndose en herramientas generadoras de riqueza y crecimiento de la economía de la nación, incidiendo en el comportamiento de la sociedad, por ser generadoras de fuentes de trabajo.

Los negocios sean grandes o pequeños en diversos sectores de la economía se han visto afectados por el impacto del COVID-19, por ello es necesario que ante esta crisis impredecible e incalculable, que afecta el presente y que arrastra consigo consecuencias futuras dentro de la economía, se prevean soluciones alternativas que permitan viabilizar la reestructuración de las empresas.

Gurrea (2020, pag.1)., sostiene: los gobiernos y reguladores de varios países, así como determinados organismos internacionales y bancos centrales, están respondiendo frente al coronavirus con una batería de medidas económicas y financieras que, en esencia, tienen tres objetivos:

- (i) Proteger a los consumidores y empleados por la posible pérdida de sus puestos de trabajo como consecuencia del cierre de empresas o la reestructuración de plantillas que tengan lugar en los próximos meses;
- (ii) Proteger a los autónomos y empresas frente a las pérdidas económicas y las necesidades de liquidez que ocasionará la caída de ventas provocada por el virus y las medidas implementadas para la paralización del mismo; y
- (iii) Proteger la estabilidad del sistema financiero como consecuencia de la falta de confianza y el mayor número de impagos a entidades financieras que probablemente se produzcan por parte de numerosos particulares y empresas.

Mientras que en el Ecuador el cierre, liquidación o disolución de las empresas, que no es más que la *extinción* como única opción, a la que deben recurrir las empresas, ante la crisis, es necesario pensar en una reforma que actualice nuestra legislación y por supuesto garantice una estabilidad empresarial, solidez económica, seguridad comercial y solvencia mercantil, en vista de que la actual legislación no se armoniza con la realidad, a más de ello es necesario que den-

tro de las políticas públicas se establezcan proyectos económicos que permitan ser la fuerza de choque para enfrentar los problemas críticos del coronavirus, como en estos momentos lo está realizando países como Alemania, quien:

“Ha puesto en marcha un plan económico... que prevé la concesión de crédito “ilimitado” a las empresas, ampliación de los plazos fiscales y subvenciones para proteger el empleo y los ingresos de los trabajadores afectados por reducción de jornadas...” (Valero, 2020, p.1).

En nuestro país se cierran empresas, se despiden trabajadores, no se los indemniza, se violentan sus derechos, se desprotege a familias enteras, porque no es sólo el trabajador quien se queda sin su salario, sino su familia quien se queda sin su alimentación y así cuando nuestra legislación no se compadece de la realidad de las empresas, de las compañías o de las sociedades que sí inciden grandemente en el crecimiento económico, al generar fuentes de trabajo y que en estos tiempos de pandemia, de decretos, de estado de excepción, justamente cuando a través de ellos se reguló la movilidad, las empresas se empoderan de legalidad para despedir a todo el sector obrero, sin indemnizarlos violentando la Seguridad Jurídica y sus derechos.

La legislación ecuatoriana corporativa no contribuye a la supervivencia de las empresas que atraviesan dificultades financieras como resultado de la pandemia.

“La llamada ‘regla de recapitalización o liquidación’ es uno de esos requisitos obsoletos cuya redefinición es imperativa en tiempos de COVID-19”. (Ortiz & Noboa, 2020, s/p),

Por ello es necesario analizar también los requisitos mínimos de constitución en lo correspondiente al capital legal de las empresas ecuatorianas, entre ellas la compañía de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas, las que de acuerdo a lo establecido por la Superintendencia de Compañías, fija los montos mínimos que se requiere para su constitución, “montos que ascienden a 400, 00 y 800,00 USD”(Superintendencia de Compañías, s/a), respectivamente, según lo establece el instructivo societario emitido por la Superintendencia de Compañías, es decir, se trata de un capital legal de constitución que casi cualquier persona podría sin mayor esfuerzo constituir una empresa de esta naturaleza, como ocurrió con la Empresa Silverti. S.A, que sólo requería para su constitución como capital mínimo 800,00 USD y es quien contrató con el Estado ecuatoriano “desde el 2016 un monto que asciende a más de 18 millones de dólares” (Primicias.ec, s/a), y que hoy en la actualidad se ve envuelta en una red de corrupción, por celebrar contratos con el IESS para la venta de insumos médicos con sobreprecio, según lo determina un informe de Contraloría y por lo cual están siendo investigados por la Fiscalía, conforme datos difundidos en el portal de noticias Primicias.ec.

