UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"NECESIDAD DE EFECTIVIZAR EL INSTRUMENTO ANDINO DE MIGRACIÓN LABORAL, PREVIO A GARANTIZAR LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR EXTRANJERO EN EL ECUADOR, INCORPORANDO REFORMA AL CÓDIGO DEL TRABAJO"

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE LICENCIADA EN JURISPRUDENCIA Y TITULO ABOGADA

AUTORA:

Diana Susana Álvarez Tacuri

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Leandro Peña Merino. Mg. Sc.

Loja – Ecuador

2 0 12

AUTORIZACIÓN

Dr. Leandro Peña Merino. Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DEL ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICA:

Que la presente tesis de Licenciada elaborada por la señorita **Diana Susana Álvarez Tacuri**, bajo el título: "**NECESIDAD DE EFECTIVIZAR EL INSTRUMENTO ANDINO DE MIGRACIÓN LABORAL, PREVIO A GARANTIZAR LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR EXTRANJERO EN EL ECUADOR, INCORPORANDO REFORMA AL CÓDIGO DEL TRABAJO**", ha sido desarrollada bajo mi dirección, cumpliendo al momento con todos los requisitos de fondo y forma establecidos por los respectivos Reglamentos de graduación de la Universidad Nacional de Loja en vigencia, autorizo su presentación para los fines legales pertinentes.

Loja, enero del 2012

.....

Dr. Leandro Peña Merino. Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

A U T O R Í A

Los conceptos, expresiones, ideas, comentarios y citas bibliográficas que constan en la presente investigación, son de mi exclusiva responsabilidad como autora de la misma.

……..

Diana Susana Álvarez Tacuri

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de mi perenne gratitud a la Universidad Nacional de Loja y a su Área Jurídica, Social y Administrativa, en especial a su prestigiada Carrera de Derecho en la persona de sus dignísimas autoridades. De igual manera expreso mi gratitud a todos los brillantes catedráticos que han participado en mi formación profesional en el magnífico campo del Derecho, de manera especial agradezco al **Dr. Leandro Peña Merino,** docente de la Universidad Nacional de Loja, que con mística y dedicación dirigiera el desarrollo de la presente tesis de Licenciatura.

A todos ellos mi gratitud imperecedera.

La autora

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico primeramente a Dios por brindarme la fuerza, la fe de cada día para ser una excelente profesional en el futuro.

A mis padres **Hilda Piedad Tacuri y Julio Gonzalo Álvarez**, con su esfuerzo me dieron el apoyo para alcanzar mis logros, a mi amiga **María Rojas Jaramillo,** como un humilde homenaje a su ejemplo, su cariño y sus desvelos, me orientaron para lograr mis objetivos trazados.

La Autora

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

Autorización

Autoría

Agradecimiento

Dedicatoria

1. Resumen

2. Introducción

3. REVISIÓN DE LITERATURA

3.1 Marco Conceptual

3.2Marco Doctrinario

3.3Marco Jurídico.

4. MATERIALES Y MÉTODOS.

4.1Materiales

4.2Métodos

4.3 Técnicas

5. RESULTADOS.

5.1 Presentación de Resultados de las Encuestas

5.2 Presentación de Resultados de las entrevistas.

6. DISCUSIÓN

6.1. Verificación de Objetivos.

6.1.1 Objetivos generales.

6.1.2Objetivos específicos.

6.2 Contrastación De Hipótesis.

6.3 Fundamentación jurídica para Propuesta De Reforma.

7. CONCLUSIONES

8. RECOMENDACIONES

9. PROPUESTA DE REFORMA

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

12. INDICE

1.- RESUMEN

La presente investigación aborda un problema jurídico de profunda resonancia social, cual es la falta de poder coercitivo del Código del Trabajo en cuanto a garantizar los derechos de los migrantes de diferentes lugares del mundo, los que vendrían siendo vulnerados en el ámbito de laboral, en detrimento de las declaraciones que realiza al respecto la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Internacional de Migración Extranjería, y los tratados específicos dictados por la Organización Internacional del Trabajo; así como también por las disposiciones específicas que establece la Constitución de la República del Ecuador en los Arts. 331 y 332. Y siendo evidente que el Art. 156 del Código del Trabajo, establece para los empleadores que incumplan los derechos de los inmigrantes existen , sanciones sumamente benignas, como es por ejemplo el establecimiento de multa de hasta doscientos dólares, lo que en realidad no guarda relación con los gravísimos daños que podrían ocasionar los abusos laborales en contra de los inmigrantes, que como sabemos, es sujeto de atención prioritaria conforme lo determina el ordenamiento constitucional, y por tanto, merece atención preferente de parte del Estado, de la sociedad y la familia inmigrante.

El tratamiento teórico de la presente investigación consta en el capítulo pertinente a la revisión de literatura, donde se inicia analizando en forma pormenorizada lo que respecta a la definición del trabajo y del derecho del trabajo, como categorías fundamentales del estudio, lo que concierne al contrato del trabajo, así como al trabajador y al empleador como entes protagónicos del mismo. De manera específica se trata lo que respecta a los derechos especiales que asisten a los

inmigrantes, analizando de manera precisa lo que concierne, así como a la protección jurídica de esta en el ámbito del Derecho Internacional, del Derecho Latinoamericano y específicamente en el marco constitucional del Ecuador. Luego se analiza en forma pormenorizada el problema de investigación en el ámbito del Código del Trabajo del Ecuador, determinando la insuficiencia de las normas correspondientes en cuanto hace falta dotarlas de la debida fuerza coercitiva para conseguir que los empleadores las observen de manera escrupulosa.

Luego se procede a la presentación de los materiales y métodos empleados en el presente trabajo, y a continuación se realiza la exposición y análisis de los resultados obtenidos en la investigación de campo, y sobre dicha base, así como en relación con el contenido teórico del trabajo, a continuación me permito elaborar la correspondiente verificación de objetivos y contrastación de hipótesis. Finalmente se elaboran las conclusiones y recomendaciones a las que me ha permitido llegar el presente estudio, y se presenta el correspondiente Proyecto de Reforma al Código del Trabajo.

ABSTRACT

This investigation focuses on a legal problem of deep social resonance, which is the lack of coercive power of the Labour Code in ensuring the rights of working women was pregnant, during childbirth or after him, and in the breastfeeding, those who would be violated in the field of private enterprise, to the detriment of the statements made in this respect the Universal Declaration of Human Rights, the Convention and specific treaties issued by the International Labour Organization, as well as by specific provisions established by the Constitution of the Republic of Ecuador in the Arts. 331 and 332. And it is clear that Article 156 of the Labour Code provides for employers who violate the rights of pregnant women, or in the postpartum period or lactation, very mild sanctions, such as for example the establishment of fine two hundred dollars, which actually is unrelated to the serious damage that could lead to labor abuses against pregnant women, which as we know, is the subject of focus as required by the constitutional system, and therefore deserves priority attention from the state, society and family.

The theoretical treatment of this research appears in the chapter relating to the review of literature, which begins by analyzing in detail regarding the definition of labor and employment law, as fundamental categories of the study, with regard to the contract labor and worker and employer and starring the same entities. Is specifically regarding the special rights that attend to women workers in state of pregnancy, childbirth and the postpartum and lactation period, analyzing precisely what concerns the state of pregnancy as a special period life of women and the legal protection of this in the field of international law and specifically of Latin

American law in the constitutional framework of Ecuador. Then analyzed in detail the problem of research in the field of the Labour Code of Ecuador, by determining the failure of the relevant rules as necessary to provide them with proper coercive force to ensure that employers be scrupulously observe them.

Then comes the presentation of materials and methods used in this paper, and then made the presentation and analysis of the results of field research, and on that basis and in relation to the theoretical work then I would draw the proper verification of objectives and hypothesis testing. Finally, conclusions and made recommendations that allowed me to get this study and presented the draft of the Labour Code Reform.

2.- INTRODUCCIÓN

El trabajo es una de las actividades humanas de primordial importancia para la realización personal, así como para la procuración de la satisfacción de las necesidades materiales del trabajador inmigrante y de su familia, por ello, esta actividad es plenamente garantizada como un derecho humano, constitucional y civil de la persona, procurando brindarle las mejores condiciones a fin de que la relación obrero-patronal se desarrolle en términos de absoluta armonía y productividad, de manera que las dos partes resulten beneficiadas y con sus derechos inmanentes.

Es necesario hacer notar la importancia que tiene el presente trabajo desde el punto de vista socio jurídico, ya que a diario son vulnerados los derechos de los trabajador inmigrantes, el caso que amerita el presente análisis y estudio es, del incumplimiento de los derechos laborales de los extranjeros que ingresan al País. Es obligación del Estado respaldar la incorporación de inmigrantes que se encuentren ilegales en el país, en igualdad de derechos y oportunidades garantizándoles idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Velará especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, en el del sector informal, la del sector artesanal, Se prohíba todo tipo de discriminación laboral contra el inmigrante. Para garantizar estos derechos del trabajador, el Código del Trabajo en el Art. 174 señala que “Por incapacidad temporal para el trabajo proveniente de enfermedad no profesional del trabajador, mientras no exceda de un año”

El empleador no podrá dar por terminado el contrato de trabajo sin causa alguna del trabajador y el empleador no podrá remplazarlo definitivamente por el simple hecho de que no se encuentre legal en nuestro país o sufra de alguna incapacidad, el empleador debe facilitarle un tiempo prudencial para que el inmigrante resuelva situación de acuerdo como dictamina la ley; pero, Está disposición legal no se está cumpliendo por parte de los empleadores que despiden a sus trabajadores. Por eso creo conveniente agregar normas en el Código del Trabajo que sancionen severamente al empleador que realice un despido de esta naturaleza y proponer una indemnización al inmigrante víctima de este despido sin causa.

Con base en la inquietud anotada he optado por desarrollar mi tesis de licenciatura en Jurisprudencia sobre el tema: “Necesidad de efectivizar El Instrumento Andino de Migración Laboral, previo a garantizar los derechos del trabajador extranjero en el Ecuador, incorporando reforma al Código Del Trabajo”. Los contenidos teóricos y de campo que implica el presente estudio se encuentran organizados de la siguiente forma:

Primeramente se analiza en forma pormenorizada lo que respecta al trabajo como categoría social y jurídica, el derecho al trabajo, el contrato de trabajo, la remuneración, su afiliación en el IESS, si se interrelacionan, como son el empleador y el trabajador. Se estudia también lo que respecta a los derechos constitucional en materia laboral.

En el segundo apartado de la revisión de literatura, se estudia lo que respecta al contrato de trabajo en la legislación del Ecuador, así como a la protección de inmigrante en el ámbito del derecho internacional, derecho Latinoamericano y derecho constitucional. Luego analizo en forma pormenorizada lo concerniente a la protección del inmigrante en el ámbito del derecho positivo laboral ecuatoriano, determinando las limitaciones de este cuerpo jurídico en cuanto a fuerza coercitiva para obligar a los empleadores al acatamiento de las normas del Código del Trabajo. Finalmente hago hincapié en la necesidad de reformar el Código del Trabajo en cuanto a la protección efectiva de los derechos especiales de los trabajadores inmigrantes y de asegurarlos como la ley prescribe.

Este estudio se complementa con la realización de un proceso de investigación de campo, que comprende la aplicación de un formulario de encuesta a treinta profesionales del derecho, inmigrantes, quienes se pronuncian sobre la problemática de investigación emitiendo sus opiniones en cuanto a la protección jurídica, manifestando aquellos finalmente su acuerdo con la necesidad de reformas y optimización de nuestra legislación laboral. Finalmente se procede a la presentación de las conclusiones y recomendaciones que se constituyen en el producto depurado del presente trabajo, así como también a la elaboración de la propuesta de reforma al Código del Trabajo, en cuanto proteger con la mayor efectividad posible los derechos del trabajador inmigrante.

3. REVISIÓN DE LITERATURA.

3.1. MARCO CONCEPTUAL.

3.1.1. DERECHO LABORAL.

"En el campo estrictamente laboral, a la multitud de trabajadores adultos, en concurrencia despiadada unos con otros, se sumaron las mujeres y los menores, y se añadió la progresiva, pero constante mecanización que permitía reducir o eliminar el trabajo humano en una serie de actividades productivas, y en un momento dado, la remuneración y las condiciones de trabajo eran fijadas unilateralmente por el empleados, que podía prescindir de los servicios de quien no las aceptaba, en la seguridad de que por uno que rehusara tales condiciones, se presentaría varios que las aceptarían agradecidos."[1]

En estas circunstancias, las jornadas de catorce y dieciséis horas y las remuneraciones misérrimas eran normales; las mujeres y los menores eran preferidos a los hombres adultos porque a pesar de que debían cumplir las mismas jornadas, se conformaban con salarios menores y, como se habían simplificado mucho las tareas, en algunas rendía más y soportaban mejor los vejámenes y miseria en que se desenvolvía la relación laboral.

Estas ideas fueron acogidas con calor y entusiasmo por las clases obreras que sufrían los efectos del desorden económico y moral y pronto se llenaron las calles de las grandes ciudades con multitudes enfurecidas que, con los puños en alto, reclamaban lo que en justicia se les debía y desafiaban

[1] CUEVA Mario Urbano, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Primera Edición. Pág. 346.

violentas la represión policial del Estado que, inspirado en los principios de la "Revolución Francesa", se empeñaba en mantener el orden público y salvaguardar la libertad individual, sin preocuparse de la injusticia que ese supuesto orden encubría, ni por la vigencia práctica de la libertad que decía garantizar.

"La magnitud de la cuestión obrera no permitió, en esta primera etapa, contemplar los efectos nocivos que la nueva organización de la producción causaba, en una sociedad dominada por un concepto individualista de la libertad, sobre diversos sectores del artesanado, del campesinado, de la clase media y de la familia; asimismo, la gravedad del aspecto económico-social de dicha cuestión impidió, en ese entonces, descubrir con plena claridad las raíces espirituales y culturales de la cuestión social"[2].

Sin embargo, en posteriores estudios de la cuestión social se puso de manifiesto que ella comprendía multitud de problemas o cuestiones que día a día se extienden y complican más, de modo que su solución requiere de una reforma en el orden económico-social, de una transformación espiritual y moral, y de la creación de un orden político nacional e internacional sustentado en los principios de la justicia y de la solidaridad.

"El Derecho Laboral es el conjunto de los principios y de las normas jurídicas destinados a regir la conducta humana dentro de un sector determinado de

[2] CUEVA Mario Urbano, El Nuevo Derecho. Mexicano del Trabajo. Primera Edición. Pág. 347.

La vida social, el que se limita al trabajo prestado por los trabajadores al servicio de empleadores comprendiendo todas las ramificaciones que nacen de esta relación"[3].

El derecho laboral realiza un estudio para remediar la mala distribución del trabajo, y la injusta distribución de la riqueza, el Derecho analiza el esfuerzo humano con frecuencia en forma directa, y lo relaciona con otras ramas del intuición humano.

El autor Julio Cesar Trujillo define; "Derecho laboral, es una rama, la más importante si se quiere, del nuevo Derecho Social, junto a aquel y dentro de este se encuentran, además, las leyes que tratan del problema de la vivienda, de las instituciones de ahorro y de la asistencia mutua, de la seguridad social, de la más equitativa distribución de la tierra, etc"[4].

Este derecho tiende a buscar un equilibrio compensatorio, entre el poder que ostenta el capital y por otro lado el poder que pueda ejercer el conjunto de principios dogmáticos que rigen las relaciones sociales. En general el derecho tiende a regular la conducta humana, el derecho del trabajo regula la conducta con respecto al trabajo, y como este empieza a dar sentido de interés económicos entre el empleador y el trabajador.

[3] KROSTOSCHIN, Ernesto.- Instituciones de Derecho del Trabajo. Segunda Edición. Ediciones DEPALMA. Buenos Aires – Argentina. 1968. Pág. 4.
[4] TRUJILLO, Julio Cesar. Garantías del Trabajo. Tomo I. Editorial Don Bosco. Quito – Ecuador. 1973. Pág. 21.

3.1.2. EL DERECHO SOCIAL.

"Las explosiones violentas de la reacción obrera presionaron con tal fuerza y vigor contra las instituciones del Estado Liberal, que éste no pudo continuar indiferente y se empeñó por adoptar medidas que contemplan las nuevas necesidades planteadas por el industrialismo y remediaban los dolorosos efectos del "laissez faire, laissez passer" en que, antes, y por mucho tiempo se había inspirado"[5].

La intervención del Estado se orientó, en un primer momento, a satisfacer las exigencias propias del obrerismo e hizo de la protección del obrero el objeto cardinal de las nuevas leyes; pero, luego se ha ido extendiendo a favor de otras clases de trabajadores autónomos, y más tarde a favor de los campesinos, clase media, mujer, niños, etc.

De esta manera surgen las nuevas leyes, cuya necesidad todos admiten ahora y al conjunto de la cuales las denominamos "Derecho Social" para incluir además los principios filosófico-jurídicos que las orientan; por cierto, esta denominación no es admitida universalmente, ni mucho menos por todos los tratadistas.

"La figura del Derecho Social, creación de nuestra época, es todavía una nebulosa doctrinal a los fines prácticos de la clasificación y sistematización de la materia jurídica"; por consiguiente, la rechaza como sinónimo de Derecho de Trabajo, García Oviedo, en cambio, la defiende porque habiendo

[5] CUEVA Mario Urbano, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Pág. 448.

brotado de la necesidad de resolver el llamado “problema social”, toma bajo su protección no sólo a los que viven sometidos a una dependencia económica, de los que se ocupa el Derecho del trabajo, sino a todos los seres económicamente débiles y concluye diciendo: “social es, pues, el contenido del problema; social debe ser el derecho creado para su resolución”[6].

La denominación de Derecho Social para “el conjunto de principios, normas e instituciones, encaminados a remediar los males que afectan o puedan afectar a la sociedad con respecto al trabajo y a la injusta distribución de las riquezas, con el objeto de establecer un orden mejor; o más brevemente, el conjunto de principios, normas e instituciones encaminados a remediar la mala organización del trabajo”[7]. De la definición procedente se deduce que, a nuestro juicio, el Derecho Social no es sinónimo ni se agota con el Derecho del Trabajo, toda vez que las desastrosas consecuencias de la mala e injusta distribución de las riquezas no se limitan al campo de las relaciones laborales; antes bien, ellas se desbordaban a otros campos y órdenes de la vida social que, como el de las relaciones laborales, requieren de la atención del derecho.

“El Derecho social es una rama relativamente nueva del derecho y que entre sus peculiaridades está su carácter tutelar que protege, ampara o defiende los derechos laborales y sociales del trabajador”[8]. Distinto a lo que propugna

[6] CUEVA Mario Urbano, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Pág. 449.
[7] VILLEGAS, Jaime. Jurisprudencia Laboral. Primera Edición. 1940. Pág. 431
[8] WWW.Yahoo. COM Eco. “Derecho Social”.

el derecho civil que parte del supuesto de que las partes son iguales y gozan de la misma libertad para decidir y proteger sus intereses, el Derecho del Trabajo parte del supuesto que en los hechos esa igualdad no existe y debe por tanto protegerse al más débil. En este caso al menor trabajador dependiente.

La principales características de esta rama del derecho social son: de orden público, ya que los derechos de los trabajadores son irrenunciables. Es clasista, ya que al amparar al más débil, lo pone en una condición de igualdad frente al empleador. Universal, ya que a través de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se ha creado un verdadero Derecho Internacional del Trabajo"[9].

Por tanto, el Derecho del Trabajo, es una rama, la más importante si se quiere, del nuevo Derecho Social, junto a aquel y dentro de éste se encuentran, además, las leyes que tratan del problema de la vivienda, de las instituciones de ahorro y de las asistencia mutua, de la seguridad social, de la más equitativa distribución de la tierra, etc.

El Derecho del Trabajo, al decir existen dos caminos para resolver los problemas que son de su dominio, el camino de la expedición de leyes proteccionistas el trabajador, y el de la autodefensa de los interesados; del primero que constituye el segundo, que integra el Derecho del Individual del

[9] WWW.Yahoo. COM Eco. "Derecho Social".

Trabajo nos ocuparemos en este curso y el segundo, que integra el Derecho Colectivo del Trabajo, será objeto de estudio en el curso siguiente.

3.1.3.- DERECHO A LA IGUALDAD.

En el Art 11 inciso 2 de la Constitución de la República del Ecuador establece: "Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades y nadie podre ser discriminado por etnia raza, color, edad, sexo, identidad de genero etc. en incluso condición migratoria el Estado adoptara medidas de acción afirmativa que promueve la igualdad real a favor de los titulares de los derechos que se encuentran en situación de desigualdad"[10].

El Derecho Constitucional ecuatoriano, por lo menos en forma teórica, garantiza que todas las personas son iguales ante la ley y prohíbe toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, filiación opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen social posición económica o de nacimiento. Por lo mismo, aplicando aquel principio constitucional, podríamos decir que todas las personas tienen el mismo derecho a la actividad probatoria de cargo o de descargo, y más concretamente, que los diferentes sujetos procesales penales se encuentran en igualdad de condiciones para probar la culpabilidad del infractor o la inocencia del procesado. En tal virtud hacerse ninguna diferencia en la atención de las actuaciones probatorias solicitadas por las partes pues el

[10] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito – Ecuador. Art. 11.

Juez, el trabajador, empleador, tienen iguales derechos procesales laborales.

3.1.4. EL DERECHO DE TRABAJO EN LOS DERECHOS HUMANOS.

Esta nueva rama del Derecho ha dado lugar a una infinidad de controversias que se inician entorno a su denominación y se extienden a sus diversas instituciones.

Denominación.- "El término "Derecho del Trabajo" que hemos adoptado para designar a la manera del curso que vamos a estudiar, no es por todo admitido, pese a que es el más generalizado"[11].

La expresión "Legislación Industrial", pero no ha prosperado porque restringe su ámbito de aplicación a las relaciones de la industria propiamente dicha y excluye las de la empresa agrícolas, mercantil, etc. Que necesariamente se encuentra dentro de la industria, y todo esto es inexacto.

Va ganando terreno la denominación "Derecho del Trabajo", junto con la de "Derecho Laboral", esta última es preferida por Cabanellas, y aunque se discute en algunos círculos acerca del acierto o desacierto de tomarlas como sinónimos, las emplearemos como tales en nuestro curso por las razones que iré exponiendo en su desarrollo"[12].

[11] VILLEGAS Jaime. Jurisprudencia Laboral. Primera Edición. Pág.432.
[12] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédica de Derecho, 27ava edición 2002 Introducción al Derecho Laboral, Pág. 57.

Así pues, son numerosas las definiciones que sobre el Derecho del Trabajo podemos encontrar en los tratadistas; pero, más que una lista, que siempre será incompleta, de las definiciones, creemos más útil el análisis de la que implícitamente adopta nuestro Código en el Art. 1, señala “los preceptos de este Código regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores diversas modalidades y condiciones del trabajo”[13].

Esta definición toma como referencia específica del Código Ecuatoriano del Trabajo un elemento objetivo de la materia que regula, esto es la “relación laboral” y, por lo mismo, constituye una definición objetiva, frente a las definiciones subjetivas que se remiten a uno u otro de los sujetos de esa relación, esto es al empleador o al trabajador.

El Art. 1 del Código del Trabajo Ecuatoriano trata de delimitar el ámbito de su competencia al decir que sus normas regulan las relaciones jurídicas provenientes del trabajo subordinado o realizado por cuenta ajena y bajo la dependencia del empleador; de ahí que no estaría sujeto a este Código el Trabajo llamado autónomo, o las relaciones jurídicas emergentes de las labores realizadas en beneficio de otro, por quienes las realizan conservando el control y dirección de esas labores, tal es el caso de los que ejercen profesiones liberales

“Sin embargo, debemos anotar que el trabajo autónomo no se encuentra regulado por el Código del Trabajo, sí lo está el trabajo de los artesanos, las

[13] CÓDIGO DEL TRABAJO DEL ECUADOR. Ley. Cit. Pág. 43.

relaciones de trabajo de éstos con sus contratistas y con sus operarios y aprendices"[14.]

En cambio, las relaciones laborales del "maestro artesano calificado por la Junta Nacional del artesano o que pertenezca a organizaciones clasistas o interprofesionales con sus operarios y aprendices, pese a que constituyen trabajo dependiente o subordinado, están reguladas por el Código del Trabajo solamente en materia de salarios mínimos, jornada máxima, despidos y vacaciones como consta del Capítulo III del Título III del mismo Código, Art. 281, 301 y 302"[15].

El Art. 1ro materia de nuestro estudio agrega que están sometidos al Código del Trabajo todas las relaciones de trabajo entre empleadores y trabajadores sin excepción alguna y esto es absolutamente cierto y, por lo tanto, no puede invocarse la clase o forma de trabajo ni la modalidad o condición particular de alguno de ellos para eximirse del cumplimiento de las normas de ese Código y a ellas hemos de recurrir aún para aquellas labores o casos que no se encuentran expresamente previstos en él, tal sucede, por ejemplo, con los trabajadores de la aviación civil, de la marina mercante, etc., sin perjuicio de las normas que respecto de ellas puedan existir en leyes especiales.

En cambio, el Art. 1ro permite, "la referencia a las normas que regulan las relaciones de empleadores y trabajadores con el Estado y con los

[15] CÓDIGO DEL TRABAJO DEL ECUADOR. Ley Cit. Pág. 44.

organismos de éste, organismos que se han creado legalmente para efectos de otorgar al trabajo de la necesaria protección y tutela"[16].

Por consiguiente la definición completa del Derecho Ecuatoriano del Trabajo siguiendo el esquema fundamental del Art. 1ro de nuestro Código podría formularse en los siguientes términos: conjunto de principios y normas jurídicos que regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores, cualesquiera sean sus modalidades y condiciones, las de los artesanos con sus contratistas y con sus operarios y aprendices, salvo las de los artesanos calificados por la Junta Nacional de Defensa del artesanado o de los que pertenezcan a sus organizaciones clasistas o interprofesionales con sus operarios y aprendices que están sujetos a estos principios y normas solamente en materia de salario mínimo, jornada máxima, vacaciones e indemnizaciones por despido intempestivo. Así mismo, forman parte del derecho Ecuatoriano del Trabajo los principios y normas que regulan las relaciones de empleadores trabajadores y artesanos y contratistas, operarios y aprendices con el Estado y los órganos creados por éste para proveer de protección y tutela al trabajo.

3.1.5. EL DERECHO DEL TRABAJO Y LAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO.

"La especial naturaleza del Derecho del Trabajo confiere singular importancia al estudio de sus relaciones con las otras disciplinas jurídicas y ciencias sociales; por lo mismo, vamos a ocuparnos de esas

[16] CÓDIGO DEL TRABAJO DEL ECUADOR. Ley Cit. Pág. 4

relaciones”[17].Más adelante examinaré si el Derecho del Trabajo es una rama del Derecho Público, social o del Derecho Privado. Por ahora, nos limitaremos a señalar los puntos de contacto con las diferentes ramas del derecho.

3.1.5.1. Con el Derecho Internacional.- Dos fenómenos contribuyeron directamente a vigorizar las relaciones del Derecho del Trabajo con el derecho Internacional, tanto público como privado “En la Conferencia de paz que, mediante el Tratado de Versalles, puso jurídicamente fin a la Primera Guerra Mundial, en el año de 1919, se Reconoció que existían condiciones de trabajo que entrañaban tal grado de injusticia, miseria y explotación para gran número de seres humanos que el descontento causado por ellas constituía una amenaza para la paz y armonía universales”[18].

Con el objeto de remediar esos males y asegurar a los trabajadores condiciones de vida y de trabajo compatibles con la dignidad de su naturaleza humana y de miembros de una sociedad civilizada se constituyó la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.).

La existencia de ese organismo internacional ha contribuido a la creciente internacionalización del Derecho Laboral, pues los numerosos convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) fijan las condiciones del trabajo que se reputan indispensables y comunes a todos los trabajadores de cualquier país, sin perjuicio de las modificaciones

[17] VELA MONSALVE, Carlos. DERECHO ECUATORIANO AL TRABAJO, Pág. 61.
[18] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédica de Derecho, 27ava edición 2002 Ob. Cit. Pág. 69.

necesarias a las características peculiares de los diferentes países, y su aplicación dentro del territorio nacional plantea la necesidad de conocer y armonizar los principios y las normas del Derecho del Trabajo y del Derecho Internacional.

"El inciso 2do. Del Art. 1ero. Del Código del Trabajo prescribe expresamente que los convenios internacionales ratificados por el Ecuador serán aplicables a los casos específicos a los que ellos se refieren"[19].

El constante y cada vez más frecuente desplazamiento de los trabajadores inmigrantes de un país a otro distinto del de su origen y la celebración de contratos de trabajo en una nación para que sean ejecutados en otra diferente, han dado lugar a cuestiones que no pueden ser resueltas sin el concurso de los principios y normas del Derecho Internacional y en particular del Derecho Internacional Privado.

Este último fenómeno además ha sido la causa de convenios internacionales entre los estados interesados y estos convenios forman parte de la Legislación Laboral de los países signatarios; tales son, por ejemplo, el Migrante Labor Agramente entre México y los Estados Unidos de América, el Convenio Hispano-Argentino entre España y Argentina del año 1923 y, el primero de todos en el tiempo, entre Francia e Italia en 1904.

Más actual y de grande repercusión es el Convenio Simón Rodríguez del que forman parte Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, por el cual

[19] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédica de Derecho, 27ava edición 2002 Ob. Cit. Pág. 70.

los gobiernos se proponen conceder atención prioritaria: a la armonización de las normas jurídicas laborales y de seguridad social, a la coordinación de políticas y acciones conducentes a una adecuada utilización de los recursos humanos y a la solución de los problemas del desempleo y subempleo, y al establecimiento de un régimen que facilite la movilidad de mano de obra en la Subregión.

Por lo mismo, no será completo el estudio del Derecho del Trabajo que omita los convenios y recomendaciones internacionales vigentes en los respectivos países y con relación a cada una de las diferentes instituciones laborales; naturalmente, ese estudio no podrá hacerse sin el concurso del Derecho Internacional Público y Privado.

3.1.5.2. Con el Derecho Constitucional.- "A partir de la Primera Guerra Mundial se inicia el desarrollo del llamado Constitucionalismo social que en relación con el ante-guerra no sólo implicaba una ampliación del contenido dogmático de los textos constitucionales, sino una transformación profunda del concepto acerca de la finalidad misma del Estado"[20].

En efecto, mientras el Estado Liberal y su Constitución descansa sobre la protección de los derechos individuales y la absoluta neutralidad en las relaciones privadas y en el ejercicio de esos derechos, el constitucionalismo social busca el equilibrio armónico del individuo en la familia y la sociedad, en tal forma que, por la familia y la sociedad se llegue a la libertad, la dignidad y la felicidad del hombre.

[20] CABANELLAS, Guillermo., Diccionario Enciclopédica de Derecho, 27ava edición 2002 Ob. Cit. Pág. 70

En consecuencia, las nuevas constituciones consagran normas que garantizan el que se observe la justicia en las relaciones laborales entre patronos y trabajadores, se respete la dignidad del trabajador, se le asegure una existencia decorosa y se le otorgue un salario justo con el que pueda atender a sus necesidades personales y familiares "La constitucionalización del Derecho del Trabajo se inicia en la Constitución de México, el año de 1917, continúa en la de Weimar de 1919 que incluye en todas las demás constituciones promulgadas posteriormente"[21].

"En el Ecuador, desde la Constitución de 1820, no ha faltado algún precepto que se interesa por el mejoramiento de las condiciones de vida de las clases necesitadas; pero, en la de 1929, en donde se constitucionaliza expresa y categóricamente el Derecho Ecuatoriano del Trabajo"[22].

El Art. 325, referida Constitución, garantiza las formas del trabajo y su retribución prescribe la obligatoriedad del contrato de trabajo, tutela al obrero y campesino etc.

"Definitivamente esta la Constitución Política de 1966 – 1967, en el Capítulo VI del Título IV trata del Trabajo y de la Seguridad Social y con breves modificaciones que tienden más bien a actualizar ciertos criterios, consagra los principios y derechos fundamentales del Derecho Laboral Ecuatoriano"[23].

[21] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédica de Derecho, 27ava edición 2002 Ob. Cit. Pág. 70
[22] Ibídem. Cit. Pág. 71.
[23] VELA, Carlos. DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO Pág. 33.

Por lo mismo, son varios los motivos por los que consideramos que el Derecho del Trabajo mantiene profundas relaciones con el Derecho Constitucional; el primero es que siendo la Constitución la Suprema norma jurídica del Estado; conforme a la cual han de expedirse, interpretarse y aplicarse las demás leyes, en la expedición, interpretación y alcance de las leyes laborales deben tenerse en cuenta las garantías constitucionales al respecto. En segundo lugar, por muy elástica que sea una Constitución, necesariamente, ha de ser reformada para que pueda adecuarse debidamente a las nuevas exigencias y a los nuevos problemas que suscita el devenir del tiempo y como entre esas nuevas exigencias y esos nuevos problemas ocupan lugar preponderante los relacionados con el mundo laboral, cualquier reforma constitucional deberá tener en cuenta los avances y progresos del Derecho del Trabajo.

3.1.5.3. Con el Derecho Administrativo.- "En alguna época se sostuvo que el Derecho del Trabajo era parte del Derecho Administrativo, ya porque la norma administrativa, en algunos casos había sido el antecedente de la laboral, como los reglamentos del trabajo de mujeres y niños, la higiene y seguridad de la industria, etc.; ya también porque los órganos de la Administración Pública, en ejercicio de facultadas expresamente previstas en la Ley, unas veces, y otras simplemente por la potestad y deber de mantener el orden público y promover el bien común intervenía en la solución de los conflictos laborales y en la reglamentación del trabajo"[24]. A la presente fecha no se puede razonablemente sostener que el Derecho del Trabajo, sea parte

[24] CABANELLAS, Guillermo., Diccionario Enciclopédica de Derecho, 27ava edición 2002 Ob. Cit. Pág. 479.

del Derecho Administrativo; pero, toda vez que el Estado debe velar porque se observe la justicia en las relaciones entre empleadores y trabajadores, es indispensable la existencia de órganos especiales de la Administración Pública encargados de la fiel observancia de las leyes de trabajo que, para el imperio de la justicia, han sido dictadas.

El Derecho del Trabajo se caracteriza por el intervencionismo administrativo porque órganos y procedimientos especiales. "El Art. 36 de la Ley de Régimen Administrativo encomienda al Ministerio de Trabajo, y a través de las dependencias determinadas en el Código del Trabajo, la reglamentación, organización e inspección del cumplimiento de las leyes laborales"[25].

Ahora bien, el Derecho Administrativo es parte del Derecho Público interno que determina la normal, eficiente y jurídica organización, funcionamiento y competencia de la administración pública, y a su vez el Derecho Administrativo ha de tener presente la especial naturaleza y los principios peculiares de aquel para reglamentar la intervención de las Administración Pública en este campo.

Además Guillermo Cabanellas con toda razón sostiene que "necesariamente se tendrá que recurrir, más de una vez, al Derecho Administrativo, en busca de la solución legal cuando la relación de trabajo tenga por protagonista al Estado y al particular que cede a éste por una retribución, el producto de su trabajo"[26].

[25] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédica de Derecho, 27ava edición 2002. Ob. Cit. Pág. 480
[26] Ibídem.- Pág. 480

3.1.5.4. Con el Derecho Penal.- Son asimismo notables las relaciones del Derecho del Trabajo con el Derecho Penal y se manifiestan en el conjunto de normas punitivas que se estipulan en los convenios colectivos y prescriben las leyes laborales para las faltas cometidas por los trabajadores o los empleadores con ocasión de la prestación de servicios por cuenta ajena, así por ejemplo para sancionar los actos violentos de los trabajadores huelguistas contra la persona o bienes del empleador o de su representante, el Art. 499 del Código del Trabajo, se remite al Derecho Penal"[27].

También se ponen de relieve las relaciones del Derecho del Trabajo con el Derecho Penal en la tipificación que este último hace de los delitos por violación de la libertad de trabajo y de sindicalización, de la prohibición de ciertos trabajos inmorales o ilícitos, etc.; nuestro Código Penal sanciona en el Cap. VII, Tít. II, Libro II, los delitos contra la libertad de trabajo y sindicalización, en el Art. 525 etc.

La importancia y variedad de las infracciones en las relaciones de trabajo que son sancionadas por las leyes penales han dado origen a la denominación de los delitos laborales y a la pretensión de algunos autores para estructurar un Derecho Penal Laboral.

3.1.5.5. Con el Derecho Civil.- Para algunos civilistas, el Derecho del Trabajo es parte del Derecho Civil y hasta comienzos del presente siglo las

[27] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédica de Derecho, 27ava edición 2002. Ob. Cit. Pág. 481.

normas que regulan las relaciones de trabajo formaban parte del Código Civil; tal sucede aún ahora, al menos en parte, en algunos países como en Italia.

"Esto sucedió en nuestro país hasta 1938. No podemos aceptar tan exagerada dependencia y entre nosotros el Código del Trabajo es autónomo del Código Civil; sin embargo su autonomía no llega a desconocer sus relaciones con el Derecho Civil y el Art. 6 del Código del Trabajo las reconoce expresamente previsto en él, se aplicarán las disposiciones del Código Civil, por lo que éste viene a ser la más importante fuente supletoria de aquel"[28].

Además, los principios y normas del Derecho Civil, relacionados con el contrato, la capacidad, el consentimiento, etc. son válidos en Derecho del Trabajo con las modificaciones que sus especiales características imponen. Barassi anota que, a la época, el Derecho Civil consiste en un complejo de normas vibrantes de vida y hay autores para quienes la vitalidad del Derecho Civil proviene de su vinculación con el Derecho del Trabajo, que igualmente se transforman gracias al influjo del Civil, como si entre uno y otro rigiera el principio de los vasos comunicantes.

3.1.5.6. Con el Derecho Mercantil.- "Las relaciones del Derecho del Trabajo con el Derecho Mercantil son estrechas y se hacen notorias de modo especial en la regulación de los factores y dependientes de comercio,

[28] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédica de Derecho, 27ava edición 2002 Ob. Cit. Pág. 481

sujetos a la vez al Código de Comercio y al de Trabajo, en la concepción de la empresa como entidad de lucro en el uno y como comunidad de personas que unen su actividad profesional en el otro, en la determinación de las utilidades para distribuirlas entre los socios y hacer participar de ellas a los trabajadores, etc"[29].

Otros aspecto hacen que la debida comprensión de las normas del Derecho del Trabajo requieran del conocimiento y concordancia de las instituciones mercantiles, tal es el caso del trabajo marítimo, la cesión de la empresa, la sustitución de empleadores, etc. En conclusión, tanto porque los Códigos de Comercio han legislado primeramente para los trabajadores del comercio, cuanto porque el Derecho del Trabajo ha venido a protegerlos, entre uno y otro existen relaciones profundas.

3.1.5.7. Con las Ciencias Sociales.- "Sería impropio del presente curso de Derecho del Trabajo hacer referencia a las relaciones de esta rama del derecho con todas las Ciencias Sociales; de ahí prescindiremos de importantes ciencias como la Política Social, Ciencia de Hacienda, Estadística, etc. Y nos detendremos tan solo en la Sociología, Economía Política y Economía Social; sin que esto sea óbice para que conforme sea necesario nos refiramos a las otras Ciencias Sociales de las que el Derecho del Trabajo necesita.

3.1.5.8. Con la Economía Social.- El Derecho del Trabajo y la Economía Social coinciden en el propósito de elevar la condición económica y social de

[29] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédica de Derecho, 27ava edición 2002 Ob. Cit. Pág. 482

las grandes masas de población asegurándoles una mejor y más equitativa participación de los bienes materiales, culturales, morales, políticos y religiosos de la sociedad humana"[30].

La Economía Social estudia también esas relaciones en función del ordenamiento más justo y más compatible con la dignidad humana de la economía y de la sociedad para investigar la existencia de los problemas inherentes a las relaciones entre el trabajador y el patrono es necesario recurrir a la Economía social, sin cuyo concurso resulta imposible desentrañar gran parte de los fenómenos sociales.

3.1.5.9. Con otras Ciencias.- "El P. Vela Monsalve S.J. llama la atención sobre las relaciones del Derecho del Trabajo con la moral y la Filosofía del Derecho. La una proporciona normas superiores que regulan la actividad libre de los hombres y la otra suministra pensamientos elevados, reglas e instituciones y fundamentalmente principios"[31]. Indispensables en la expedición de leyes justas y en la aplicación equitativa de las mismas leyes.

Los tratadistas suelen ocuparse también de las relaciones del Derecho del Trabajo con la Medicina Legal, porque si el Derecho se interesa de las relaciones jurídicas de los hombres como sujetos capaces de sentir, luchar o padecer, la Medicina proporciona los fundamentos biológicos de Su existencia y los fisiológicos de su desarrollo.

[30] CABANELLAS, Guillermo .Diccionario Enciclopédica de Derecho, 27ava edición 2002 Ob. Cit. Pág. 483
[31] Ibídem. Cit. Pág. 484.

Esos fundamentos resultan necesarísimos en el Derecho del Trabajo no sólo en lo que se refiere a la prevención y curación de las enfermedades en general, sino también y de modo especial respecto a las indemnizaciones por enfermedades profesionales y accidentes del trabajo, etc.

3.1.6. Evolución Histórica del Trabajo.

"El Derecho del Trabajo no es muy antiguo, pero el trabajo existe desde que el hombre ocupa el mundo e incluso se habla en la Biblia específicamente en el libro del Génesis del trabajo pero como castigo, no era una norma jurídica si no una manera de disciplinar a nuestros primeros padres por desobediencias a Dios, eso hizo que naciera el trabajo como un castigo y en realidad no existía legislación sobre la actividad laboral, no se sabía lo que significaba pacto entre trabajador y empleador; en los primeros años no existía una sociedad de consumo como la que conocemos hoy en día, el hombre se dedicaba a subsistir y no se colocaba en relación a la subordinación respecto a alguien, sólo tomaba lo que necesitaba de la naturaleza, pero como el hombre necesitaba agruparse para su sobre vivencia, comenzó a organizar el trabajo de su producción el excedente para intercambiarlo por otro (trueque), así se interrelacionaba con los demás y a la vez satisfacía sus otras necesidades"[32].

No existe un detalle en la historia que nos muestre cuál ha sido la evolución del trabajo, lo único que tenemos son las instituciones que quedaron

[32] www.historialaboralecuatoriana.gov. 16 de septiembre del 2011.

plasmadas y que nosotros la interpretamos de determinadas formas, ejemplo el Código Hammurabi, donde encontramos algunas muestras basadas en hechos naturales y religiosos que posteriormente pasaron a derechos del trabajador, las leyes de Marcu surgieron posteriormente y de ella concluimos que el hombre hizo una limitación a la jornada de trabajo, no precisamente para que el trabajador descansara sino porque se dio cuenta que hay un tiempo de luz y un tiempo de sombra y en el primero la mayoría de los animales trabaja para poder descansar en el segundo, así se pensó que el hombre debería hacer lo mismo, trabajar en tiempo de luz y descansar en tiempo de sombra, esto implica de un recuento formal debe empezar de la Roma Antigua o Roma Clásica.

3.1.6.1. En la Edad Media.

“Efectivamente comienza con la caída del Imperio Romano con la invasión de los monjes católicos romanos, escondieron toda la información y los conocimientos, por lo tanto eran los únicos que tenían acceso a la cultura; hubo una época en que no pasó nada, el hombre se dedico a pasar el tiempo, no progresó la ciencia ni la cultura, luego que los monjes comienzan a mostrar la cultura surge una nueva concepción de trabajo, ya no es considerado como denigrante peyorativo para el esclavo, surge una nueva concepción moral de trabajo llegando incluso a la concepción de la cualidad humana, esto gracias a una expresión salida de los monasterios portugueses "El ocio es el enemigo del alma" es muy importante pues esto quiere decir que el hombre tiene necesidad de subsistir, sostener a su

familia, perfeccionar el grupo social y dedicarse al cultivo de su alma, surge una idea muy interesante "Todos debemos trabajar en la medida de sus posibilidades "el fenómeno social que se caracterizó en la edad media es el feudalismo que son mini-estados con grandes extensiones de tierra"[33].