Si consideramos el capital social Intrascendente establecido como requisito mínimo obligatorio en estos tiempos de COVID-19, esta particularidad dará lugar a que muchas compañías utilicen sin justificativo alguno los procedimientos de liquidación, dejando inconclusas quizá muchas de sus actividades y ocasionando perjuicios a terceros.

Sin duda el impacto económico negativo causado por el COVID-19, degenera en que varias empresas enfrenten pérdidas operativas significativas, exponiéndose a procesos de liquidación por cuanto las referidas pérdidas podrían representar un porcentaje que supere el 50% de su capital legal, situación no atribuible a los administradores de la empresa, en estos momentos, por tratarse de un caso fortuito o fuerza mayor no previstos en nuestra legislación; ante estos hechos el Estado debería posibilitar alternativas económicas viables para que dichas empresas no sean liquidadas superando las dificultades financieras; y, de manera urgente reformar nuestra legislación corporativa con la finalidad de que la misma se compadezca de las diferentes realidades, garantizando la solvencia de las empresas y de los acreedores, estableciendo como requisitos mínimos de constitución capitales acorde a las actividades de las empresas y de esta manera frenar en parte los diferentes tipos de contratos que violentan disposiciones legales, como aquellos empresas que se encuentran en procesos de investigación penal y que aparentemente fueron constituidas legalmente.

Esta es la oportunidad de generar trabajo a aquellas empresas legalmente constituidas, de garantizar a terceros que con aquellas empresa contraten, y generar fuentes de trabajo con derechos a los trabajadores que la Constitución y la Ley prevé para ellos.

### **3.7. Enfoque Penal de los actos de corrupción cometidos en la pandemia.**

Para Boderó (2010); El debate de la corrupción en Latinoamérica se ha centrado casi exclusivamente en los funcionarios públicos que acumularon grandes fortunas a costa de sus países. La corrupción es vista como un problema de las naciones en vías de desarrollo. Poco se ha analizado el papel de las corruptas multinacionales y de los gobiernos de los países industrializados. (p. 250).

La realización de actos ilícitos es un mal que se encuentra en todos los estratos sociales, en la actualidad con la emergencia sanitaria y dado que en virtud de ella, los procesos de contratación pública se ven seriamente simplificados, los servidores públicos se han aprovechado para celebrar contrataciones con elevados sobrepuestos generando un gran perjuicio económico, en menoscabo del patrimonio del Estado ecuatoriano de más de 17 000.000 según el Boletín de la Contraloría General del Estado de fecha 11/12/2020<sup>1</sup>; pese a existir disposiciones legales en el Código Orgánico Integral Penal establece como circunstancias agravantes: “Aprovecharse .. calamidad pública ..para ejecutar la infracción”. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2020, p. 20)., lo que repercute para que se imponga al infractor la pena máxima del tipo penal aumentada en un tercio de la pena del delito cometido. Tanto servidores públicos como particulares se han visto involucrados en el cometer de delitos durante la pandemia y que a diario en las noticias nacionales fueron presentados los actos delictivos entre ellos: tenencia y porte de armas de fuego, tráfico de influencia, peculado, asociación ilícita, defraudación aduanera, testaferrismo, fal-

1. Los errores y omisiones administrativas se detallan en los informes con indicios de responsabilidad penal (IRP) remitidos a la Fiscalía. El colofón es la sobrevaloración de bienes, que suma USD 17 887.852. Este monto se desprende de las inconsistencias observadas durante los exámenes médicos, ventiladores mecánicos, pruebas rápidas COVID 19, servicios de desinfección, kits de alimentos. También incluye el anticipo no devengado de la construcción del Hospital de Pedernales, por USD 8 214.000.

sificación de documentos, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, delincuencia organizada, entre otros, donde se presume que están involucradas personas naturales y personas jurídicas públicas y privadas.

Para el historiador de economía Barnes (1955) al comentar la criminalidad de la gran depresión, señala:

Como influían en el escogitamiento de jueces y fiscales se tornó muy difícil condenarlos. Además por temor a represalias poco se atrevían a testificar en su contra. Los delincuentes eran muy útiles –lo son aún- a los políticos para intimidar a los reformadores, plagiar las elecciones, presionar a los votantes, etc. (p. 681).

La sociedad ha sido testigo de grandes atracos donde los representantes de las mafias que dominaban las economías de los Estados han sido absueltos y dónde la represión llega solo hasta los delincuentes que cometen delitos de bagatela que forman parte de la sobrepoblación carcelaria; al tiempo que los políticos y empresarios que cometen delitos de cuello blanco se encuentran en libertad en calidad de amos y dueños de los Estados, al tener un pueblo adormecido por los medios de comunicación social que son los encargados de presentar los dramas en sus noticieros para distraer la atención de la ciudadanía, y lograr que olviden los acontecimientos delictivos y continúen contribuyendo al Estado representado por la corrupción.