También existían otras personas que realizaban otras actividades artesanales o profesionales, liberales que eran realmente el sustento de esos dos entes de poder porque eran definitivamente los que trabajaban; este sector minoritario que debían crear organismo de defensa contra el poder omnipotente de los Señores Feudales y de la Iglesia, así surge las corporaciones que son agrupaciones de personas que tienen la exclusividad de una actividad laboral lo que hace que los Señores Feudales le reconozcan su existencia.

3.1.6.2. En la Edad Moderna del Trabajo.

"El descubrimiento de América dio lugar a la extracción masiva de oro y piedras preciosas de este continente para ser transportados a Europa lo cual trajo como consecuencia una de las primeras medidas inflacionarias de la historia de la humanidad; surge una nueva clase social, la burguesía, quien comienza a obtener poder político mediante la corrupción, el atesoramiento de dinero cambia, la concepción moral del trabajo.

Los maestros se cambiaron por patronos en el sentido que reconoce los aprendices por trabajadores, el taller por la fábrica y el precio justo por el

[33] www.historialaboralecuatoriana.gov.16 de septiembre del 2011.

precio del mercado y entre precio del mercado conseguiremos el salario, surge la necesidad de la producción en serie y aparecen las máquinas como medios o formas de producir y a la par de ello la competencia entre productores y los riesgos que debe asumir el patrono para conducir"[34].

Edad Contemporánea: Se inicia con la Revolución Francesa a finales del siglo XVIII y las consecuencias mas importante es la concesión política, surge el concepto de Estado organizado; en ese tiempo en Europa empezaron a desaparecer las pocas condiciones que habían en cuanto al trabajo, estas existían de acuerdo al liberalismo dando como origen otras concesiones como es la comunista los medios de producción deben ser de las personas, no de las que las poseen sino de las que la hacen producir, estas concesiones se fundan a través de la Iglesia Católica.

En el año de 1940 surge el manifiesto comunista del Derecho del Trabajo como programa autónomo y principios propios habían nacidos normas propias que no se podían encuadrar en ninguna de las ramas del Derecho por lo que se hizo necesaria crear una rama nueva que es lo que se conoce como derecho al trabajo.

3.1.6.3. Periodo de Industrialización en América Latina.

Las sucesivas leyes de pobres que se fueron promulgando a partir de la Ley de Isabel se complementaron con las llamadas leyes de asentamiento. Estas leyes impedían que un recién llegado a una parroquia pudiera establecerse

[34] www.historialaboralecuatoriana.gov.16 de septiembre del 2011.

irregularmente en ella y se convirtiera en una carga económica adicional para los habitantes de la misma.

En 1796 fue aprobado el 22 de junio la primera ley destinada a resguardar el patrimonio humano de los nocivos efectos de la Revolución Industrial prescribía disposiciones sanitarias: limitaba a 12 horas máximas la jornada diaria, incluyendo el tiempo de comedor; hacía obligatoria la instrucción del menor y establecía un sistema de inspección periódico del trabajo, no obstante esta ley ni siquiera fue aplicada"[36]. El primer ordenamiento de este tipo realmente efectivo fue la llamada Ley de Fábricas de 1833. Por Otro lado, Prusia en 1839, sanciona legalmente el amparo de la mano de obra infantil y femenina, y Francia asegura el 22 de febrero de 1851 el aprendizaje del menor en condiciones.

3.1.6.4. El Derecho de Trabajo en América.

Para el principio de los años 1900 la legislación americana se dibuja con mayor avance con respecto a la europea, en cuanto se refiere al trabajo y a los empleados. Las leyes europeas estaban dirigidas hasta entonces a la protección del trabajo manual, predominante en las grandes industrias de la época. Puede decirse, que la legislación tutelar del trabajo en América se adelanta a los países de Europa cuando extiende sus reglas a los empleados de las empresas particulares.

Ante la necesidad de fijarlos, a causa de la trascendencia que tienen en el estudio del Derecho del Trabajo hemos optado por analizar los que son más

[36] www.historialaboralecuatoriana.gov16 de septiembre del 2011.

aceptados en la doctrina y los que tienen relación inmediata con el espíritu y alcance de la legislación positiva de nuestro país.

Entre los caracteres específicos del Derecho del Trabajo, podemos citar, como los más aceptados, los siguientes: derecho nuevo, derecho de protección y tutela, derecho público – privado, derecho autónomo, derecho predominante social, derecho en el que es notorio el intervencionismo administrativo, tendencia a la codificación, tendencia a la constitucionalización de sus principios fundamentales y tendencia a la internacionalización.

3.1.6.5. Derecho Nuevo del Trabajo.

"El Derecho del Trabajo, técnica y cronológicamente, es un derecho nuevo, y esta característica ha servido para que autores de prestigio como Alfredo Palacios intitularan a sus obras de Derecho del Trabajo con lo términos de "Derecho Nuevo". Técnicamente rompe la separación rígida, hasta hace poco imperante, entre el derecho público y el derecho privado y prácticamente se aparta de esta clasificación, toda vez que en sus instituciones prima la concepción del entrecruzamiento del interés particular con el interés social o público y viceversa; de modo que en la regulación de las relaciones laborales intervienen conjuntamente los principios de una y otra rama jurídica en que tradicionalmente se clasifica el derecho"[37].

En segundo término, el Derecho del Trabajo parte de una apreciación del trabajo y de sus relaciones jurídicas que no fue conocida ni admitida antes

[37] VELA, Carlos. DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO. Pág. 56

del último cuarto del siglo pasado, motivo por el cual PÍO XI lo califica de "nueva y con anterioridad totalmente desconocida rama del derecho"

3.1.6.5.1. Derecho Público – Privado.- **"**Derecho Público del Derecho Privado, ya en función del interés primariamente comprometido, ya en razón de la naturaleza de los sujetos de la relación jurídica, ya en fin por el carácter de la norma que lo crea o de las relaciones que regula. No obstante el singular interés práctico que tiene el ubicar al Derecho del Trabajo, el hacerlo plantea graves dificultades y ha dado lugar a irreconciliables discrepancias"[38].

Autores hay que sostienen que el Derecho Laboral es una rama del Derecho Público porque la aplicación de sus normas está mandada imperativamente por el Estado y porque los derechos en él establecidos son irrenunciables, así mismo, agregan, porque es notable el intervencionismo administrativo que asegura la ejecución de la Ley y la efectividad de los derechos; por último, la violación de las leyes laborales no sólo da lugar a la "acción" que persigue la reparación del daño causado al titular del derecho, como acontece en el Derecho Privado, sino que de ordinario acarrea además la sanción o represión para quien ha infringido la ley, y esto es propio del Derecho Público.

En cambio para otros tratadistas, el Derecho del Trabajo está ubicado en el Derecho Privado por las siguientes razones: la naturaleza del derecho no se altera porque el legislador imponga una disciplina jurídica en forma

[38] VELA, Carlos. DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO. Ob. Cit Pág. 57.

imperativa y no de manera dispositiva, solamente más, si se tiene presente que las relaciones por él reguladas son de naturaleza privada, como que tiene lugar entre particulares, cuyos intereses protege a pesar de que incidentalmente se haga cargo de su trascendencia pública, el Derecho del Trabajo es, por la naturaleza de su esfera de acción, Derecho Privado.

Para nosotros, hay que considerar al Derecho del Trabajo como un Derecho de contextura público – privado, suma de principios e instituciones concurrentes ora del Derecho Público ora del Derecho Privado, lo que justamente hace que examinado con un solo prisma se lo ubique bien en el Derecho Público o bien en el Derecho Privado.

Los intereses públicos y privados que las normas laborales tutelan, en la existencia de relaciones entre sujetos privados y en la interferencia en ellas de órganos de la administración pública, en los vínculos que se originan entre ésta y aquellos; en resumen, la naturaleza del Derecho del Trabajo es un connubio – indisoluble de instituciones de Derecho Público y Privado".

3.1.6.5.2. Derecho Autónomo.- "Decir que el Derecho del Trabajo es un derecho autónomo equivale a decir que tiene sustantividad propia, porque se encarga de regular un complejo de relaciones jurídicas propio, distinto del que se ocupan las otras ramas del Derecho y que lo hace con principios, instituciones y normas especiales, diferentes de las que integran esas otras ramas del derecho"[39].

[39] VELA Carlos, DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO, Ob. Cit. Pág. 57

“La doctrina suele distinguir la autonomía legislativa, científica y didáctica y creemos que las tres caracterizan al Derecho del Trabajo”[40]. En efecto, la autonomía legislativa consta en las codificaciones que algunos países, entre los cuales está el nuestro, han hecho de las leyes relativas al trabajo, y en los extensos conjuntos de leyes laborales de los que no las han codificado, y en unos y otros las leyes positivas regulan los contratos individuales de trabajo, en los que se restringe la libertad contractual tan cara al Derecho Común; los contratos colectivos de trabajo, sin precedentes en ninguna rama del derecho; la protección de los menores y de la mujer por caminos totalmente distintos a los de la privación de su capacidad plena, como sucede en el Derecho Civil; los sindicatos, nuevas formas de asociación con incalculables proyecciones en el futuro; los riegos del trabajo, en los que se revolucionan la teoría de la responsabilidad y e la culpa, etc.

La autonomía científica se manifiesta en la abundante bibliografía, en el sinnúmero de tesis, monografía, estudios, tratados, etc. Que se ocupan del Derecho Laboral; pero, esta producción tan fecunda de los especialistas obedece tanto a la posibilidad que, esta rama del derecho ofrece para sistematizar orgánicamente sus instituciones y sus normas, ya por su extensión, ya también por su especialidad, cuanto a la existencia de un núcleo de doctrinas propias que lo informan.

Correlativamente a la autonomía científica se de la autonomía didáctica, porque si existe una nueva ciencia jurídica es obvio que las universidades

[40] VELA, Carlos. DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO. Pág. 58.

han de dedicar sus cátedras al estudio de esa ciencia, y esto es lo que, desde hace algún tiempo, ocurre con el Derecho del Trabajo, Legislación Laboral o Código del Trabajo.

Los autores están de acuerdo en que el Derecho del Trabajo es autónomo porque sus instituciones han brotado obedeciendo a causas que le son específicas, tiene factores propios de desarrollo, su materia está perfectamente delimitada en la realidad social y sus fundamentos doctrinales son diferentes a los de las otras ramas del derecho.

3.1.7. PRINCIPIOS PECULIARES DEL DERECHO LABORAL.

"El Derecho del Trabajo se inspira en principios propios, diferentes de los que sirven de fundamento a las otras ramas del derecho; y estos principios, a la par que le confieren una fisonomía propia, sirven para determinar el alcance y el espíritu de las leyes laborables"[41].

Sin embargo, en ningún caso se ha de prescindir de los principios del derecho universal, comunes a todas las ramas del derecho, pero en la aplicación de estos principios universales al campo de las relaciones del trabajo se han de tener presentes los específicos del Derecho del Trabajo que, con relación a aquellos, representan una excepción o modificación.

3.1.7.1. La Irrenunciabilidad de Derechos.- "Por renuncia de derechos se entiende el acto jurídico en virtud del cual el titular se despoja de algunos

[41] VELA Carlos, DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO, Ley Cit. Pág. 58
[42] Ibídem Pág. 59

derechos que le corresponden a favor o en beneficio del otra persona"[42] . La renuncia de derechos es reconocida jurídicamente cuando versa sobre derechos que atañen, exclusivamente, al interés particular del renunciante y siempre que sea consentida libremente por el mismo renunciante y no se perjudique con ella a terceros

De otra parte, de serle permitido al trabajador la renuncia de sus derechos podría ser constreñido a ello por el empleador e impulsado en el mismo sentido por las necesidades y ventajas actuales, sobre todo cuando se trata de garantías que le signifiquen disminución de utilidades inmediatas a cambio de beneficios permanentes en el futuro, tal sucede con el derecho de sindicalización, la afiliación al seguro social obligatorio, etc.

Por lo tanto, mientras en el derecho común la regla general es la contenida en el Art. 11 del Código Civil y en virtud de la cual pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia, en el Derecho del Trabajo, en cambio, la regla general es la contraria y en términos de la Constitución y el Art. 4 del Código del Trabajo y se enuncia diciendo "los derechos del trabajador son irrenunciables y será nula toda estipulación en contrario"[43].

Aparte de la consagración genérica que del principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador se contiene en los preceptos antes citados, el Código del Trabajo, como las leyes de muchos otros países, lo ratifica

[42] VELA Carlos, DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO, Ob. Cit. Pág.59
[43] CÓDIGO DEL TRABAJO. Corporación de estudios Quito, Ecuador Ley Cit. Art. 4.

expresa y concretamente en los Arts. 36, 55, 71, 201 y 394 con referencia a las condiciones del contrato individual de trabajo, a la duración máxima de la jornada de labor, al derecho a vacaciones, al fondo de reserva y a las indemnizaciones por riesgos del trabajo.

3.1.7.2. La Obligatoriedad del trabajo.- "Por mandato divino el hombre está llamado a trabajar de acuerdo a su capacidad y posibilidades a fin de realizarse como persona y proveerse de los bienes y servicios aptos para satisfacer sus necesidades, las de su familia y las de la comunidad de que forma parte"[44].

Aún prescindiendo de toda fundamentación religiosa, el deber de trabajar es ineludible para el hombre, lo mismo si se lo considera aisladamente, como simple individuo, que si se lo considera como miembro de la sociedad.

"Como individuo no dispone de otro medio ordinario y normal para el perfeccionamiento personal y para obtener los recursos materiales y morales que demanda la conservación y desarrollo de su ser; como miembro de la sociedad, de la cual no puede prescindir por naturaleza, tampoco cuenta con otro medio para contribuir a su progreso económico y social que requiere de abundancia de bienes de todo orden y de su justa distribución"[45].

Por último están los hombres y las mujeres a quienes el derecho natural y el positivo les prohíbe trabajar sin remuneración, salvo en casos de fuerza

[44] VELA Carlo, DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO, Ob. Cit. Pág. 58.
[45] Ibídem.- Pág. 58.

mayor porque su propio bien y el interés de la colectividad los requiere, fábrica u oficina y en otro orden de actividades.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dispone que los que hubieren completado cuarenta años de servicio se les prohíba prestar servicios por cuenta ajena en virtud de un contrato que ponga al trabajador al amparo del régimen del Seguro Social Obligatorio; este Decreto fue derogado por el No. 1473. Ha promulgado en el Registro Oficial No. 370 de 11 de julio de 1977. La Constitución prohíbe también el trabajo de los menores de catorce años, salvo las excepciones que la ley establece, y el Art. 135 del Código del Trabajo determina cuáles son esas excepciones.

3.1.7.3. La libertad de Trabajo.- "La obligatoriedad del trabajo y la libertad de trabajo no son principios antitéticos o contradictorios sino complementarios, toda vez que si el hombre debe procurarse los medios de subsistencia y perfeccionamiento con su propio trabajo y con él debe contribuir al bien general de la sociedad, no es menos cierto que ha de hacerlo en la ocupación que libremente escoja de acuerdo con sus disposiciones y en las condiciones que le garanticen mayor rendimiento y provecho para sí y para la sociedad"[46].

El trabajo forzado se encuentra condenado en la Constitución en los siguientes términos. "Cada persona goza de la libertad de trabajo ninguna persona puede ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzado, salvo las excepciones previstas en la ley igualmente el convenio No. 105 de la

[46] VELA Carlos, DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO, Ob. Cit. Pág. 59

O.I.T., suscrito y ratificado por el Ecuador, obliga a los países signatarios o suprimir o no hacer uso de ninguna fórmula de trabajo forzoso, y el Código Penal, en el Capítulo VIII, del Título II, del libro II reprime el trabajo forzoso como delito"[47].

Es ordinario y según nuestro derecho el trabajo forzoso se lo puede establecer como excepción para suprimir o superar acontecimientos que amenacen o pongan en peligro la vida o las condiciones normales de vida de toda o parte de la población, la defensa nacional o el cumplimiento de una condena impuesta por los jueces competentes y siempre que el trabajo sea realizado bajo la vigilancia de la autoridad pública, Art. 66 del Código Penal. De la aplicación conjunta de los principios de la obligatoriedad y de la libertad del trabajo nace el principio por el que nadie podrá impedir el trabajo a los demás, salvo naturalmente cuando en su ejercicio vaya contra los legítimos derechos de terceros o en perjuicio de los intereses de la colectividad.

3.1.7.4. El Derecho al Trabajo.- "El principio del derecho al trabajo sintetiza, en palabras de Pío XI, la facultad de los hombres para exigir que "se ofrezca oportunidad para trabajar a los que quieren y pueden hacerlo" y el fundamento de este derecho es obvio, dice Aspiazu, pues es el derecho a la vida; el sujeto pasivo del mismo no puede ser otro que el Estado, toda vez que corresponde al Estado promover la realización del bien común, y, por

[47] VELA, Carlos. DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO. Ob. Cit. Pág. 60

tanto, la posibilidad de conservación y perfeccionamiento para sus miembros"[48].

No obstante, el Estado siempre ha de intervenir subsidiariamente y no hay de suplantar el esfuerzo e iniciativa particulares, de ahí que con Ruiz Amadeo podemos decir que una adecuada enunciación de ese principio debería formularse en los siguientes términos: Si el hombre no halla, por su propia iniciativa individual, un trabajo que le produzca los medios de vivir, tiene derecho a una de dos: o a que la sociedad le señale el trabajo con que pueda sustentarse o a que le sustente sin trabajo efectivo, bien que con disposición de trabajar en lo que se le asigna y ordene.

"La consagración de este principio y de estos criterios constan en la Constitución de la República de Ecuador, que dice: "El Estado propende a eliminar la desocupación y la subocupación"[49], y el cumplimiento de este deber es una de las preocupaciones más constantes y agudas de los estados contemporáneos.

La gravedad del problema de la desocupación forzosa y las dificultades que presenta su solución han dividido la opinión de los tratadistas en lo concerniente a las medidas que han de adoptarse para el efecto. En todo caso, en el presente corresponde a la economía más que al derecho buscar solución y remedio al problema"[50]. Lo primero y fundamental será el

[48] VELA, Carlos, DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO, Ob. Cit. Pág. 59
[49] Ibídem.- Ob. Cit. Pág. 59
[50] Ibídem.- Ob. Cit. Pág. 60

establecimiento de un orden económico sano, que haga posible y fructífero el trabajo humano; luego han de venir las leyes que regulen ese orden y mantengan las relaciones laborales dentro de los límites de lo justo. Entre las medidas legislativas que se han adoptado para poner remedio al desempleo están para nosotros el Convenio No. 2 de la O.I.T. en virtud del cual el Ecuador se comprometió a establecer un sistema de agencias públicas, no retribuidas, de colocación, bajo el control de la autoridad central.

"A su vez, el Art. 556 del Código del Trabajo establece la Dirección de Empleo y Recursos Humanos cuyas funciones son: aproximar la oferta de trabajo de los desocupados a la demanda de la misma por parte de los empleadores que la necesitan y disponen de vacantes; informar gratuitamente sobre las posibilidades de ocupación o empleo; obtener el empleo de los desocupados en las obras públicas, y reintegrar al campesino a las labores agrícolas"[51].

La amplitud, complejidad y trascendencia de las funciones que el Art. 545 del Código del Trabajo encomienda a la Dirección de Empleo y Recursos Humanos no han podido llevarse a la práctica por la penuria en que hasta la fecha han funcionado esas oficinas, por falta de personal debidamente capacitado para ese objeto, y además por la complejidad del problema que trasciende del campo jurídico y administrativo.

Entre otras medidas tendientes a combatir el desempleo están las que limitan la posibilidad de contratar personal extranjero, en las empresas de

[51]. VELA, Carlos. DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO. Ob. Cit. Pág. 59.

transporte el personal de trabajadores estará integrado por lo menos con un ochenta por ciento de ecuatorianos o la Ley de Hidrocarburos que obliga a las empresas del ramo emplear ecuatorianos en un mínimo del 95 por ciento en el personal de obreros, 90 por ciento en el personal administrativo que a los dos años de operaciones deberá elevarse al 95 por ciento, y 75 por ciento en el personal técnico .

"El mismo fin persigue el Art. 560 del Código que exige a los extranjeros que ingresen al país con propósitos laborales, inscribirse en el Registro de Extranjeros y obtener un certificado otorgado por el Director Nacional de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo"[52].

A más de los principios que hemos estudiado en este capítulo, podemos mencionar otros que nos examinaremos ahora, no porque sean menos importantes sino porque de ellos nos ocuparemos extensamente en otros capítulos, ellos son: rendimiento, derecho a la seguridad social y la responsabilidad sin culpa.

3.1.8. La Migración y su Incidencia por el Trabajo.

"El impacto económico de la migración provoca bastante menos controversia cuando se trata de los efectos sobre los países emisores"[53]. Esta tendencia es curiosa porque no está del todo claro que la emigración solamente genere efectos positivos para países emisores. Entre los aspectos positivos de la emigración sobre la economía de países emisores, se indica que la salida de

[52] VELA, Carlos. DERECHO ECUATORIANO DE TRABAJO, Ob. Cit. Pág. 59
[53] www. La migración y su incidencia por el trabajo. 18 septiembre 2011.

personas muchas veces representa una válvula de escape para crecientes problemas sociales.

"El debate sobre las repercusiones económicas de la migración es un tema álgido y que genera amplia controversia en diversos sectores. Diferentes grupos usan argumentos relacionados con este tema para justificar medidas tendientes a estimular, o bien controlar los flujos migratorios. Sectores proclives a la inmigración, por ejemplo, puntualizan que los Estados deberían fomentar la inmigración ya que ésta contribuye al aumento de la productividad e incide positivamente en el crecimiento económico de los países"[54]. Son los grupos contrarios a la inmigración, empero, los que más comúnmente citan las repercusiones económicas como un argumento para restringir la migración. Estos sectores argumentan que la inmigración tiene efectos negativos sobre la economía y que por ende es necesario restringirla. El argumento más comúnmente usado por estos grupos es que la inmigración genera desempleo, baja los salarios, recarga los servicios sociales ofrecidos por el Estado y en general redunda negativamente en la productividad del país. Estos sectores manifiestan su inquietud especialmente durante ciclos negativos caracterizados por contracción económica. De manera similar, en los países emisores, existe una reñida discusión entre diversos grupos sobre si la emigración produce efectos positivos o negativos en la economía. Grupos proclives a la emigración enfatizan la importancia de las remesas que envían los emigrantes, mientras

[54] www. La migración y su incidencia por el trabajo. 18 septiembre 2011.

que grupos contrarios a la emigración enfatizan que ésta deja a los países sin las personas más calificadas y genera dependencia económica.

“Pese a que discutir las repercusiones económicas de la migración representa un verdadero desafío, la Relatoría decidió abordar el tema debido a que éste reviste considerable importancia en la discusión en torno a las políticas migratorias estatales. Con este estudio, la Relatoría pretende presentar algunas de las conclusiones de los expertos en el tema como un punto de partida para iniciar el debate en torno a la protección de los derechos económicos y sociales de los trabajadores migratorios y sus familias”[55].

El tema de los efectos económicos de la migración no sólo es controversial porque diversos grupos lo usan como bandera de lucha para promover su visión particular frente al mismo, sino también porque no existen estudios que hayan producido evidencia concluyente sobre las repercusiones económicas de la migración, tanto en países receptores como emisores. Al igual que grupos o partidos políticos proclives o contrarios a la migración, economistas, politólogos y sociólogos dedicados a estudiar el tema se muestran bastante divididos al respecto. Por otra parte, desentrañar las consecuencias económicas de la migración es una tarea extremadamente difícil dada la complejidad de la economía actual caracterizada por un alto nivel de interconexión, interdependencia y sofisticados niveles de tecnologización. Por si esto no fuese suficiente, estudios de este tipo se

[55] www. La migración y su incidencia por el trabajo. 18 septiembre 2011.

dificultan por la falta de información adecuada que permita realizar investigaciones que produzcan evidencia irrefutable sobre los efectos de la migración en la economía. Otra debilidad de los estudios en esta materia es que éstos han sido en su gran mayoría llevados a cabo en países desarrollados, por lo que no existe demasiada información sobre las consecuencias de la inmigración en países receptores no desarrollados. Asimismo, no se han realizado demasiados estudios sobre el impacto económico de la emigración en países emisores.

"En este sentido, hasta ahora las investigaciones sobre las repercusiones económicas de la migración sólo han sido capaces de presentar evidencia parcializada sobre ciertas industrias, sectores, o bien regiones en algunos países, los expertos dedicados a estudiar las repercusiones económicas de la migración sólo coinciden en dos cosas: primero, que no hay evidencia concluyente sobre el asunto y que todos los estudios presentan debilidades; y segundo, que más allá de si es negativo o positivo, el efecto de la migración sobre la economía a nivel agregado es marginal"[56].

Para situar el debate actual, y dada la importancia que el tema tiene para los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias, la siguiente sección del informe examina de manera muy sucinta el debate en la literatura especializada en torno a las consecuencias económicas de la migración. Con respecto a los países receptores, se detalla la discusión sobre la incidencia de la migración en tres aspectos. Con respecto a los

[56] www. La migración y su incidencia por el trabajo. 18 septiembre 2011.

países emisores, en tanto, se examinan dos puntos: (a) el efecto de las remesas; y (b) el éxodo de capital humano.

3.1.9. EL EMPLEADOR.

El Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, define al término empleador de la siguiente manera: “La palabra empleador, española sin duda, se ha tomado en lo laboral del francés “employeur” y ha obtenido difusión en Sudamérica. La Academia que se resistió mucho a incorporarla, señala esa preferencia americanista y la equipara sin más a patrono, como persona que emplea a obreros manuales. Surge aquí una contradicción curiosa; porque, si empleador debe corresponderse con empleado, éste es el trabajador que no realiza trabajos manuales.

.Entonces, el término empleador se refiere en términos generales a “aquella persona que da empleo, sea este de tipo manual o de prestación de servicios como empleado privado”[57], etc., aunque es obvio que cuando hablamos de contrato colectivo en el Código del Trabajo del Ecuador, al hablar de empleador como parte de dicho contrato, se refiere necesariamente a la parte patronal, a aquella que contrata al llamado trabajador, asimilado al sentido de obrero, o del que vende su fuerza de trabajo física para un proceso productivo.

“La persona o entidad de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina

[57] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Ob. Cit. Pág. 424.

empresario o empleador” Nos damos cuenta de manera inmediata que, en el marco del contrato laboral, puede intervenir en calidad de empleador ya sea una persona natural o física, o una persona jurídica o abstracta, como una sociedad civil o mercantil, una entidad pública o semipública y en general, cualquier tipo de persona jurídica”[58].

De otro lado, siempre que invoque el vocablo “empleador” debemos tener muy en cuenta a la persona que, sin ser el empleador exclusivo, sin embargo hace sus veces y lo representa en la ejecución del contrato de trabajo; representante empresarial que se encuentra claramente conceptuado en el Art. 36 del Código del Trabajo.

La palabra patrono y empleador son los términos mas empleados para designar a aquella personas o personas físicas o inmateriales que otorgan generan o dan trabajo, el patrono ha sufrido modificaciones con e paso del tiempo, la figura del empleador asumen actualmente las mas diversas vertientes, que van desde la simple relación bilateral entre un apersona natural frente a otra, hasta figuras de carácter triangular o multilateral constata la presencia de los contratistas independientes, las bolsas de empleo , empresas de servicios temporales.

La importancia del empleador es manifiesta dentro del ámbito laboral a través del contrato individual de trabajo como se lo conoce y se lo denomina en nuestras legislaciones ecuatorianas, la relación individual puede tener en

[58] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo,. Cit. Pág. 424.

el extremo patronal o empresarial al propio Estado, lo que altera las condiciones de empleo, puestas que en la mayoría de Países existe una legislación independiente que regulan la relación laboral de un persona natural con el Estado empleador.

El Empleador debe ser una persona natural o jurídica, frente a la persona natural cabe considerar como fenómeno de trascendencia la edad y por ello hablamos de mayores de edad, se discutan que la edad en los empleadores también es algo importante por ende en algunos países lo consideran desde los 21 años. "Son representantes de los empleadores los Directores, gerentes, administradores, capitanes de barco y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración aún sin tener poder escrito y suficiente según el Derecho Común el empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador"[59].

3.1.10. El Trabajador.

Para el tratadista Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, "Partiendo de la definición tautológica de la Academia: "trabajador es el que trabaja", cabe designar como tal a todo el que realiza una labor socialmente útil y de contenido económico. Lo es así el que efectúa un trabajo por deber cívico o por pena; quien trabaja en su domicilio por cuenta ajena y sin relación de dependencia; el que forma parte de las profesiones liberales y el autónomo en sus prestaciones; el mismo patrono por sus iniciativas o directivas que

[59] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III Ob. Cit. Pág. 425.

implanta; por supuesto todo el que presta servicios subordinadamente y por una retribución"[60].

Es decir, el trabajador o la trabajadora es la persona que vende su fuerza productiva a un patrono o empleador, que por lo general es el propietario, administrador, interesado o intermediario en un proceso productivo, es la persona que contribuye con su acción a la producción de los bienes o servicios a los que se dedica una determinada empresa. Sin embargo, debe destacarse que el trabajador por sí solo, no puede participar en la celebración de un contrato colectivo, definitivamente deberá pertenecer a una asociación de trabajadores. Por asociación se entiende la agrupación orgánica compuesta por varias personas que se unen con base a unos mismos intereses, actividades, obligaciones, objetivos y aspiraciones.

El Código del Trabajo, en el Art. 9, señala que trabajador o trabajadora es "La persona que se obliga a la prestación del servicio a la ejecución de la obra, se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero"[61].

Entonces, la característica esencial del trabajador, es la de asumir en el marco de una fórmula contractual la obligación de prestar un servicio, ejecutar una obra, o realizar determinadas tareas. Además se asimila, al menos en el marco de nuestra legislación laboral, como términos sinónimos coherentes con el significado de trabajador, los de empleado y obrero, aunque es preciso señalar que en el argot de las relaciones laborales, se

[60] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Pág. 302.
[61] CÓDIGO DEL TRABAJO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado Enero de 2011, Art. 11.

conoce como empleado al que realiza una actividad preferentemente intelectual o administrativa, como la persona que lleva cuentas en un almacén, y como obrero, al que realiza actividades preferentemente manuales, como el que trabaja ensamblando piezas en una fábrica, o al que trabaja en la construcción, o el que trabaja en un aserrío, etc.

En el caso de la presente tesis, cuando nos referimos a la trabajadora, hablamos tanto de la empleada como de la obrera, es decir, de la mujer que realiza actividades laborales de carácter preferentemente intelectual, así como también de aquella que cumple tareas de carácter manual, ya que en los dos casos, se encuentra protegida por las disposiciones del Código del Trabajo. Debo aclarar que no entra en el ámbito de este estudio, la mujer que cumple actividades en el ámbito administrativo público, pues aquella es sujeto de protección de la Ley del Servicio Público, y de Unificación y Homologación de Remuneraciones en el Sector Público.

3.2. MARCO JURÍDICO.

3.2.1. Constitución de la República del Ecuador.

El Art. 9 de la Constitución de la República del Ecuador señala lo siguiente: La Igualdad de los derechos. **“**Las personas extranjeras que se encuentren

en territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que los ecuatorianos, de acuerdo con la Constitución"[62].

Este principio dice que todo ser humano dentro de el mundo será siempre igual ante los demás no importe el color sexo ni religión como lo dice la Constitución de la República del Ecuador, la aplicación de este principio se dan en forma general para todos las personas migrantes extranjeros que se encuentre en territorio ecuatoriano.

El Art. 11 de la citada ley establece principios para el ejercicio de los derechos, y en el numeral 2 señala "Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades"[63]. Puesto que la constitución no tiene excepción con nadie persona que ingresen al país será beneficiadas con los mimos derechos que gozan los ecuatorianos, hemos de entender que los derechos son garantizados por la constitución y por ende no son susceptibles de desconocimiento en las leyes posteriores aquello que gozaban de deberes y oportunidades.

De acuerdo con el numeral ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de os derechos ni de las garantías constitucionales.

Este principio también nos quiere decir que ningún legislador puede mediante una nueva ley desmejorar las condiciones, derechos y prestaciones a favor de las personas ecuatorianas y extranjeras.

[62] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador 2011. Art. 9.
[63] Ibídem. Ley Cit. Art. 11Numeral 2.

El Art. 33 de la Constitución dispone el Derecho al trabajo; “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará alas personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido y aceptado”[64].

La Constitución de la República el derecho a la trabajo se lo define con una norma inviolable de que gozan los hombres para dedicarse a la actividad económicamente productiva que libremente lo pueden realizar en un beneficio común, no obstante es responsabilidad del Estado a encaminar, promover y favorecer el progreso y perfeccionamiento físico moral de los trabajadores así mismo velar que el desempeño de sus labores sean de acuerdo a una buena ambiente de trabajo y sobre todo saludable y a la vez que el trabajador se aceptado por su responsabilidad mas no por su condición social.

El Art. 34 de la Constitución señala el Derecho a la seguridad Social “El Derecho a la seguridad Social es un derecho irrenunciable de todas las personas y será deber y responsabilidad primordial del Estado La seguridad social se regirá a los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia y subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación para atención d las necesidades individuales y colectivas”[65].

[64] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR Ley Cit. Art. 33.
[65] Ibídem.- Art. 34.

El Estado garantizara y hará efectivo el ejercicio pleno de derecho a la seguridad social, que incluyen alas personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.

Básicamente se denomina a la no posibilidad de privarse voluntariamente con carácter amplio y por anticipado de los derechos y de una o mas ventajas concedidos pos la legislación Laboral en beneficio propio la renuncia equivale a un acto voluntario por el cual una persona se desprende y hace abandono de un derecho reconocido a su favor en lo contrario lo que ocurre en el derecho común, donde rige el principio de irrenunciabilidad.

Las relaciones laborales están comprometidas con los intereses individuales del trabajador pero están igualmente con las personas que de él dependan por ende los derechos no irrenunciables se encuentra prescripta en la Constitución y el Código de Trabajo, hay multitud de disposiciones que protegen directamente los derechos de la sociedad, aún cuando se trata de los trabajadores migrantes.

El Art. 40 de la ley antes mencionada contempla el Derecho a migrar. “Se reconoce a las personas el derecho de migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria.

1. Ofrecerá asistencia a ellas y sus familias, ya que estas residan en el exterior o en el país.

2. Ofrecerá atención, servicios de asesoría y protección integral para que puedan ejercer libremente sus derechos.
3. Precautelará sus derechos cuando por cualquier razón, haya sido privadas de su libertad en el exterior.
4. Promoverá sus vínculos en el Ecuador facilitará la reunificación familiar y estimulará el retorno voluntario.
5. Mantendrá confidencialidad de los datos de carácter personal que se encuentren en los archivos e instituciones del Ecuador en el Exterior.
6. Protegerá las familias transnacionales y los derechos de los miembros"[66].

El hecho migratorio en nuestro país forma parte de la agenda de prioridades del Estado ecuatoriano, es por ello que se han venido realizando varias actividades periódicas, encaminadas a establecer un régimen migratorio de excepción para regularizar la permanencia de trabajadores migratorios agrícolas, de la construcción y del servicio doméstico en la denominada Región de Integración Fronteriza y por ende el Estado mantendrá el proteger al migrante y a su familia y que el migrante no sea reconocido como persona ilegal sino como un extranjero que goza libremente de todos los derechos y obligaciones que existen en el Estado Ecuatoriano.

El Art 41 de la Constitución señala el Derecho a asilo y refugio. "Se reconocerá los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de los derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugiado gozarán de protección

[66] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Art. 40.

especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado garantizará el principio de no devolución además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia"[67].

No se aplicara a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por le hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad. El Estado de manera excepcional y cuando las circunstancias lo ameriten, reconocerá a un colectivo el estatuto de refugiado, de acuerdo con la ley.

El Estado garantizará que el asilo sea de la protección de las victimas que viene desde otros países que ha sido expulsados ya sea que su vida, libertad, seguridad o integridad se encuentren en riesgo por persecución causada por razones de orden, religioso, nacionalidad u opinión público ya que normalmente los asilos siempre se dan en las embajadas y en los consulados del país que brinde la protección en este caso que sería el Estado Ecuatoriano de acuerdo con lo que estipula los Instrumentos y Tratados Internacionales.

El Art. 66 de la ley mencionada señala los Derechos a la libertad. **"**En el numeral 17 dice lo siguiente**:** El derecho a la libertad de trabajo nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo en los casos que determine la ley"[68].

[67] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 41.
[68] Ibídem.- Art. 66 Numeral 17.

La libertad de trabajo gozan todos los seres humanos en América Latina y en todo el mundo, la legislación de trabajo y su aplicación se sustenta en los principios de derecho social y; por lo mismo debe asegurar al trabajador una relación jurídica laboral directa que implique estabilidad y remuneraciones justas, que exista equidad laboral y sobretodo la libertad de trabajo que no sea discriminado tanto en la esfera pública como en la privada.

El Art. 325 de la Constitución establece Derecho al trabajo. "El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconoce todas las modalidades de trabajo en la relación de dependencia autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como los autores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores"[69].

El derecho al trabajo es un derecho autónomo que tiene sustantividad propia porque se encarga de las relaciones jurídicas y el esfuerzo consistente del hombre con el fin de someter a esa realidad social a un plan de desarrollo y equilibrio en la productividad de una economía social.

El derecho al trabajo regula las relaciones entre empleador y trabajador y ambos con el Estado en orden a la organización y a la defensa del trabajo, así mismo creo importante que las leyes han alcanzado un notable grado de desarrollo que responden a los conflictos que se viven en la relaciones laborales y por ende no se aplican en su totalidad el derecho al trabajo.

[69] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 325.

El Art. 326 de la constitución de la República establece los Principios. En el numeral 2 dispone: “los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación a lo contrario”[70].

En el numeral 4 establece: “A trabajo igual valor corresponderá igual remuneración. En el numeral 11 dice: “Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de los derechos y se celebra ante la autoridad administrativa o juez competente”[71].

Dentro de lo que abarca el principio de irrenunciabilidad no existirá una limitación de la libertad contractual que no permita al trabajador privarse de la protección que la ley otorga. “La remuneración que perciba el trabajador no será menos del básico que establece el Código de Trabajo y las leyes constitucionales”[72].

Con relación al estado actual del trabajador que sus derechos son irrenunciables y por ende si este desea renunciar a estos derechos que la ley le otorga lo hará en mediante un contrato escrito en presencia de un juez a lo celebrará con las personas competentes al caso.

El Art. 328 de la ley mencionada define también sobre la remuneración. “La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos la

[70] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Pág. 56

[72] Ibídem. Ley. Cit. Pág. 6

necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo par el pago de pensiones de alimentos"[73].

La remuneración será de acuerdo con salario básico que dispone el Código de trabajo por ende el trabajador se encuentra en todos sus derechos a reclamar y exigir que se le cubra con un sueldo justo la excepciones que existen solo se dará en los casos de que el trabajador tenga juicio por concepto de pensiones alimenticias o existen mas excepciones, es cierto que la mano de obra extranjera ocupa espacios de trabajo por ser mas barata, el desempleo en el Ecuador ha disminuido pero eso no quiere decir que el trabajador no perciba su sueldo completo así sea un apersona extranjera.

El salario o remuneración, es el pago que recibe en forma periódica un trabajador de mano de su empleador a cambio del trabajo para el que fue contratado. Si recibe menos de los que estipula la ley el empleador tendrá que acertarse a las sanciones que nuestra legislación dicta, el empleado recibe un salario a cambio de poner su trabajo a disposición del empleador, siendo éstas las obligaciones principales de su relación contractual.

El Art 391 de la Constitución de la República establece sobre la "Movilidad Humana. "El Estado velará por los derechos de las personas en movilidad humana y ejercerá la rectoría de la política migratoria a través del órgano competente en coordinación con los distintos niveles de gobierno. El Estado

[73] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Pág. 56

diseñará, planes, programas y proyectos, y coordinará la acción de sus organismos de la sociedad civil que trabajen en movilidad humana a nivel nacional e Internacional"[74]. Si bien es cierto la historia de la humanidad ha sido construida con los movimientos de las personas en la actualidad, la globalización, esto ha implicado la organización de migrantes, la existencia de redes, la organización de una pastoral especifica sobre movilidad humana, todas luchando por conseguir justicia con las personas que migran el cumplimiento de los derechos humanos en cualquier situación que se encuentre, la incidencia de personas migrantes, en si el Estado velará porque todos los movimientos de personas y pueblos que migran otras magnitudes lleven sus derechos de la mano y así evitar el trafico de migrantes ya que la movilidad humana es también un fenómeno económico porque sus causas y secuelas principales son económicas.

El Art 417 Sujeción a la Constitución de los tratados e instrumentos Internacionales**. "**Los tratados Internacionales ratificados por el Ecuador se sujetaran a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de los derechos humanos sea aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de los derechos, y la aplicabilidad directa y la cláusula abierta de los establecidos en la Constitución"[75].

El Ecuador es uno de los países que mantiene una suerte de triple condición

[74] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Pág. 69
[75] Ibídem.- Pág. 56

migratoria, pues es un país de origen de emigrantes, receptor de inmigrantes y se ha convertido en un país de tránsito.

Esta realidad ha incidido para que promueva en sus relaciones internacionales el principio de libre circulación de las personas, y el pleno reconocimiento de sus derechos fundamentales, independientemente de su condición migratoria. En tal sentido, la protección de los emigrantes ecuatorianos, así como la de las y los inmigrantes y refugiados que llegan al país, tiene una alta prioridad en la política exterior ecuatoriana, en la medida en que todo ello tiene como fundamento principios de carácter humanitario, los derechos humanos y solidarios.

El Art 424 establece la Jerarquía de la Constitución señalando, "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrarío carecerán de eficacia jurídica"[76].

La condición y los tratados Internacionales de los derechos humanos ratificados por Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público.

Dentro de los Tratados Internacionales y las Convenciones que existen de acuerdo con la ley Ecuatorianas se puede decir que las personas migrantes

[76] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 57

llevan consigo el principio de no discriminación bajo ningún parámetro normativo que excluya de la igualdad de oportunidades y libre acceso a la misma educación empleo y salud así mis o el principio de igualdad de trato respecto a la remuneración.

El Estado ayudará a la creación de servicios adecuados para ocuparse de la migración Internacional de los trabajadores y sus familias; operaciones autorizadas y órganos para la contratación de trabajadores en otro Estado.

3.2.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

3.2.2.1. Instrumento Andino Internacional de Migración Laboral.

En el Art. 2 del Instrumento Andino Internacional de Migración Laboral establece el Ámbito de aplicación de los derechos.

"La presente decisión de los derechos se aplicará a los trabajadores migrantes andinos quedando excluidos de la misma administración Pública y aquellas actividades contrarias a la moral, a la preservación del orden público, a la vida y a la salud de las personas y a los intereses esenciales de la seguridad nacional"[77]. En un análisis primero nos encontramos con los principios imperativos del Derecho Internacional que no podrán ser modificadas ni derogadas a no ser que sea por otra norma con carácter imperativo.

[77] LEGISLACION DE MIGRACION Y EXTRANJERIA; Instrumento Andino Internacional de Migración Laboral ley cit. Art 2

Por una parte, los Tratados Internacionales se aplican solamente a los estados que los han ratificado. Las leyes nacionales, en cambio, se aplican a todos los ciudadanos por igual.

En el Art 5 de la ley antes mencionada indica también el trabajador con desplazamiento individual.

"Se considera trabajador son desplazamiento individual aquella persona nacional de un País Miembro que migra a otro País Miembro con fines laborales, por:

a.- Haber suscrito un contrato de trabajo bajo relación de dependencia, o;

b.- Tener o responder a una oferta de empleo desde el país de migración bajo relación de dependencia"[78].

En la mayoría de Países Miembros existe una admisión temporal más que a una admisión permanente de trabajadores migrantes. Sin embargo, los Estados con políticas de admisión muy restrictivas restan minoritarios.

Entre las admisiones temporales de trabajadores se incluyen los trabajadores estacionales, trabajadores vinculados a proyectos, trabajadores con desplazamiento individual, proveedores de servicios, técnicos, personas de negocios, estudiantes, jóvenes profesionales, y programas de vacaciones y trabajo. Los períodos, renovables o no, varían entre unos pocos meses hasta uno o varios años. En algunos casos el período se vincula a la

[78] LEGISLACION DE MIGRACION Y EXTRANJERIA; Ley cit. Art 5.

duración del contrato de trabajo, a las necesidades del empleador o la duración del permiso.