“La criminalidad de la globalización es considerada la de los sujetos poderosos cuyos factores económicos, políticos y sociales son cuantiosos, a los que se suma la capacidad de desestabilización de los mercados y la corrupción de funcionarios y gobernantes”. (Silva, 1999. p. 92). A nivel de los países de América Latina: la corrupción alcanza niveles alarmantes en medio de la crisis por el Covid-19<sup>2</sup>. Se presume que la corrupción se origina con la participación de gobernantes obedientes de la consigna del reparto de préstamos o donaciones económicas que recibe el gobierno.

Sutherland (1999) definió al delito de cuello blanco como “un delito cometido por una persona de respetabilidad y status social en el curso de su ocupación”. (p. 65). Frente a esta pandemia, Ecuador se enfrenta a la delincuencia económica representada, por ciertos gobernantes, funcionarios de la administración pública y políticos que aprovechándose de su cargo o puesto público, en colaboración de empresas privadas han saqueado al Estado con sobrepagos, y se han llevado el dinero, dejando al país en medio de un estado de excepción sin recursos económicos para el pago de las remuneraciones de los servidores públicos; a más de esta la imposición de decretos que lesionan los derechos fundamentales con normas que resultan ser contradicciones legales al no respetar la supremacía constitucional, que resultaron declarados inconstitucionales.

2. France 24.com 21/06/2020. Brasil, Bolivia, Paraguay, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Perú; República Dominicana, entre otros países, han sido testigos en los últimos cuatro meses de escándalos relacionados con prácticas de corrupción, favorecidas por la emergencia del Covid 19. La situación ha alarmado a autoridades internacionales. La ONU creó un Observatorio Regional de precios de Medicamentos en América latina para tratar de evitar irregularidades.

Hoy parece estar claro que el crimen organizado obedece a una lógica organizativa de alta rentabilidad y eficiencia, que incluye la captación de instituciones estatales, el lavado de dinero y la compra de funcionarios, entre otras actividades que garantizan la impunidad de una industria ilegal y millonaria de tráfico de drogas, armas y otros bienes ilícitos, en un contexto de desinstitucionalidad estatal y corrupción. (Ojeda, 2010, p. 286).

La realidad nacional que agobia a todos los habitantes es el engaño que han sido objeto durante toda la vida de gobernabilidad en cada periodo que traen como resultados actos delictivos dentro de la administración pública, con la consigna de ocultar las evidencias y archivar causas penales, generando la impunidad de los delitos y dejando en libertad a los responsables para que disfruten del dinero del pueblo en los paraísos fiscales. Por medio de investigación previa se ha descubierto actos ilícitos de contratación pública de insumos médicos a empresas inexistentes.

Frente a la noticia criminal, la Fiscalía ha iniciado diversas investigaciones previas, en pro de recabar elementos de convicción que sirvan para determinar la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal de los sospechosos, revelándose casos en que se han formulado cargos. Por otra parte, la sociedad espera que los Jueces de Garantías Penales actúen sin presión con honestidad y al tiempo de permitir un debido proceso igualitario y contradictorio lleguen con precisión a determinar materialidad de infracciones y sus consecuentes responsables, teniendo en cuenta que se trata de delitos donde está menoscabando el patrimonio económico del Estado y el derecho a la seguridad humana de las personas.

#### 4. DISCUSIÓN

En el estado de excepción deben respetarse los derechos fundamentales que están plasmados en la Ley Suprema, nada puede atentar contra el Principio de la Supremacía Constitucional, pues en el Estado Constitucional de Derechos se impone un ordenamiento jurídico conforme al cual se establece una jerarquía de las normas, estando vedado al poder político subvertir la misma a su antojo. En efecto, cada potestad y atribuciones se encuentran plenamente delimitadas. De ahí que el contrapeso de las funciones del Estado no pueda ser sometido a la arbitrariedad, más aún estando de por medio derechos fundamentales de los habitantes entre ellos: el derecho a la seguridad jurídica, al trabajo, a la movilidad humana, libre contratación, seguridad humana, entre otros, los cuales bajo el modelo Neoconstitucional no pueden tampoco ser socavados.