En el Art 6 establece el trabajador de empresa. “Se considera trabajador de empresa al nacional andino que se traslada a otro país Miembro de distinto al país de su domicilio habitual por u periodo no mayor a los 180 días y por disposición de la empresa para la cual labora bajo relación de dependencia, sea que la misma ya sea instalada en el otro país, tenga en curso legal un proyecto para establecerse o realice un proyecto en especial allí”[79].

Las situaciones más frecuentes de migración laboral por fuera de los canales legales son el ingreso a un país sin el visado o la documentación exigidos; el ingreso regular, pero con permanencia en el país una vez expirado el visado, permiso de entrada o de estancia; el ingreso regular pero sin permiso de trabajo, con lo cual el extranjero puede perder su categoría migratoria y convertirse en irregular si trabaja; o la permanencia de solicitantes de asilo cuya solicitud ha sido denegada y que no abandonaron el país. Por ende el trabajador de empresa tiene un tiempo exacto para estar en un País Miembro y es de vital importancia seguir realizando su documentación respectiva si desea reanudar un contrato de trabajo.

En el Art 9 de la ley citada menciona el ingreso y permanencia de un trabajador migrante. “El ingreso y permanencia de un trabajador migrante

[79] LEGISLACION DE MIGRACION Y EXTRANJERIA; Ley Cit.- Art 6.

andino se realizara con la condición entre los organismos internacionales competentes de cada país miembro y con observancia de la legislación nacional en la materia"[80]. El trabajador migrante andino, al ingresar al país en calidad de tal país de Inmigración o al aceptar un contrato de trabajo en dicho país , deberá presentarse en la oficina de Migración laboral correspondientes para efectos de su registro y control subsiguientes por parte de los organismos internacionales competentes.

La oficina de migración laboral expedirá la documentación que califique la condición del trabajador inmigrante andino y facilitara la información necesaria para su incorporación al trabajo cobre las condiciones generales de la vida y requisitos a que deberá someterse al país de Inmigración.

Estoy segura de que el Diálogo de alto nivel sobre la migración internacional y el desarrollo se recordará como el momento en que la cooperación en este ámbito de vital importancia alcanzó nuevas cotas. Los Estados soberanos tienen derecho a decidir quién puede acceder a su territorio, sin perjuicio de las obligaciones que han contraído en virtud de tratados internacionales. Sin embargo, ese derecho no debería impedirnos aunar esfuerzos a fin de lograr que la migración internacional contribuya al cumplimiento de los objetivos de desarrollo que nos hemos fijado.

El trabajador migrante llevará sus derechos su documentación legal sin perjuicio que en algún país miembro le niegue este beneficio estará en sus

[80] LEGISLACION DE MIGRACION Y EXTRANJERIA; Ley Cit. Art 9.

facultades de trabajar libremente y tratando de incorporarse a las disposiciones legales del país miembro donde decida radicarse o solo trabajar.

El Art.10 señala el principio de igualdad de trato de oportunidades.- "Se reconoce al principio de igualdad al trato y de oportunidades a todos los trabajadores migrantes andinos en espacio comunitario. En ninguna caso se les sujetará, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual"[81].Es indispensable que las autoridades competentes, incluidas las de control migratorio, brinden garantías a las y los inmigrantes andinos y sus familias, para que no sean apresados ni perseguidos.

Cada migrantes andino será igual ante la ley y no se le recriminará ni se lo discriminará por su raza, color, o condición social sea de donde sea, a la vez tendrá la protección que se merece como cualquier ecuatoriano más. El mensaje para motivar a las y los inmigrantes andinos irregulares y sus familias, a regularizar su situación, debe ser claro y hacer referencia a la oportunidad de llevar una vida digna y tranquila en el Ecuador; a volver a tener derechos; a dejar de esconderse y de huir; y a vivir sin miedo.

En tal sentido, la protección de los emigrantes ecuatorianos, así como la de las y los inmigrantes y refugiados que llegan al país, tiene una alta prioridad en la política exterior ecuatoriana, en la medida en que todo ello tiene como

[81] LEGISLACION DE MIGRACION Y EXTRANJERIA; Ley Cit. Art 10.

fundamento principios de carácter humanitario, los derechos humanos y la solidaridad.

En el Art 11 también establece el derecho de sindicalización y negociación colectiva. “El trabajador migrante tendrá derecho a la sindicalización y negoción colectiva de conformidad con la legislación nacional vigente de la, materia y los convenios internacionales del trabajo ratificados en el país de inmigración”[82].

El trabajador migrante podrá participar en el desarrolló de una serie de seminarios, talleres y encuentros, entre otros mecanismos, que permitieron concretar propuestas coherentes que respondan a las necesidades de todos los actores involucrados en el proceso de regularización laboral y migratoria.

El Art.- 12 dispone la protección de la familia del trabajador migrante**.**

“Los Países miembros adoptaran las medidas apropiadas apara proteger a la familia del trabajador migrante.

A tal efecto, permitirá la libre movilidad para la entrada y la salida del trabajador migrante y de su cónyuge o la persona que mantenga la relación que de conformidad con el derecho aplicable en cada país de inmigración, produzca efectos equivalentes a los del matrimonio, de los hijos menores de edad no emancipados y de los mayores solteros en condición de

[82] LEGISLACION DE MIGRACION Y EXTRANJERIA; Ley Cit. Art 11

discapacidad, los fines de facilita la reunión y de conformidad con la legislación nacional del país de inmigración"[83].

El fortalecimiento de las relaciones con los países receptores, con la finalidad de realizar acciones coordinadas y conjuntas para el diseño y ejecución de planes, programas y proyectos en beneficio de las y los migrantes y sus familias.

También la defensa de los derechos humanos y libertades de las y los trabajadores migratorios y sus familias procurando su plena integración en el extranjero en condiciones de regularidad y su vinculación con el Ecuador, y la responsabilidad compartida entre países de origen y de destino, para la búsqueda de soluciones que demanda el amplio espectro del hecho migratorio, sin excluir el papel de los países de tránsito, para fortalecer la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, entre otros aspectos de relevancia.

Habida cuenta de estos cambios, los gobiernos de todo el mundo tienen ante sí una oportunidad, y una buena razón, para reconsiderar sus políticas en materia de migración.

En el Art 13 de la ley antes mencionada también señala las garantías.

a.- "La libertad de a transferencia de los fondos provenientes se su trabajo, con la observancia de las deposiciones legales pertinentes a la materia de obligaciones fiscales o de ordenes judiciales.

[83] LEGISLACION DE MIGRACION Y EXTRANJERIA; Ley Cit. Art 12.

b.- La libertad de transferencia de las sumas adeudadas por el trabajador migrante a titulo de obligación alimentaria, no pudiendo ser esta en ningún caso objeto de impedimentos.

c.- Que las rentas provenientes de su trabajo solo sean gravadas en el país el la cual las obtuvo

d.- El libre acceso ante las instalaciones administrativas y judiciales competentes para ejercer y defenderé sus derechos nacionales de trabajo ratificados en el país de inmigración"[84].

Los beneficios que comporta la migración, tanto para los trabajadores migrantes como la de sus familias es el derecho al libre acceso de sus fondos que proviene de sus esfuerzo y trabajo a las rentas y a las trasferencias de dinero que lo hace para el sustento de su familia nadie puede privar a los trabajadores al ingreso de la salas y juzgados para la exigencias de sus derechos y su propia defensa, los problemas relacionados con la integración de los migrantes son, por ejemplo, objeto de gran controversia. Sin embargo, la solución a muchos de los problemas que plantea la migración podría encontrarse por la vía del compromiso y el diálogo constructivos, que darán origen a un mayor reconocimiento de los enormes beneficios y oportunidades que reportan la migración tanto para el trabajador migrante y su familia.

[84] LEGISLACION DE MIGRACION Y EXTRANJERIA; Ley Cit. Art 13 literal a).

En el Art 14 establece las medidas para que migrantes porten documentos de viaje. “Los países Miembros extremarán las medidas pertinentes para que sus trabajadores que migren al territorio de otro país Miembro se hallen posición de los documentos de viaje reconocidos en la Comunidad Andina”[85].

En todos estos casos existe una necesidad latente en las y los trabajadores migratorios no documentados de regularizar su condición migratoria en el país, con la finalidad de poder llevar una vida digna, en goce de todos los derechos que como personas les asisten; sin embargo, no siempre se sienten motivados a realizar las gestiones pertinentes, entre otros factores, por falta de información o de recursos económicos para involucrarse en el proceso.

El Art.- 15. Establece la preservación de los derechos laborales. “En ningún caso la situación migratoria de un nacional andino ni la posible repatriación del mismo menoscabaría sus derechos laborales frente a su empleador. Estos derechos serían los determinados en la Legislación Nacional del País de inmigración”[86]. La condición migratoria irregular de las y los trabajadores migratorios que el Estado ecuatoriano se ha propuesto enfrentar, los lleva a aceptar cualquier actividad laboral, sin ninguna garantía y que muchas veces los somete a variadas formas de explotación y maltrato; y les priva de su

[85] LEGISLACION DE MIGRACION Y EXTRANJERIA; Ley Cit. Art. 14.
[86] Ibídem. Ley. Cit. Art. 15.

derecho a la libre movilidad ya que están impedidos legalmente de retornar a su país.

La situación del migrante es crítica pero el Estado ecuatoriano trabajará activamente para promover un cambio en las políticas migratorias internacionales restrictivas.

En el Art. 20 señala también el Compromiso de los países Miembros.

"Reconocer la libertad de circulación de trabajadores migrantes andinos dentro de subregión, sin perjuicio de los dispuesto por la disección 503 y otras normas comunitarias, y no adoptar nuevas mediadas que restrinjan el derecho a la libre circulación y permanencia para los trabajadores migrantes andinos"[87].

La libre circulación de migrantes andinos será tema de discusión ya que no existirá restricción alguna para el trabajador migratorio y su permanecía para lo cual tiene el apoyo de los países miembros y la ley de migraciones Laborales, en las que se han gestado importantes iniciativas que han sido promovidas por el Estado ecuatoriano y otras entidades públicas, como la regularización de trabajadores migratorios no documentados y sus familias, elemento sustantivo de la política migratoria integral que lleva adelante el actual Gobierno Nacional.

[87] LEGISLACION DE MIGRACION Y EXTRANJERIA; ley cit. Art. 20.

3.2.3. CÓDIGO DEL TRABAJO.

El Art. 2 del Código del Trabajo establece lo siguiente: “Obligatoriedad del trabajo; el trabajo es un derecho y un deber social. El Trabajo es obligatorio, en la forma y con las limitaciones prescritas en la Constitución y las Leyes”[88].

Quienes están obligados a trabajar son todos los individuos, excepto a quienes la misma ley exime del cumplimiento de esta obligación, y aunque este deber es ante todo y sobre todo moral no deja de tener efectos jurídicos, puesto que el incumplimiento voluntario y doloso de la obligación de trabajar constituye el delito de vagancia reprimido por el 383 del Código Penal.

Hay personas que no están obligadas a trabajar, pero pueden hacerlo si ellas lo desean: ellas son las que han cumplido con el deber de trabajar cuando podían cumplirlo satisfactoriamente como sucede con los jubilados. También se encuentran en este caso quienes tienen deberes especiales para con la sociedad y medios específicos de perfeccionamiento personal, como acontece con la mujer madre de familia. El trabajo es obligatorio, en la forma y con las limitaciones prescritas en la Constitución y las leyes.

El Art. 3 de la ley antes mencionada establece lo siguiente. “Libertad al trabajo y contratación. El trabajador es libre para dedicar su esfuerzo a su labor lícita que a bien tenga”[89]. La libertad del trabajo, dentro de la libertad de escogerlo, es obligatorio; pero, como en virtud de esta libertad no está el

[88] CODIGO DEL TRABAJO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito - Ecuador. Enero 2011 Pág. 3.
[89] CODIGO DE TRABAJO. Ley Cit. Pág. 4.

hombre facultado para trabajar en lo que a bien tenga, sino en cuanto con su ocupación no perjudique a terceros y al bien común, el Art. 3 del Código del Trabajo agrega que el trabajador es libre para dedicar sus esfuerzos a la labor lícita que a bien tenga.

En consecuencia la libertad de trabajo es la facultad moral e inviolable de que gozan los hombres para dedicarse a la actividad económicamente reproductiva que libremente prefieran dentro de los límites impuestos por el bien común y el derecho de los hombres. A la libertad de trabajo así entendida se opone el trabajo irremunerado que no es otra cosa que exigir al individuo, bajo la amenaza de una pena cualquiera, la prestación de un servicio para el que no acceda libremente.

Ninguna persona podrá ser obligada a realizar trabajos sin recibir una remuneración salvo en casos de fuerza mayor o que no sean impuestos por la ley, como urgencia extraordinaria, de necesidad de inmediato auxilio. Fuere de esos casos, nadie estará obligado a trabajar sino mediante un contrato y la remuneración correspondiente.

En el Art. 5 establece la protección judicial y administrativa.- "Los funcionarios judiciales administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos"[90].

La protección judicial y la administración pública previenen la violación de la

[90] CÓDIGO DE TRABAJO. Ley. Cit. Art. 5 Pág. 6.

Ley Laboral, los funcionarios controlan el cumplimiento de las obligaciones de empleados y resuelven varios de los conflictos que se originan y plantean en el mismo campo laboral; por lo tanto, para una garantía y eficiencia de sus derechos debemos recurrir cuantas veces sea necesaria y la intervención de los funcionarios administrativos para el cumplimiento por parte de los empleados, y de sus derechos de acuerdo con las normas del Derecho del Trabajo.

El Art. 7 Señala "La aplicación favorable al trabajador en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral los funcionarios judiciales y administrativos la aplicarán en el sentido mas favorable a los trabajadores"[91].

Todos los funcionarios de esas dependencias están en la obligación de prestar a los trabajadores oportuna y eficaz protección para la garantía y vigencia de sus derechos. De otra parte, el Título VI del Código del Trabajo trata de la organización, competencia y procedimiento administrativo y judicial relacionados con la aplicación de sus preceptos, y el Capítulo X del Título IV de la Ley de Régimen Administrativo trata de las funciones y deberes que corresponden al Ministerio de Relaciones Laborales en lo concerniente a la reglamentación del trabajo y a la protección del trabajador.

En el Art 10 determina el "Concepto de empleador un año como tiempo mínimo de duración, de todo contrato o tiempo fijo o por tiempo indefinido, que celebren los trabajadores con empresas o empleadores en general,

[91] CODIGO DE TRABAJO. Cit. Art. 7 Pág. 7.

cuando la actividad o labor sea de naturaleza estable o permanente, sin que por estas circunstancias los contratos por tiempo indefinido se transformen en contratos a plazo, debiendo considerarse a tales trabajadores para los efectos de esta ley como estables o permanentes"[92].

Cada empleador al momento de cumplir el trabajador un año por mínimo debe considerarlo contratos a plazo fijo será lo mas favorable para el trabajador siempre y cuando el empleador le ofrezca una estabilidad laboral esta permanecía hace que la ley le de la protección necesaria con todos los beneficios que le corresponde a cada trabajador tiene derecho a una estabilidad con este estabilidad pueden asegurar el ingreso mensual y esto a su vez significa el sustento de sus familias.

En el Art. 42 dispone la obligatoriedad del empleador

1. "Pagar las cantidades que correspondan al trabajador, en los términos del contrato y de acuerdo con las disposiciones del Código del Trabajo.
2. Instalar las fabricas, talleres oficinas y demás lugares de trabajo, sujetándose a las medidas de prevención, seguridad e higiene del trabajo y demás disposiciones legales y reglamentarias tomando en consideración, además las normas que precautelan el adecuado desplazamiento de las personas con discapacidad.
3. Indemnizar a los trabajadores por los accidentes que sufrieren en el trabajo y por las enfermedades profesionales con la salvedad prevista en el Art. 38 de este Código.

[92] CÓDIGO DE TRABAJO. Ley. Cit. Art 10 Pág. 9.

4. Establecer comedores a los trabajadores cuando estén laborando más de cincuenta o más en una fábrica o empresa y locales si estuvieren situados a más de dos kilómetros de la población cercana.
5. Establecer escuelas elementales en beneficio de los hijos de trabajadores cuando se trate de centros permanentes de trabajos ubicados a más de dos kilómetros de distancia del pueblo más cercan.
6. Si se trata de fábricas u otras empresas que tuvieren diez o más trabajadores, establecer almacenes de artículos de primera necesidad para suministrarlos a precios de costo a ellos y a sus familias, en la cantidad necesaria para su subsistencia. Las empresas cumplirán esta obligación directamente mediante el establecimiento de su propio comisariato o mediante la contratación de este servicio conjuntamente con otras empresas o con terceros. El valor de dichos artículos le será descontado al trabajador al tiempo de pagársele su remuneración. Los empresarios que no dieren cumplimiento a esta obligación serán sancionados con multa de cien a quinientos sucres diarios, tomando en consideración la capacidad económica de la empresa y el número de trabajadores afectados, sanción que subsistirá hasta que se cumpla la obligación.
7. Llevar un registro de trabajadores en el que conste el nombre, edad, procedencia, estado civil, clase de trabajo, remuneraciones, fecha de ingreso y de salida; el mismo que se lo actualizará con los cambios que se produzcan.

8. Proporcionar oportunamente a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para la ejecución del trabajo, en condiciones adecuadas para que éste sea realizado.
9. Conceder a los trabajadores el tiempo necesario para el ejercicio del sufragio en las elecciones populares establecidas por la Ley, siempre que dicho tiempo no exceda de cuatro horas, así como el necesario para ser atendidos por los facultativos de la Dirección Nacional Medico Social del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o para satisfacer requerimientos o notificaciones judiciales. Tales permisos se concederán sin reducción de las remuneraciones.
10. “Respetar las asociaciones de trabajadores.
11. “Permitir a los trabajadores faltar o ausentarse del trabajo para desempeñar comisiones de la asociación a que pertenezcan, siempre que ésta de aviso al empleador con la oportunidad debida. Los trabajadores comisionados gozarán de licencia por el tiempo necesario y volverán al puesto que ocupaban conservando todos los derechos derivados de sus respectivos contratos; pero no ganarán la remuneración correspondiente al tiempo perdido.
12. Sujetarse al reglamento interno legalmente aprobado.
13. Tratar a los trabajadores con la debida consideración, no infiriéndoles maltratos de palabra o de obra.
14. Conferir gratuitamente al trabajador, cuantas veces lo solicite, certificados relativos a su trabajo. Cuando el trabajador se separe

definitivamente, el empleador estará obligado a conferirle un certificado que acredite.

a) El tiempo de servicio;

b) La clase o clases de trabajo; y,

c) Los salarios o sueldos percibidos;

15. Atender las reclamaciones de los trabajadores.
16. Proporcionar lugar seguro para guardar los instrumentos y útiles de trabajo pertenecientes al trabajador, sin que le sea lícito retener esos útiles e instrumentos a título de indemnización, garantía o cualquier otro motivo.
17. Facilitar la inspección y vigilancia que las autoridades practiquen en los locales de trabajo, para cerciorarse del cumplimiento de las disposiciones de este Código y darles los informes que para ese efecto sean indispensables. Los empleadores podrán exigir que presenten credenciales.
18. Pagar al trabajador la remuneración correspondiente al tiempo perdido cuando se vea imposibilitado de trabajar por culpa del empleador.
19. Pagar al trabajador, cuando no tenga derecho a la prestación por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el cincuenta por ciento de su remuneración en caso de enfermedad no profesional, basta por dos meses en cada año, previo certificado médico que acredite la imposibilidad para el trabajo o la necesidad de descanso.

20. Proporcionar a las asociaciones de trabajadores, si lo solicitaren, un local para que instalen sus oficinas en los centros de trabajo situados fuera de las poblaciones. Si no existiere uno adecuado, la asociación podrá emplear para este fin cualquiera de los locales asignados para alojamiento de los trabajadores.
21. Descontar de las remuneraciones las cuotas que, según los estatutos de la asociación, tengan que abonar los trabajadores, siempre que la asociación lo solicite.
22. Pagar al trabajador los gastos de ida y vuelta, alojamiento y alimentación cuando, por razones del servicio, tenga que trasladarse a un lugar distinto del de su residencia.
23. Entregar a la asociación a la cual pertenezca el trabajador multado, el cincuenta por ciento de las multas, que le imponga por incumplimiento del contrato de trabajo.
24. La empresa que cuente con cien o más trabajadores está obligado a contratar los servicios de un trabajador social titulado. Las que tuvieren trescientos o más, contratarán otro trabajador social por cada trescientos de excedente. Las atribuciones y deberes de tales trabajadores sociales serán los inherentes a su función y a los que se determinen en el título pertinente a la "Organización, Competencia y Procedimiento.
25. Pagar al trabajador reemplazante una remuneración no inferior a la básica que corresponda el reemplazado.

26. Acordar con los trabajadores o con los representantes de la asociación mayoritaria de ellos, el procedimiento de quejas y la constitución del comité obrero patronal.
27. Conceder permiso o declarar en comisión de servicio hasta por un año y con derecho a remuneración hasta por seis meses al trabajador que, teniendo más de cinco años de actividad laboral y no menos de dos años de trabajo en la misma empresa, obtuviere beca para estudios en el extranjero, en materia relacionada con la actividad laboral que ejercita, o para especializarse en establecimientos oficiales del país, siempre que la empresa cuente con quince o más trabajadores y el número de becarios no exceda del dos por ciento del total de ellos. El becario, al regresar al país, deberá prestar sus servicios por lo menos durante dos años en la misma empresa.
28. Facilitar, sin menoscabo de las labores de la empresa, la propaganda interna en pro de la asociación en los sitios de trabajo, la misma que será de estricto carácter sindicalista.
29. Suministrar cada año, en forma completamente gratuita, por lo menos un vestido adecuado para el trabajo a quienes presten sus servicios.
30. Conceder tres días de licencia con remuneración; dinero en efectivo al trabajador, en caso de fallecimiento de su cónyuge o de sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad.
31. Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro de los primeros quince días, y dar avisos de salida, de las

modificaciones de sueldos y salarios, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, y cumplir con las demás obligaciones previstas en las leyes sobre seguridad social.

32. Las empresas empleadoras registradas en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social están obligadas a exhibir, en lugar visible y al alcance de todos sus trabajadores, las planillas mensuales de remisión de aportes individuales y patronales y de descuentos, y las correspondientes al pago de fondo de reserva, debidamente selladas por el respectivo Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Los inspectores del trabajo y los inspectores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tienen la obligación de controlar el cumplimiento de esta obligación; se concede, además, acción popular para denunciar el incumplimiento. Las empresas empleadoras que no cumplieren con la obligación que establece este numeral serán sancionadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social con la multa de un salario mínimo vital, cada vez, concediéndoles el plazo máximo de diez días para este pago, vencido el cual procederá al cobro por la coactiva;
33. Contratar personas discapacitadas según sus aptitudes y de acuerdo a las posibilidades y necesidades de la empresa; y,
34. Contratar un porcentaje mínimo de trabajadoras (mujeres), porcentaje que será establecido por las Comisiones Sectoriales del Ministerio del

Trabajo y Recursos Humanos, establecidas en el artículo 124, de este Código"[93].

El Derecho Laboral regula jurídicamente las relaciones que establecen empleadores y trabajadores para procurarse mayores recursos y mejores condiciones de existencia, las relaciones laborales están comprometidos los intereses individuales del trabajador, pero están igualmente de las personas que de él dependen económicamente, de los demás trabajadores y los de la sociedad en general.

En el Art. 44 también señala" las prohibiciones al empleador.

a) Imponer multas que no se hallaren previstas en el respectivo reglamento interno, legalmente aprobado;

b) Retener más del diez por ciento (10%) de la remuneración por concepto de multas;

c) Exigir al trabajador que compre sus artículos de consumo en tiendas o lugares determinados;

d) Exigir o aceptar del trabajador dinero o especies como gratificación para que se le admita en el trabajo, o por cualquier otro motivo;

e) Cobrar al trabajador interés, sea cual fuere, por las cantidades que le anticipe por cuenta de remuneración;

[93] CÓDIGO DE TRABAJO. Ley Cit. Art. 42.

f) Obligar al trabajador, por cualquier medio, a retirarse de la asociación a que pertenezca o a que vote por determinada candidatura;

g) Imponer colectas o suscripciones entre los trabajadores;

h) Hacer propaganda política o religiosa entre los trabajadores;

i) Sancionar al trabajador con la suspensión del trabajo;

j) Inferir o conculcar el derecho al libre desenvolvimiento de las actividades estrictamente sindicales de la respectiva organización de trabajadores;

k) Obstaculizar, por cualquier medio, las visitas o inspecciones de las autoridades del trabajo a los establecimientos o centros de trabajo, y la revisión de la documentación referente a los trabajadores que dichas autoridades practicaren; y,

l) Recibir en trabajos o empleos a ciudadanos remisos que no hayan arreglado su situación militar. El empleador que violare esta prohibición, será sancionado con multa que se impondrá de conformidad con lo previsto en la Ley de Servicio Militar Obligatorio, en cada caso"[94].

Los empleadores tiene la facultad de contratar pero ellos son las personas que tiene mas obligación de cuidar de sus trabajadores brindarles el material necesario y la protección en cada lugar de trabajo, La ley en la actualidad protege mucho al trabajador pero por la razón de ser personas vulnerables y

[94] CÓDIGO DE TRABAJO. Ley Cit. Art. 44.

de pocas posibilidades económicas por ende los empleadores no pueden evadir los pagos correspondientes de sus trabajadores ni mucho menos negarles de sus utilidades sean anuales mensuales quincenales porque es el esfuerzo de su trabajo y si existen horas fuera de los horarios de trabajo es obligación de reconocerlos el pago será en dinero mas no en especies o tratar de pagarle con otro tipo de manera debe hacerlo de acuerdo como estipula el Código del Trabajo.

El Art. 79 del Código del Trabajo establece "La Igualdad de remuneración el trabajo igual corresponde igual remuneración, sin distinción del sexo, raza, nacionalidad o religión; mas, la especialización y práctica en la ejecución del trabajo se tendrán en cuenta para los efectos de la remuneración"[95].

A nadie se le puede exigir servicios gratuitos ni remunerados que no sean impuestos por la Ley, salvo los casos de urgencia extraordinaria o de necesidad de inmediato auxilio. Fuera de estos casos nadie estará obligado a trabajar sino mediante un contrato y remuneración correspondiente.

En el Art. 94 de la ley antes mencionada establece "Condena al empleador moroso**.** El empleador que no hubiere cubierto las remuneraciones que correspondan al trabajador durante la vigencia de las relaciones de trabajo, y cuando por este motivo, para su entrega, hubiere sido menester la acción judicial pertinente será, además, condenado al pago del triple del equivalente

[95] CÓDIGO DE TRABAJO. Ley Cit. Art. 79.

al monto total de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado, en beneficio del trabajador.

De determinarse por cualquier medio, que un empleador no está pagando las remuneraciones mínimas vigentes en los términos legales establecidos, el Ministro de Relaciones Laborales, concederá un término de hasta cinco días para que durante este lapso el empleador desvirtúe, pague o suscriba un convenio de pago de las diferencias determinadas. Si dentro del término concedido no desvirtúa, paga o suscribe el convenio de pago, según el caso, el empleado moroso será sancionado con el ciento por ciento de recargo de la obligación determinada, pago que deberá cumplirse mediante depósito ante la Inspectoría del Trabajo de la correspondiente jurisdicción, dentro del término de tres días posteriores a la fecha del mandamiento de pago"[96].

El Art. 544 "Inspectores provinciales.-Los inspectores del trabajo serán provinciales"[97]. Existen inspectores en cada provincia del Ecuador estos funcionarios encargados de que cada empleador existente le pague lo que le corresponde a sus trabajadores y que tenga sus utilidades anuales a la vez ellos se encarga de sancionar a los empleadores que no acaten las disposiciones que el Código del Trabajo, como lo menciona la ley existen deberes y obligaciones tanto de los empleadores como de los trabajadores y ambos están en la obligación de cumplirlas.

[96] CÓDIGO DE TRABAJO, Ley Cit. Art. 94.
[97] CONVENCIÓN INTERNACIONAL. Sobre La Protección de los Derechos de Todos Los Trabajadores Migratorios y de sus Familias. Art.1

3.2.4. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIAS.

El Art 1 “De la presente Convención Internacional sobre la protección de todos los derechos será aplicable salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y sus familias sin definición alguna de motivos de sexo, raza, color, idioma religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacional, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprenden la preparación para la migración partida, el tránsito y todo el periodo de estancia de ejercicio y de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.

El Art. 8 de la presente ley establece lo siguiente:

1. “Los trabajadores migratorios y sus familias podrán salir libremente de cualquier Estado de origen. Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo la que están establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral pública, o los derechos y libertades ajenas y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente convención.

2. Los trabajadores migratorios y sus familias tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanencia en él"[98].

En el Art. 9 de la presente ley establece el "derecho a la vida de los trabajadores migratorios y sus familiares estarán protegidos por la ley"[99]. Nadie en ninguna parte del mundo podrá atentar contra la vida de una persona migrante ya que el trabajador migratorio es protegido por las leyes internacionales y a su vez por los derechos humanos que son aplicable en cualquier parte que se encuentre el migrante y su familia.

En el Art. 10 señala que "ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a torturas ni tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes"[100]. De acuerdo con señala los tratados internacionales disponen que ningún trabajador podrá ser sometido a torturas ni ser victimas de maltratos.

En el Art. 12, señala que "los trabajadores tendrán derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión este derecho incluirá la libertad de profesar o de adoptará creencia o religión a su elección, individual o colectiva, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y las enseñanzas".

En el Art 14 dispone que "ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometida a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada familiar, hogar, correspondencia u otras comunicaciones ni ataques ilegales a su

[98] CONVENCIÓN INTERNACIONAL. Ley. Cit Art. 8.
[99] Ibídem Ley. Art. 9.
[100] Ibídem. Ley. Cit.- Art. 10.

honor y buen nombre todos los trabajadores migratorios tendrán derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Siempre y cuando el trabajador migratorio no haya cometido delitos de atentado en contra de nuestra nación ecuatoriana

En el Art 15 señala lo siguiente: “Ningún trabajador migratorio será privado arbitrariamente de sus bienes, ya sean de propiedad personal exclusiva o en asociación con otras personas”. Cuando en virtud de la legislación vigente en el Estado de empleo, los bienes de un trabajador migratorio de un familiar suyo sean expropiados total y parcialmente, la persona interesada tendrá derecho a una indemnización justa y apropiada.

Todos los bienes que adquiera el trabajador migratorio no se le podrán expropiar salvo en casos de fuerza mayor y que sean debidamente remunerados con los valores del bien, existen varias violaciones en estos casos porque los expropian de sus moradas y le entregan otro bien que muchas de las ocasiones no recompensa el valor de su bien perdido.

3.3. MARCO DOCTRINARIO.

3.3.1. Movilidad Humana.

Bajo el argumento de garantizar la seguridad de los ciudadanos, algunos Estados imponen una serie de restricciones y limitaciones a las personas para el ingreso a través de sus fronteras, lo que generan en muchas

ocasiones la criminalización de la libre Movilidad Humana y en una práctica discriminatoria y violatoria a la dignidad de las personas.

"La afectividad y el cumplimiento de los derechos laborales de las y de los migrantes se hacen efectivos en una buena medida, gracias a la aprobación y existencia de diversos instrumentos Internacionales de protección, promoción y defensa de los derechos humanos; entre los que se encuentran los Tratados. Así mismo la lucha Histórica de las y los migrantes y sus familias distintas partes del mundo y el esfuerzo que han realizado las organizaciones internacionales que promueven la plena vigencia de sus derechos laborales"[101].

"La Movilidad Humana en el Ecuador ha cambiado la vida de los hombres y mujeres en comunidades en general, la migración existe porque hay personas que migran y estas personas tiene nombre, sexo, color, nacionalidad, cultura, la migración no solo debe ser vista para estudiar sino también para ver sus causas que son muchas.

- Territorios afectados por la violencia como la guerra que se vive en Colombia y que obliga a muchas familias a dejar sus tierras, a desplazarse dentro de su país a otro refugiarse en otro.
- La necesidad de los países desarrollados de tener mano de obra barata o de mano de obra para realizar tareas que ya los ciudadanos de los

[101] MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS. ISOD Instituto Sindical de Desarrollo Edición 2008 Pág. 30.

países desarrollados no pueden hacer como son. Albañilería, cuidados de niños de ancianos, cultivos de hortalizas etc."[102].

En fin la movilidad humana implica reflexiones profundas que no se pueden generalizar decir que solo la pobreza produce la movilidad.

Migración Interna.- "Es una migración individual, familiar o colectiva hacia regiones distintas del lugar de vivienda habitual-tradicionalmente del campo a la ciudad debido a situación de conflicto social, de presión económica ,proyectos de infraestructura, desastres naturales, entre otros". En la mayoría de los casos implica la perdida o violación de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, y culturales"[103].

Movilidad Humana.-Es el cambio de lugar que realizan persona o grupos dentro de una o varios territorios dependiente de la distancia entre el lugar de origen y destino, la intención el motivo, la forma y la duración, la movilidad puede incluir actividades que van desde un traslado a nivel urbano hasta procesos de cambio permanente como la migración. Movilidad en un concepto que abarca diversas categorías como migración, inmigración, refugio desplazamiento, trata y trafico de seres humanos.

Persona Migrante.- "Se entiende por tal a la persona que se desplaza geográficamente"[104]. Es decir, todo extranjero que ingresa a un país que no es su origen.

[102] MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS .Ley. Cit. Pág. 31.
[103] Análisis de la Realidad en Perspectiva Migratoria Movilidad Humana y su Incidencia Social. Pág. 42
[104] MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS. ISOD Instituto Sindical de Desarrollo Edición 2008.Pág. 31

3.3.2. Migraciones Internacionales y el mercado en el trabajo una nueva estratificación a nivel mundial.

"Un rasgo distintivo de la década de 1990 fue el de la aparición de la problemática de las migraciones internacionales en el mercado de trabajo en el centro de la preocupaciones de la comunidad internacional. Un tema que en los últimos 40 años había sido tratado coyunturalmente, en la medida que iban surgiendo hechos específicos, se instalo como punto prioritario en la agenda de discusión de los gobiernos, con una gran persecución en la opinión pública mundial"[105]. Una cuestión normalmente reservada para las políticas internas de los Estados ha pasado a nivel de las relaciones bilaterales, ubicándose finalmente en el núcleo de los problemas globales relevantes de la actualidad.

Considero que la pobreza de subempleo y superpoblación por si solas no pueden generar una emigración a gran escala; es necesario identificar cuales son la nuevas reciprocidades que vinculan la globalización de la producción con las migraciones laborales internacionales. El reconocimiento de estas mediaciones desplaza el enfoque de las condicione precarias en los países de origen y lleva a un análisis de los procesos que vinculan a los países de destino con lo de origen.

"La movilidad del capital y del trabajo ha generado la incorporación de nuevos espacios en la producción y consumo. La inversión extranjera

[105] www. Migración internacional.gov

directa es unos de los elementos que esta coadyuvando a formar un espacio trasnacional de la globalización, tal es la inter independencia que los gobiernos de los países pobres que reciben sus inversiones extranjeras aplican políticas de ajustes dictadas por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial y traslada los costos a la población de menores recursos estas medidas repercuten de un amanera violenta en la vida de gran parte de la población de estos países, puesto que crecen los índices de desempleo y subempleo y se agudizan ya las precarias condiciones de calidad de vida"[106].

Tanto la inversiones como la intervención política que los países de destino de la migración realizan en los países de origen tienen impactos migratorios sobre estas ultimas estas irrumpen en la estructura social agraria sobre toso en la apropiación de tierras genera desempleo en los ámbitos rurales con urbanos crean vínculos económicos, ideológicos que adquieren tanta relevancia como una política de inmigración. Un poco de proceso que sirve de intermediario en la introducción de estas formas modernas de producción y la formación de migraciones laborales es la ruptura de las estructuras tradicionales de trabajo la inversión directa extranjera en los países pobres en los cultivos de exportación ha convertido a pequeños y medianos propietarios en trabajadores asalariados y ha generado una feminización de mano de obra en los establecimientos de exportación.

[106] Ecuador migrantewww.ecuadormigrante.org.

“Este cambio de estructura socioeconómica ha perpetuado migraciones nacionales e internacionales y ha contribuido adentro de algunas regiones específicas que aceleren los desplazamientos de población de larga distancia. Este es un proceso altamente mediador aquel en que la inversión extranjera directa sino es causa directa, es cuando menos una estructura que crea ciertas condiciones para que la emigración surja con una opción, los efectos que han generado la inversión extranjera directa contribuye a la formación de u grupo de potenciales migrantes, y al mismo tiempo a la aparición de la migración como una opción real”[107].

Ecuador el país latinoamericano más pequeño de la región andina con una población de 13 millones de habitantes concluyo en el siglo XX con una crisis política y socioeconómica sin precedentes, que origino el flujo migratorio masivo internacional con deferentes destinos, aunque con una mayor intensidad a España. El país andino ha experimentado el empobrecimiento acelerado en la historia de América Latina. Que han tomado formas diferentes a lo largo de la historia; no obstante la década de 1990 se ha caracterizado por las crisis socioeconómicas derivadas de la aplicación de políticas de ajuste estructural sustentadas por el neoliberalismo.

“Existen problemas endémicos en la región latinoamericana como una estructura productiva segmentada y desequilibrada, una creciente dependencia y vulnerabilidad externa, que han conducido a un crecimiento

[107] Ecuador migrantewww.ecuadormigrante.org

arrítmico y, como causa mediata a todos ellos, a una escasa acumulación de capital. La declinación económica en la mayoría de los países de la región, unida en la expansión del capital financiero y el crecimiento descomunal de la deuda externa, vino asociado además en la creciente profundización de un proceso de concentración de la propiedad de capital y de los ingresos. Paralelamente, se acentuó un proceso de primarización de las exportaciones en detrimento de los productos de mayor valor agregado"[108].

Al igual que la inflación en la década de 1980, la desocupación se ha convertido en un mecanismo de reequilibrio de la marcha de la economía y en una componente central de su estructura. La fuerte reducción de la demanda de trabajo crea mejores condiciones sociales para aproximarse al máximo objetivo: reducir el costo laboral, deteriorado el ingreso y las formas de desempeño de la fuerza de trabajo. Ello explica que el aumento de los niveles de desempleo que agregan ahora la vulnerabilidad, la inestabilidad, la clandestinidad y la caída de remuneraciones como parte de un banquete que bajo el eufemismo ha producido un profundo deterioro de vida y de trabajo de la inmensa mayoría de población.

"Por un lado, esta situación se crisis socioeconómica generalizada unida a fuerte de corrupción de la clases de dirigentes políticas, ha acelerado desde la década de 1960 hasta la actualidad y según los procesos históricos, políticos y socioeconómicos de cada uno de los países latinoamericanos han adquirido características especificas. Por otro lado, los procesos la

[108] Ecuador migrantewww.ecuadormigrante.org

globalización económica y la nueva estratificación mundial del mercado de trabajo ha propiciado condiciones especificas de inserción laboral, en empleos inestables, precarios y estacionales, donde acude la mano de obra migrante extracomunitarios en condiciones de irregularidades jurídica que favorece a la explotación de los trabajadores y trabajadoras con débiles pautas de contratación dentro de un contexto mundial la población ecuatoriana se suma a los movimientos migratorios latinoamericanos hacia loa unión Europea con un destino especifico a España"[109]. Sin embargo la crítica situación económica actual del país andino se puede limitarse exclusivamente a la aplicación de las políticas neoliberales, si no que anteceden en estructuras socioeconómicas gran parte del siglo XX han mantenido relaciones de trabajo tipo coloniales.

3.3.3. Los ciudadanos Colombianos en Ecuador.

"Históricamente Ecuador y Colombia han intercambiado flujos constantes de ciudadanos que pasaban la frontera a otra con fines comerciales, familiares, de turismo, culturales, etc. Este intercambio, sin embargo durante los últimos años, se ha caracterizado por un significativo incremento de familias Colombianas que ingresaban al Ecuador en busca de refugio y protección"[110].

El fenómeno de la violencia colombiana que afecta a Colombia desde hace cuatro décadas se debe a los constantes enfrentamientos entre ejercito nacional y grupos armados irregulares. Algunos de estos grupos nacieron

[109] Ecuador migrantewww.ecuadormigrante.org
[110] SERRANO Alexandra, Perfil migratorio del Ecuador. Ley Cit. Pág. 53

en los años 60 como movimientos guerrilleros originalmente comprometidos en la lucha armada revolucionarias de Colombia (FARC), (ELN)

El desplazamiento forzado, a través del sistema de “tierra arrasada” delos paramilitares, que consiste en desplazar la población de la zona la cual se nutre de guerrilla esto se agudiza a partir de la instauración del Plan Colombia.

“Desde fines del 2002 se anuncia una tregua y se inicia procesos de desmovilización de los grupos irregulares durante los últimos años, varios grupos han entregado sus armas, sin embargo otros han continuado con sus ataques”[111]. Aun existen problemas fundamentales para resolverse como la impunidad, el rendimiento de cuentas sobre el origen de dinero y propiedades de los movilizados, sobre las fuentes de financiamiento e inclusive la alerta sobre el riesgo de estos grupos vuelvan a armarse.

“Los refugiados en colombianos en Ecuador según el ACNUR, Ecuador es uno de los países latinoamericanos que mas refugiados acoge en el 2005 una tasa del 47% en el 2004 con una tasa del 36.3%. El movimiento de solicitantes de asilo en Ecuador se ha caracterizado por entradas constantes de familias e individuos, pero también el desplazamientos masivos como lo ocurrido en el 2005, en la población de San Lorenzo Esmeraldas que registro la entrada repentina de mas de 800 personas en esa ocasión el

[111] SERRANO Alexandra, Perfil migratorio del Ecuador. Ley Cit. Pág. 53

Gobierno Ecuatoriano y varias instituciones civiles se encargaron de brindar asistencia a los desplazados"[112].

3.3.4. Los ciudadanos peruanos en el Ecuador.

La migración peruana en el Ecuador es relativamente continua y se ha dado principalmente por dos factores vinculados a la historia reciente del país la firma de paz entre Ecuador y Perú en 1998 que puso final al conflicto territorial entre ambos países y la dolarización.

La dolarización en el año 2000 constituye un incentivo para las migraciones laborales. La diferencia salarial y los altos noveles de pobreza que registran algunas poblaciones del Perú han atraído a muchos peruanos al sector económico productivo partir del año 2005 y 2006 habrían ingresado al país cerca de 232 peruanos y con sus permisos de trabajo.

"Actualmente se estima que entre 6000 a 120000 ciudadanos peruanos residen en le país la mayoría en situación irregular asentados principalmente en Loja, Machala, y Cuenca según la Cancillería Andina la mayoría han ingresado la llamada tarjeta Andina de migración sobrepasando el tiempo de estancia establecido. La mayor parte de la migración peruana es laboral, los gobiernos de ambos países así como los empresarios y trabajadores han analizado la problemática y las soluciones a los problemas resientes

Al momento el Estatuto Migratorio permanente entre Ecuador y Perú ha sido elaborado y firmado el 25 de octubre del 2008 en la ciudad de Machala el

[112] SERRANO Alexandra, Ley Cit..Pág. 54

encuentro Binacional de Presidentes de Ecuador y Perú este estatuto permite promover de manera permanente la migración laboral entre ambos países. También presenta el compromiso que tiene ambos países para facilitar los procesos de regularización laboral y los flujos migratorios entre ambos países, disminuyendo de esta manera la migración irregular en la zona de integración fronteriza.

3.3.5. Trabajo del Emigrante.

"El impacto económico de la migración provoca bastante menos controversia cuando se trata de los efectos sobre los países emisores. Esta tendencia es curiosa porque no está del todo claro que la emigración solamente genere efectos positivos para países emisores. Entre los aspectos positivos de la emigración sobre la economía de países emisores, se indica que la salida de personas muchas veces representa una válvula de escape para crecientes problemas sociales"[113].