Lamentablemente las secuelas económicas de la pandemia, también contaminaron el quehacer empresarial, societario y contractual del Estado, correspondiendo por consiguiente a los organismos de control ejercer su actividad con la objetividad y rigurosidad que la sociedad demanda. Contraloría General del Estado, Fiscalía y Policía Especializada deben investigar en forma coordinada, manteniendo la reserva del caso para evitar que los responsables evadan a la administración de justicia y con ello lograr que la administración de justicia juzgue con toda la rigurosidad de la Ley propendiendo a devolverle al Estado todo o parte de su patrimonio sustraído y que exista una convivencia de tranquilidad social.

## 5. CONCLUSIONES:

La Corte Constitucional deberá ejercer el control de constitucionalidad que corresponde frente a la normativa generada con motivo de la pandemia; y, sentar la jurisprudencia que el Estado requiere como certeza de la seguridad jurídica que viene impuesta desde el modelo neoconstitucional.

La pandemia actual afecta y afectará negativamente la economía del país, por lo que se requiere reformar ampliamente la legislación corporativa, con la finalidad de regular ciertos aspectos constitutivos de las empresas y mitigar el impacto económico acaecido por el COVID-19. Al tiempo de permitir un mayor control frente a la contratación pública dado un estado de excepción y contratación por emergencia.

El poder punitivo del Estado debe ser aplicado en todo momento, considerando el régimen penal para reprimir a los infractores que se aprovechan de la calamidad pública y cometen delitos durante la pandemia, donde resultan ser responsables tanto servidores públicos como particulares involucrados en una serie de concurso de delitos que deben ser sancionados con el máximo de la pena, y lograr garantizar el derecho a la seguridad humana de las personas.

## 6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Asamblea Nacional del Ecuador. (1999). *Ley de Compañías*. Registro Oficial No. 312.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 20/10/2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 22/11/2009.
- Asamblea Nacional del Ecuador (Ed.). (2020). *Código Orgánico Integral Penal del Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2020). *Ley Orgánica del Servicio Público*. Registro Oficial.
- Banco Mundial. (2020, junio 08). La COVID 19 (coronavirus) hunde a la economía mundial en la peor recesión desde la segunda guerra mundial. *Banco Mundial: Comunicado de prensa*.
- Barnes, H. E. (1955). *Historia de la Economía del Mundo Occidental*. Uthea.
- Bodero, E. R. (2010). *Teoría Económica de la Delincuencia*. Ateneo Jurídico.
- Cisneros Farías, G. (2003). *Metodología Jurídica*. Editora Jurídica Cevallos.
- Ferrero, R. (2003). *Ciencia Política Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Editora Jurídica Grijley.
- Gurrea Henríquez, A. (2020). *Disolución de Sociedades y Concurso de Acreedores en tiempos de Coronavirus*. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas.
- Hempel, C. G. (2006). *Filosofía de la ciencia natural* (Vol. 125). St. Martin's Press.
- Henríquez Franco, H. (2001). *Derecho Constitucional*. Editora FECAT.
- Jácome, G. (2020, mayo 04). Empresas y trabajadores: entre los más impactados por el coronavirus en Ecuador. *Editoriales V.A.*

- Kelsen, H. (1934). *Teoría General del Estado*. Labor - Madrid.
- Ministerio del Trabajo. (2020). *Acuerdo MDT-2020-117 del Ministerio del Trabajo. "Las Directrices para establecer la jornada especial diferenciada en el Sector Público"*.
- Ojeda Segovia, L. (2010). *Violencia, delincuencia e inseguridad en el Ecuador*. Instituto de investigaciones UNAP.
- Ortiz, E., Noboa, P. (2020, abril 16). *Procedimientos de Liquidación corporativa en Ecuador: la regla de recapitalización o liquidación en tiempos de COVID-19*.
- Poveda, L. (2020, Mayo 19/05/2020). ¿Por cuánto tiempo se aplicará la reducción salarial del 16,6% en funcionarios públicos? *El Comercio*.
- Presidencia de la República. (2020). *Decreto Ejecutivo 1053*. Registro Oficial 207. 20/5/2020.
- Superintendencia de Compañías. (s/a, s/m s/d). *Instructivo de Superintendencia de Compañías*. Instructivo Societario doc. Retrieved 19/1/21, from <https://n9.cl/8dr5b>
- Sutherland, E. (1999). *El delito de cuello blanco*. Ediciones la Piqueta.
- Valero, C. (2020, marzo 13). Alemania ofrece créditos ilimitados a las empresas para hacer frente al coronavirus. *El Mundo Macroeconomía*.
- Vásquez, J. (2003). *Derecho Laboral Práctico*. Editora Jurídica Cevallos.
- Zavala, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. EDILEX S.A.