El debate sobre las repercusiones económicas de la migración es un tema álgido y que genera amplia controversia en diversos sectores. Diferentes grupos usan argumentos relacionados con este tema para justificar medidas tendientes a estimular, o bien controlar los flujos migratorios. Sectores proclives a la inmigración, por ejemplo, puntualizan que los Estados deberían fomentar la inmigración ya que ésta contribuye al aumento de la productividad e incide positivamente en el crecimiento económico de los países. Son los grupos contrarios a la inmigración, empero, los que más

[113] SERRANO Alexandra, Ley Cit. Pág. 59, 60

comúnmente citan las repercusiones económicas como un argumento para restringir la migración. Estos sectores argumentan que la inmigración tiene efectos negativos sobre la economía y que por ende es necesario restringirla. El argumento más comúnmente usado por estos grupos es que la inmigración genera desempleo, baja los salarios, recarga los servicios sociales ofrecidos por el Estado y en general redunda negativamente en la productividad del país. Estos sectores manifiestan su inquietud especialmente durante ciclos negativos caracterizados por contracción económica. “De manera similar, en los países emisores, existe una reñida discusión entre diversos grupos sobre si la emigración produce efectos positivos o negativos en la economía”[114]. Grupos proclives a la emigración enfatizan la importancia de las remesas que envían los emigrantes, mientras que grupos contrarios a la emigración enfatizan que ésta deja a los países sin las personas más calificadas y genera dependencia económica.

“Pese a que discutir las repercusiones económicas de la migración representa un verdadero desafío, la Relatoría decidió abordar el tema debido a que éste reviste considerable importancia en la discusión en torno a las políticas migratorias estatales. Con este estudio, la Relatoría pretende presentar algunas de las conclusiones de los expertos en el tema como un punto de partida para iniciar el debate en torno a la protección de los

[114] Ministerio de gobierno y Policía del Ecuador www. mingobierno.gov.ec

derechos económicos y sociales de los trabajadores migratorios y sus familias"[115].

El tema de los efectos económicos de la migración no sólo es controversial porque diversos grupos lo usan como bandera de lucha para promover su visión particular frente al mismo, sino también porque no existen estudios que hayan producido evidencia concluyente sobre las repercusiones económicas de la migración, tanto en países receptores como emisores. Al igual que grupos o partidos políticos proclives o contrarios a la migración, economistas, politólogos y sociólogos dedicados a estudiar el tema se muestran bastante divididos al respecto. Por otra parte, desentrañar las consecuencias económicas de la migración es una tarea extremadamente difícil dada la complejidad de la economía actual caracterizada por un alto nivel de interconexión, interdependencia y sofisticados niveles de tecnologización. "Por si esto no fuese suficiente, estudios de este tipo se dificultan por la falta de información adecuada que permita realizar investigaciones que produzcan evidencia irrefutable sobre los efectos de la migración en la economía. Otra debilidad de los estudios en esta materia es que éstos han sido en su gran mayoría llevados a cabo en países desarrollados, por lo que no existe demasiada información sobre las consecuencias de la inmigración en países receptores no desarrollados.

[115] Ecuador migrantewww.ecuadormigrante.org.

Asimismo, no se han realizado demasiados estudios sobre el impacto económico de la emigración en países emisores"[116].

En este sentido, hasta ahora las investigaciones sobre las repercusiones económicas de la migración sólo han sido capaces de presentar evidencia parcializada sobre ciertas industrias, sectores, o bien regiones en algunos países. Según un informe publicado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OECD) que revisó toda la literatura sobre el tema entre 1970 y 1993, los expertos dedicados a estudiar las repercusiones económicas de la migración sólo coinciden en dos cosas: primero, que no hay evidencia concluyente sobre el asunto y que todos los estudios presentan debilidades; y segundo, que más allá de si es negativo o positivo, el efecto de la migración sobre la economía a nivel agregado es marginal.

Para situar el debate actual, y dada la importancia que el tema tiene para los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias, la siguiente sección del informe examina de manera muy sucinta el debate en la literatura especializada en torno a las consecuencias económicas de la migración. "Con respecto a los países receptores, se detalla la discusión sobre la incidencia de la migración en tres aspectos: (a) salarios y empleo; (b) el sistema de seguridad social; y por último (c) crecimiento económico. Con respecto a los países emisores, en tanto, se examinan dos puntos: (a) el efecto de las remesas; y (b) el éxodo de capital humano

[116] Ecuador migrantewww.ecuadormigrante.org

3.3.6. Derecho Migratorio Internacional.

La soberanía del Estado es el punto tradicional de partida al momento de considerar el derecho migratorio internacional. Los Estados tienen autoridad sobre su territorio y su población. Ellos pueden decidir quién puede y quién no puede ingresar a su territorio. Los Estados pueden asegurar sus fronteras y decidir sobre las condiciones de ingreso y permanencia, así como sobre las condiciones de expulsión.

Los Estados ya no tienen una autoridad ilimitada sobre los asuntos migratorios. “El derecho internacional, incluyendo los tratados a escala bilateral, regional o internacional, algunas veces limitan la autoridad del Estado sobre cuestiones como el ingreso, la salida, y la remoción”[117].

Los Estados ahora tienen un número de responsabilidades internacionales que limitan o restringen su autoridad sobre la migración. El derecho migratorio internacional se refiere a la suma de estas responsabilidades internacionales; el derecho migratorio internacional es la rama del derecho en donde los Estados han buscado gestionar algunos aspectos de la migración a escala internacional. “El derecho migratorio internacional tiene un ámbito que es difícil de especificar acertadamente. Cubre una red de relaciones legales, que pueden ser de Estado a Estado o de Estado a Individuo. Se encuentra a escala bilateral, regional, y a escala

[117] MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS .ISOD Instituto Sindical de Desarrollo Edición 2008Pág. 49

multilateral”[118].

No existe una legislación internacional que haya desarrollado las leyes de la migración internacional. Es una rama del derecho que se ha desarrollado a través del tiempo y que continúa desarrollándose conforme continúa la necesidad de cooperación internacional.

Existe un número de normas y áreas de preocupación que limitan la autoridad de los Estados en asuntos de migración. Éstas son descritas en los puntos importantes señalados a continuación:

1. Derechos Humanos

- No discriminación
- Libertad de movimiento
- Asilo
- No devolución
- Unidad familiar
- Garantías procesales en áreas como detención o expulsión
- El deber de los Estados para aceptar a sus ciudadanos que son retornados.

2.-Acceso Consular

3.- Trata y Tráfico de Migrantes

[118] MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS Ley. Cit. Pág. 50

4.- Otras áreas reguladas por acuerdos internacionales, por ejemplo, migración laboral o migración irregular"[119].

Los Estados también han suscrito un número vasto de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales, que centran su atención en asuntos migratorios y que se han convertido en parte del derecho migratorio internacional. Son muy numerosos para abordarlos aquí. Un área que debe resaltarse es la migración laboral. Ésta ha sido abordada a escala multilateral, a través de estándares y convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias. Existe también un gran número de instrumentos bilaterales entre países emisores y receptores que regulan esta área.

Puntos Importantes:

1. Los derechos humanos aceptados internacionalmente, imponen límites a lo que los Estados pueden y no pueden hacer a las personas dentro de su territorio. Generalmente, los derechos humanos y los derechos relacionados con el movimiento en particular, son elementos del derecho migratorio internacional. Las leyes nacionales deben encontrarse de conformidad con estas normas internacionales en los casos que aplique.

2. Existe un número de derechos humanos conocidos como derechos relacionados con el movimiento que son particularmente relevantes para

[119] MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS. Ley. Cit. Pág. 51

los migrantes:

- “Libertad de Movimiento es un principio fundamental en el contexto de la migración internacional, el cual se encuentra en la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos”[120].

  - Cualquier persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado deberá, dentro de ese territorio, tener el derecho a la libertad de movimiento y libertad para elegir su lugar de residencia. cualquier persona será libre de salir de cualquier país, incluyendo el suyo propio.
  - Los derechos antes mencionados no estarán sujetos a ninguna restricción, excepto a aquéllas establecidas en las leyes, las necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud pública o la moral, o los derechos y libertades de otros, y que sean consistentes con otros derechos reconocidos en la Convención.
  - Nadie deberá ser privado de manera arbitraria del derecho de entrar a su propio país.

- Los tratados internacionales sobre derechos humanos generalmente incluyen una cláusula de no discriminación, que señala que los Estados deben garantizar los derechos humanos a todas las personas dentro de su territorio sin hacer distinciones de ningún tipo, incluyendo raza, color, género, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o

[120] MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS. Ley. Cit. Pág. 52.

social, propiedad, nacimiento, u otros indicadores de estatus.

- Los derechos de no discriminación requieren que las leyes y políticas del Estado no discriminen a los migrantes. Este principio de no discriminación limita las distinciones que los Estados pueden hacer entre sus ciudadanos y los migrantes. Aunque pueden permitirse algunas diferencias en el trato, no pueden basarse en ninguno de los criterios señalados en el punto anterior.

3. Todas las personas tienen el derecho de buscar asilo, pero un Estado no tiene un deber legal correspondiente a garantizar asilo o a permitir a los solicitantes de asilo que ingresen a su territorio. Sin embargo, una vez que un Estado reconoce a un refugiado, entra en vigor el principio de no devolución. Esta es una norma fundamental del derecho migratorio internacional, y limita estrictamente la autoridad de los Estados para remover a personas de su territorio. Significa que un Estado no puede enviar a nadie de regreso a un país en donde pueda ser perseguido se amplía este principio y prohíbe que una persona sea retornada a un país en donde pueda sufrir actos de tortura.

4. “La autoridad de los Estados de utilizar sus leyes nacionales para regular quién puede ingresar, permanecer, o abandonar su territorio, está limitada por el derecho internacional relacionado con la unidad familiar y con los mejores intereses de los menores. Los instrumentos de derechos humanos protegen la unidad familiar reconociéndola como la unidad

fundamental de la sociedad"[121]. Por ejemplo, el derecho internacional relacionado con la familia, afecta claramente la autoridad nacional de expulsar o deportar a una persona de su territorio, toda vez que el interés de la familia por permanecer intacta, debe ser tomado en cuenta y equilibrado con los intereses del Estado. En casos que involucran a menores, los mejores intereses del menor es también un factor supremo, limitando el derecho del Estado de remover a un extranjero de su territorio. Además, la unidad familiar incluye la reunificación familiar en casos en donde una familia haya sido separada. Esto puede imponer una obligación positiva a un Estado para permitir el ingreso a una persona.

5. Los Estados no pueden detener o expulsar extranjeros a su voluntad. Una expulsión no puede ser ni arbitraria ni discriminatoria. Existen ciertas garantías o estándares de derechos humanos internacionales que deben ser respetadas Por ejemplo, un Estado estaría violando sus responsabilidades internacionales si decidiera expulsar a todas las personas de cierta raza. Las expulsiones y detenciones no deben llevarse a cabo con maltrato o tortura. Debe respetarse el debido proceso. Bajo el derecho internacional, un extranjero tiene el derecho de solicitar la revisión de su decisión de expulsión y de tener representación apropiada.

6. El deber de los Estados de aceptar el retorno de sus nacionales, es generalmente aceptado como norma del derecho internacional consuetudinario. Este deber no está explícitamente mencionado en un

[121] MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS. Ley. Cit. Pág. 53

tratado internacional, pero parte del derecho de los Estados de expulsar extranjeros no deseados. Para que ese derecho sea efectivo, otro Estado tiene que permitir que el individuo ingrese. De forma más lógica, es el Estado de origen quien debe permitir que el extranjero regrese. los gobiernos de países de origen de migrantes indocumentados y las personas cuya solicitud de asilo haya sido rechazada, tienen la responsabilidad de aceptar el retorno y reintegración de esas personas, y no debe penalizar a esas personas a su regreso, sin embargo, para aclarar la obligación, los Estados de retorno y los Estados de origen de forma creciente están celebrando acuerdos bilaterales conocidos como "acuerdos de readmisión"[122]. En la práctica, la obligación de readmitir es a menudo obstaculizada por la falta de documentos de viaje o de identificación.

7. "Un Estado que detiene a un extranjero debe avisarle al individuo de su derecho a contactar a las autoridades consulares de su país de origen. El derecho al acceso consular es bien aceptado en el derecho internacional y está plasmado explícitamente en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Es otro ejemplo de cómo el derecho internacional limita la autoridad de los Estados sobre una persona en su territorio"[123].

Libertad de Movimiento: La libertad de movimiento y residencia dentro de la

[122] MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS. Ley. Cit. Pág. 54.
[123].Ibídem. Ley Cit. Pág. 55

frontera de un Estado aplica únicamente a las personas que se encuentran legalmente dentro del territorio de un Estado, no a migrantes indocumentados o a migrantes en situación irregular.

El derecho de salir de cualquier país, incluyendo el propio, implica el derecho a viajar y a tener acceso a los documentos de viaje apropiados. Bajo el derecho internacional, no existe un derecho correspondiente al ingreso al territorio de otro país. Esto crea una limitación mayor sobre el derecho a la libertad de movimiento, y es un ejemplo de la brecha en el derecho migratorio internacional.

El derecho a la libertad de movimiento y residencia, y la libertad de salir de cualquier país, puede ser restringido en ciertas circunstancias, si estas restricciones:

- “Están señaladas por ley y existen en la legislación nacional – una mera disposición administrativa no es suficiente
- Son consistentes con los otros derechos reconocidos en la Convención. Por ejemplo, si a una persona se le prohíbe el derecho de salir del país únicamente por sus creencias religiosas, esto no sería compatible con el derecho de libertad de religión, a menos que sirva a uno de los propósitos listados en el Artículo 12(3) de la Convención que justifique interferencia con la libertad de movimiento sobre la base de la seguridad nacional, orden público, salud pública o moral, y protección de los derechos y

libertades de otros”[124].

El derecho de ingresar al propio país ha sido sujeto de amplio debate, debido a que el concepto de “propio país” genera temas tales como si la ciudadanía es un requisito. Este derecho incluye a extranjeros y apátridas que tienen fuertes vínculos con un Estado de forma tal que lo perciben como su propio país de origen, por ejemplo, residentes con prolongados períodos de estancia.

4.- MATERIALES Y MÉTODOS

4.1. MATERIALES.

Conforme se estableció desde la fase de proyección, el presente trabajo en lo principal se orienta por la metodología científica de la investigación, y por ello parte del planteamiento de una hipótesis general, así como de un objetivo general y tres específicos en torno a los cuales se ha construido todo un amplio acopio teórico y empírico que permita su contrastación y verificación como requisito indispensable para la validación del presente trabajo.

El presente proceso investigativo se dirige a la observación pormenorizada de la problemática jurídica laboral relacionada con las insuficiencias normativas de nuestro Código del Trabajo en materia de protección de los

[124] MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS Ley. Cit.. Pág. 55

trabajadores inmigrantes que contemplan los instrumentos internacionales, el derecho constitucional ecuatoriano y el derecho positivo laboral.

Luego de desarrollado el proceso investigativo, se ha procedido a la redacción del informe final, contemplando los lineamientos metodológicos idóneos para el efecto, así como la normativa vigente en la Universidad Nacional de Loja, y las instrucciones impartidas para el efecto por el correspondiente instructivo del nivel de Pregrado del Área Jurídica, Social y Administrativa.

4.2. MÉTODOS

La práctica de la investigación científica presupone el concurso de una serie de métodos y técnicas que han permitido el abordaje adecuado de la problemática de investigación y el desarrollo sistemático del conocimiento que permite la comprobación de la hipótesis propuesta así como la verificación de los objetivos planteados.

Por la naturaleza de la presente investigación, ésta en lo principal se acoge al método científico, pues como se puede observar se parte del planteamiento de hipótesis y de un objetivo general y tres específicos, en torno a los cuales se ha desarrollado toda una base teórica, así como el estudio de campo, que han permitido los elementos de juicio necesarios para su contrastación y verificación. La presente investigación es eminentemente jurídica, ya que se concreta en la actividad del Derecho Laboral y su relación con el efecto que genera en la realidad social y jurídica del inmigrante.

Dentro de los métodos que se utilizaron está el método científico que ha permitido abordar los problemas jurídicos que devienen de la normatividad jurídica laboral que regula los derechos y garantías para el trabajador inmigrante; así mismo a partir de la inducción y deducción, del análisis y de la síntesis de cada uno de sus componentes, y la aplicación de método exegético analítico, que fue de singular utilidad en el análisis sistemático de las correspondientes disposiciones.

El método deductivo sirvió específicamente en lo referente al análisis del problema de investigación, a partir de las disposiciones del derecho internacional y del derecho constitucional relacionadas con la problemática de investigación, hasta llegar a aspectos particulares identificados en la normatividad del Código del Trabajo que protege los derechos específicos del inmigrante, así mismo, el método inductivo permitió analizar la problemática de investigación desde asuntos específicos hasta categorías de carácter general. Estos métodos sirvieron de manera especial en la elaboración del discurso teórico de la presente tesis.

Como métodos auxiliares se utilizaron la síntesis y el método descriptivo. El primer método que permitió construir relaciones breves de las diferentes categorías jurídicas del derecho laboral que indispensablemente debían ser tratadas, como en efecto se lo ha hecho, en el presente trabajo. Y el método descriptivo fue de mucha utilidad, en la descripción de los problemas jurídicos y de las realidades relacionadas íntimamente con la problemática que motiva la presente tesis.

Además para el tratamiento de los datos obtenidos en el campo de investigación fueron de singular valía los métodos analítico y sintético, especialmente en lo referente al análisis comparativo de los datos y frecuencias obtenidos a partir de la aplicación del instrumento de investigación, esto es, de la encuesta. Para ilustrar de mejor forma los resultados de la investigación de campo se utilizaron tablas de frecuencias y porcentajes, análisis comparativos y de graficación estadística.

4.3. TÉCNICAS

Dada la naturaleza teórica y fáctica de la presente investigación, se requirió de un complejo proceso de recopilación de elementos conceptuales, doctrinarios, normativos y analíticos, con respecto a la problemática de investigación, para la recolección y organización de los cuales ha sido indispensable la utilización de fichas nemotécnicas y bibliográficas, en las que se ha sistematizado el universo de información recopilada, para ser usada conforme a los requerimientos en el desarrollo del discurso de este trabajo.

Se aplicó también la técnica de la observación del problema en el ámbito de la realidad social del Ecuador, lo que permitió obtener algunos elementos de juicio con respecto a la observación práctica de los derechos constitucionales y legales.

Para la recolección de datos del campo de investigación, se utilizó la técnica de la encuesta, cuyas preguntas se orientaron en función de los criterios requeridos para la contrastación de la hipótesis propuesta y la verificación de los objetivos oportunamente planteados en el Proyecto de Investigación. El formulario de encuesta, oportunamente evaluado y aprobado por el señor director la presente tesis, fue aplicado a una población de treinta personas inmigrantes, que incluyó a juristas, jueces del trabajo y abogados con versación preferente en derecho laboral, todos ellos relacionados con el Distrito Judicial de Loja.

En cuanto a la metodología de presentación del informe final, ésta se rige en general por los lineamientos que determina la metodología de la investigación científica, así como también en el marco de lo que dispone el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, y a las instrucciones específicas que en este campo determina el Área Jurídica, Social y Administrativa, y concretamente la Carrera de Derecho.

5. RESULTADOS.

5.1. Resultado de las Encuestas.

Cómo lo establece el Proyecto de Investigación Jurídica presentada ante la Coordinación de la Carrera de Derecho, y aceptada por la autoridad académica correspondiente, he realizado la aplicación de treinta encuestas a una muestra poblacional abogados en libre ejercicio de la profesión, a personas migrantes que se encuentran radicados en la ciudad de Loja,

luego de un proceso de selección y consulta previa sobre su posibilidad de apoyo a mi trabajo.

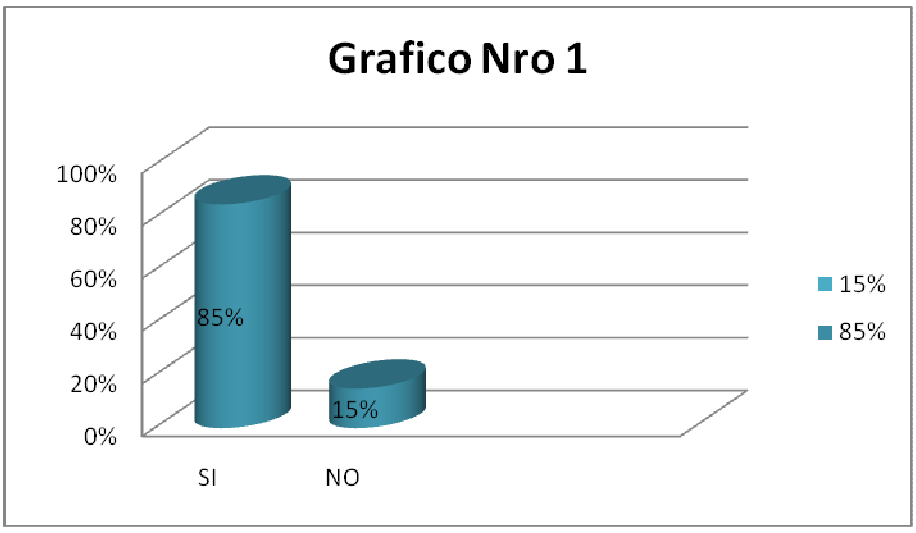
El mecanismo de la encuesta fue operado personalmente, con formularios impresos que contienen cinco preguntas y que se proponen alcanzar respuestas significativas y criterios relevantes con relación a la problemática estudiada.

PRIMERA PREGUNTA: ¿Cree usted que los derechos laborales de los trabajadores extranjeros garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, Instrumentos Internacionales y Legislación Laboral Nacional, están siendo garantizados?

CUADRO No. 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	3	15
NO	27	85
TOTAL	**30**	**100**

Fuente: Profesionales del Derecho.
Autora: Diana Susana Álvarez Tacuri.



Análisis: De 30 de los encuestados 27 personas que corresponde al 85% respondieron que no se están garantizando para nada los derechos que tienen los migrantes en el Ecuador y 3 personas que corresponde al 15% de los encuestados manifestaron que en la Constitución si se cumple las garantías necesarias para que los extranjeros puedan laborar en nuestro país

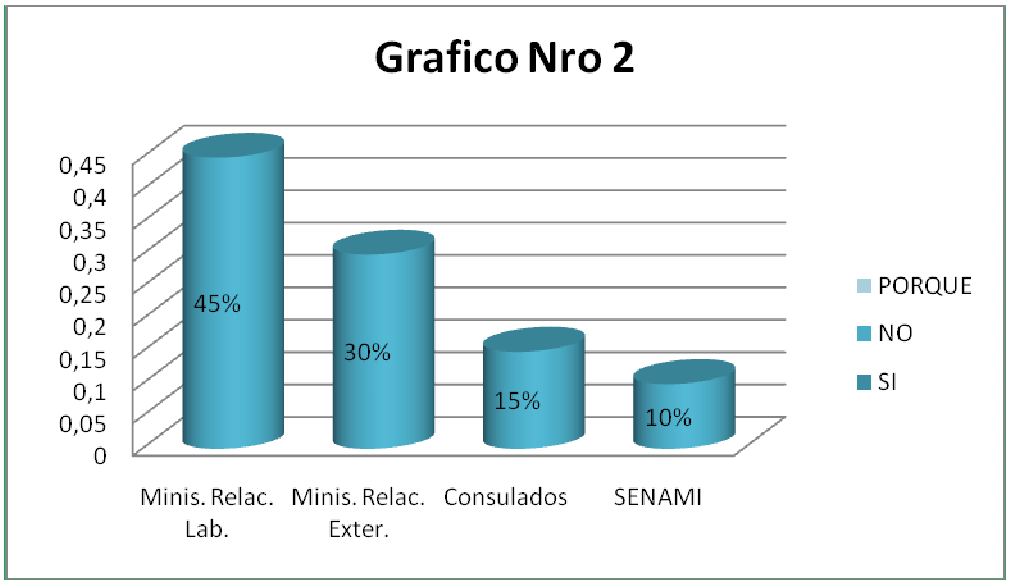
Interpretación: Comparto la opinión de los consultados del no, porque no se cumple estas derechos, porque es necesario y justo que todo migrante a pesar que se encuentre irregular el Estado debe dar las facilidades para que este pueda trabajar libremente. Porque debemos tener presente que cualquiera de nosotros podemos ser migrantes y que no se haga respetar la ley como los Convenios y los Tratados de que todo ser humano tiene derechos en cualquiera parte del mundo que se encuentre.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Podría indicar los organismos encargados de proteger los derechos laborales del trabajador inmigrante en el Ecuador?

CUADRO No. 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Ministerio de Relaciones Laborales	19	45
Ministerio de Relaciones Exteriores	6	30
Consulados	3	15
SENAMI	2	10
TOTAL	**30**	**100**

Fuente: Profesionales del Derecho.
Autora: Diana Susana Álvarez Tacuri.



Análisis: Del grupo de profesionales encuestados 30, que representan 100%, todos opinan que si conocen que existen varios organismos que se encuentran encargados de que los migrantes reclame y exijan el cumplimiento de sus derechos manifiestan que hay el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Relaciones Laborales, Los Consulados, y la Secretaria Nacional del Migrante.

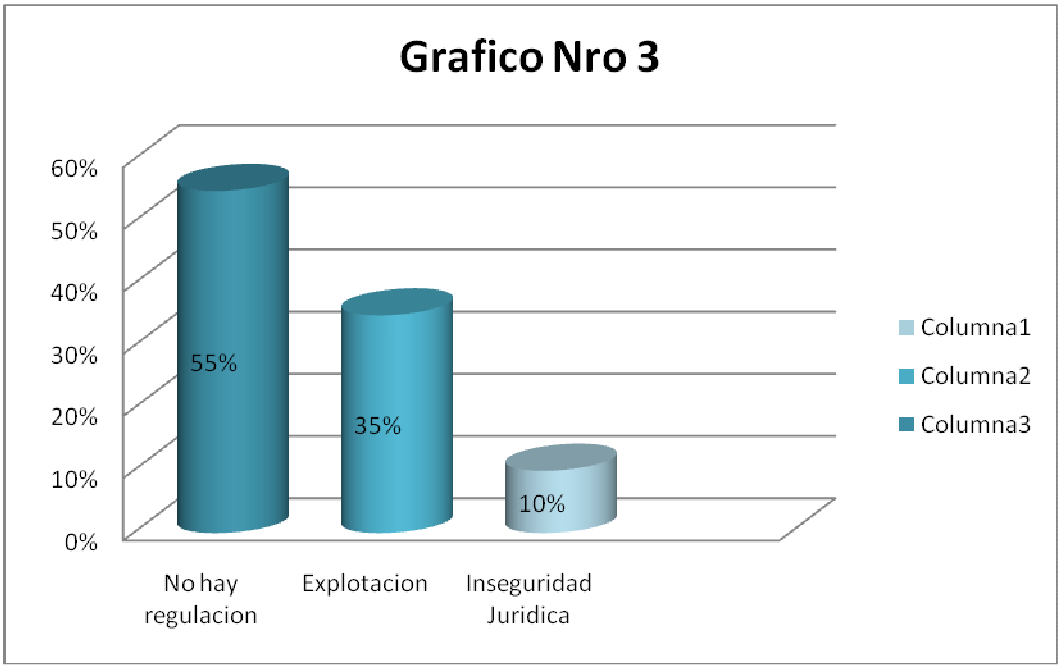
Interpretación: De las respuestas brindadas comparto en el fondo de cada una, al estar de acuerdo porque hay varios organismos encargados hasta la misma Constitución, pero cual de todas estas leyes se las aplica en la realidad se podría decir que casi ninguna; porque no mejorar nuestro Código de Trabajo para por el mismo Organismo puedan ser considerados todos los migrantes y no solo se garanticen sino que se cumpla de inmediato con lo que dispone la ley

TERCERA PREGUNTA: ¿.Qué motivos considera usted para que los trabajadores extranjeros son explotados en sus trabajos por parte de los empleadores ecuatorianos?

CUADRO No. 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No hay regulación	21	55
Explotación	6	35
Inseguridad Jurídica	3	10
TOTAL	**30**	**100**

Fuente: Profesionales del Derecho.
Autora: Diana Susana Álvarez Tacuri.



Análisis: En esta pregunta 21 encuestados que equivalente al 55 % manifestaron que no hay una regulación que proteja que el extranjero sea explotado y maltratado porque la ley mientras se encuentren indocumentados los migrantes aceptaran toda clase de injusticia laboral. En

cambio, 6 personas que representan el 35% manifestaron que en la mayoría de sus trabajos son explotados a mas no poder porque sus empleadores ni si quiera les pagan un seguro de vida mucho menos sus decimos terceros y decimos cuartos que es derecho de cada trabajador recibir anualmente es un trato indignante y los amenazan en deportarlos y votarlos de su lugar de trabajo, y 3 personas que representan el 10% manifiestas que hay demasiada inseguridad jurídica por lo que no existen casos regulares de inmigrantes que demanden explotación laboral.

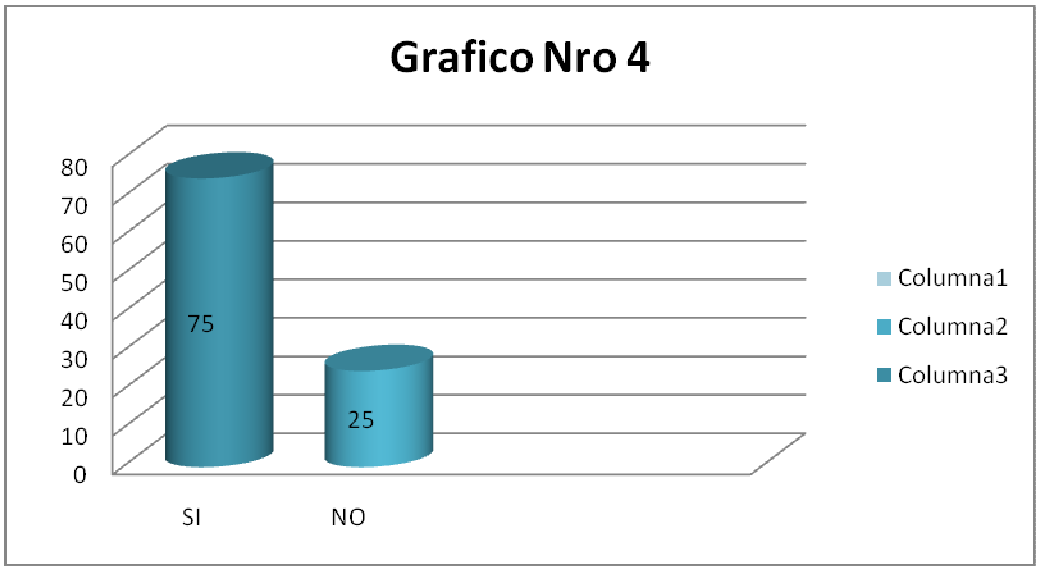
Interpretación: Estos resultados me permiten sostener que la mayoría de empleadores si explotan a los inmigrantes mas a los extranjeros peruanos que son los que mas pude encuestar dicen que viven den un sueldo demasiado bajo y algunos a pesar que se encuentran ya regulados no les pagan el básico por otro lado que la regulación investigue de empresa por empresa lugar por lugar, una inspección de ver si se cumple con lo indispensable para la protección de un inmigrante.

CUARTA PREGUNTA: ¿Conoce usted cuales son lo convenios internacionales y tratados internacionales que amparan al trabajador extranjero?

CUADRO No. 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	35	75
No	5	25
TOTAL	**30**	**100**

Fuente: Profesionales del Derecho.
Autora: Diana Susana Álvarez Tacuri



Análisis: En esta pregunta de los 30 encuestados 25 equivalen al 75%, respondieron que si conocen algunos Convenios encargados que amparan al extranjero ejemplares los que tiene la secretaria Nacional del Migrante pero ellos llevan mas el convenio Perú y España mas no existe otro. Sin embargo cinco encuestados que equivalen al 25%, responden que desconocen si el Ecuador llevan convenios con países vecinos y que suponen deben haber algunos convenios

Interpretación: Comparto las opiniones de la mayoría de encuestados por que en la actualidad en nuestro país La Secretaria Nacional del Migrante si hay convenios entre Ecuador y Perú pero no en todos los países como debería haber, la pregunta ¿porque no hay convenios con Colombia? que es un país vecino y tenemos varios inmigrantes Colombianos en nuestra ciudad y País, ellos también son humanos y deberían tener un Convenio en nuestro país para que se acerquen a reclamar sus derechos, también además hay Cubanos Ingleses y ellos no están mas que en los convenios

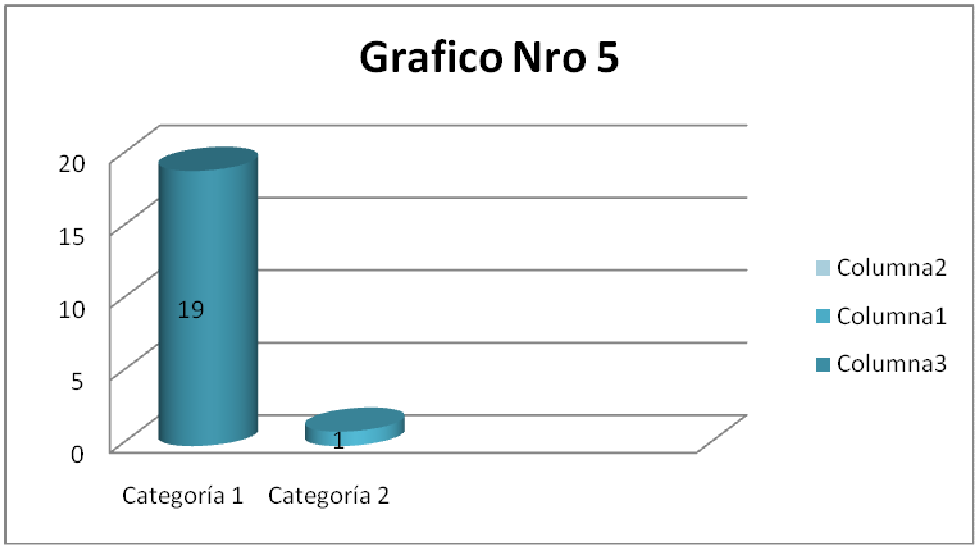
internacionales el Ecuador debe realizar con la mayoría de inmigrantes que radican en nuestro país

QUINTA PREGUNTA: ¿Considera pertinente elaborar una propuesta de reforma legal al Código del Trabajo ecuatoriano que permita garantizar los derechos laborales del trabajador inmigrante?

CUADRO No. 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	29	95
No	1	5
TOTAL	**30**	**100**

Fuente: Profesionales del Derecho.
Autora: Diana Susana Álvarez Tacuri



Análisis: En esta pregunta veintinueve de los encuestados que equivalen al 95% si apoyan la propuesta de reformar el Código del Trabajo; mientras que una personas que corresponden al 5%, no están de acuerdo en reformar la Ley, porque con las penas establecidas actualmente deben seguir siendo

aplicadas para sancionar a los empleadores infractores. Las opciones que interponen los encuestados es de que existan mas mecanismos para ejecutar los derechos de los inmigrantes, que se de una seguridad jurídica a favor de los trabajadores el derecho a la igualdad y la necesidad de hacer cumplir con las garantías de dice la Constitución.

Interpretación: Considero oportuna la opinión de la mayoría en reformar al Código del Trabajo, porque las sanciones impuestas a los responsables del cometimiento por explotación al inmigrantes son muy leves, lo que permite el abuso constante de los infractores, los inmigrantes no pueden acudir a la justicia a exigir lo que de verdad se merecen ya que algunos empleadores utilizando malas mañas logran llegar arreglos judiciales y en otros casos evaden a la administración de justicia.

5.2. RESULTADO DE LAS ENTREVISTAS.

Cómo lo establece el Proyecto de Investigación Jurídica presentada ante la Carrera de Derecho, y aceptada por la autoridad académica correspondiente, he realizado la aplicación de cinco entrevistas a un grupo de selecto de Representantes de Migración y de la Secretaria Nacional del Migrante de Loja; mismos que se han especializado en la rama, ya sea por su experiencia laboral o por sus constantes estudios en la materia, con el objetivo de obtener criterios valederos y pormenorizados. Los conversatorios se realizaron bajo el siguiente bloque de preguntas:

Primera Pregunta: ¿Sabe Ud. cuantos acuerdos bilaterales de trabajo ha celebrado el Ecuador con otros Estados en materia migratoria-laboral?

Respuestas: Los Acuerdos que comúnmente conocen son los que Canje de deuda con España y la de Frontera Perú y existen un bilateral que es el que hay con los Estados Unidos

Comentario: La mayoría de los entrevistados dice que si hay Convenios que están interpretados en la Constitución y ley de Migración y Extranjería, pero en materia migratoria laboral desconocen alguna se dice que hay una Convención Internacional pero hay falencias que hay que corregir.

Segunda Pregunta: ¿Cree usted que la Secretaria Nacional del Migrante brinda el apoyo necesario a la población migrantes establecidos en nuestro país?

Respuestas: De acuerdo con las respuestas obtenidas 3 personas que corresponde a un 60% de entrevistados dicen que si se cumplen ya que si dan información necearía para que los migrantes sepan los pasos a seguir para que se puedan regular en nuestro país. En cambio 2 personas que corresponde al 40% de los entrevistados dicen que no porque deberían implementar programa, proyectos mas servicios que no hay tipicidad en nuestras leyes y dentro de nuestro país y que se permita que la persona inmigrante regularice su documentación no con facilidad si no con agilidad eficacia

Comentario: La Coordinadora de la Secretaria Nacional del Migrante dice que si hay convenios, ¿pero como se analizaba?, anteriormente y los colombianos que radican en nuestra ciudad y país los Cubanos y los Ingleses ellos dice que si hay convenios pero donde están porque en SENAMI solo dan charlas para los peruanos y los que retornan de España no se ha visto que también dan para algunos migrantes que son de diferentes países eso es de analizar e implementar

Tercera Pregunta: Dentro la normativa Nacional e Internacional del trabajador migrante es suficiente para garantizar y proteger al trabajador migrante y su familia?

Respuestas: De las cinco personas entrevistadas 4 que representa el 75% dicen la normativa Nacional de Migrante no es suficiente para garantizar los derechos de los migrantes ya que es algo que tiene estar impregnado en el Código del Trabajo porque es en el ámbito que los migrantes son muchas veces abusados ya que ahí no se hacen cumplir con sus derechos, el simple hecho de estar desprotegidos por ese lado hace que los ecuatorianos en calidad de empleadores abusen de ellos. En Cambio una persona que representa el 25% manifestó que la Normativa de Nacional de Migrantes si es suficiente para garantizar los derechos de los migrantes.

Comentario: Realmente en nuestra constitución se establece como política la equidad de las personas en estado de Movilidad Humana para que estos

gocen de sus derechos del Estado Ecuatoriano, para garantizar que los inmigrantes que se encuentran irregulares no se debe dar sanciones duras sino buscar las soluciones posibles para que tenga una vida digna tanto en lo laboral como lo personal

Cuarta Pregunta: ¿Considera usted que los derechos laborales de los trabajadores inmigrantes en el Ecuador, están siendo garantizados, y respetados por las entidades competentes?

Respuestas: Los 5 entrevistados respondieron que no se garantizan los derechos de los inmigrantes en el Código Laboral de Trabajo se debería realizar una reforma e incrementar los derechos que se encuentran en los estatutos internacionales para que lay ley se haga ver y se de garantía a los inmigrantes no solo peruanos sino de todos los países que se encuentran radicados en el Ecuador.

Comentario: Se podría decir que no se garantiza en su totalidad por falta de eficacia en la reforma de las nuevas leyes Laborales, ya que los Convenios no se han respetado los inmigrantes se encuentran en un Estado de vulnerabilidad laboral, nadie los contrata si su documentación no esta en regla ahí empieza ya a no garantizarse el derecho al trabajo

Quinta Pregunta: ¿Cree Ud. que sería importante tomar medidas para garantizar los derechos laborales del trabajador migrante? Puede indicar algunas de ellas?

Respuestas: Todos los cinco entrevistados que representa el 100%, indican que se debería realizar una reforma jurídica inmediata para que los inmigrantes no se encuentre desamparados a pesar de encontrarse irregulares en nuestro país que se, buscar las Normas y Convenios Internacionales y de sacar el estrato principal para acoplarlo al Código del Trabajo e ahí se empezaría a dar por hacer vales los derechos de los inmigrante en nuestro País

Comentario: La primera medida se debería empezar con un proceso exhaustivo de regulación de las personas residentes que se radican en el Ecuador y que son de diferentes Estados; también una implementación de mayor difusión en los medios de comunicación, campañas de sensibilidad e información, presentar una reformar para el trabajador migrante, celeridad y eficacia en la protección de los trabajadores migrantes etc.

Sexta Pregunta: Cree usted que pese a existir norma Constitucional e Instrumento Andino de Migración Laboral que establece la igualdad de derechos para nacionales y extranjeros en el campo laboral, estos derechos del trabajador extranjero son vulnerados?

Respuestas: El Instrumento Andino de Migración laboral si existe pero no abarca temas como la protección de los inmigrantes en el ámbito laboral ni de sus derechos cuando se encuentre irregulares en nuestro país no existe un lugar donde puedan acercarse y reclamar sus injusticias en la ciudad de Loja hay pocos casos de explotación en el caso de inmigrantes por que no

denuncian porque tiene miedo de que los deporten a su País y eso hace que el abuso crezca en nuestro país y ciudad

Comentario: En un 90% los inmigrantes son vulnerados por el simple hechos de ser extranjeros pero ¿porque se da esto? por el miedo de la persona extranjera de acercarse a reclamar la explotación que recibe y no se aplica el concepto de libre Movilidad Humana

5.3. ESTUDIO DE CASOS.

Caso. No. 1.

1. Datos Referenciales.

Expediente: 660-2010

Delito: Reclamación pago.

Infractor: Francisco Gilberto Estrada.

Agraviado: El Sr. Ermel Campoverde Morocho de nacionalidad peruana.

Conoce el Dr. Felipe Solano Inspectoría del Trabajo.

2. Antecedentes:

El señor Ermel Campoverde Morocho, de 36 años de edad, nacionalidad peruana con DNI: Nro. 43962472, domiciliado en la vecindad del Cantón Macara, comparece ante el Inspector del Trabajo y en su reclamación laboral solicita se digne a extender la protección respectiva en defensa de sus

derechos laborales, los mismos que han sido violentados en este país por su ex empleador.

Sucede señor Inspector que desde el 04 de mayo del año 1990 he venido prestando mis servicios lícitos y personales a ordenes y bajo dependencia del señor Francisco Gilberto Estrada Castillo, desempeñando varias actividades agrícolas y ganaderas, hasta el mes de noviembre del año 2008, ininterrumpidamente , con una solo interrupción de siete meses desde el mes de septiembre de 1996 a abril de 1997 en que sufrí un accidente de trabajo viviendo de ordeñar las vacas de la finca de la propiedad del señor Estrada en compañía de su señor hijo, quedando inconsciente y despertándome en el Hospital Isidro Ayora de Loja a los cuatro días, a mi regreso a macara no espeto la licencia medica, por lo que tuve que irme a mi país a recuperarme, sin que me haya prestado la ayuda necesaria ni haber respondido por min recuperación, luego a mi regreso a Ecuador, nuevamente me pidió que me incorpore a seguir trabajando ofreciéndome pagar y cumplir con las remuneraciones de ley, sin embargo venían percibiendo una remuneración de aquel entonces en sucres la cantidad de veinticinco mil sucres y luego posteriormente, ya en periodo de dolarización, me pagaba la cantidad de veinticinco dólares semanales hasta el año 2006 y desde el uno de enero del 2007 la cantidad de treinta dólares semanales hasta el mes de noviembre del 2008, en el que fui despedido intempestivamente , por haberle reclamado que me pague los salarios que según la ,legislación ecuatoriana reconoce a los trabajadores, situación que

me pudo en desventaja frente a mi empleador por mi situación de irregular, por lo que me vi indefenso como para iniciar las acciones legales correspondientes.

Posteriormente y hasta la fecha he venido insistiendo en que se me reconozca por lo menos el trabajo extraordinario, pero no he recibido respuesta favorable a mi justo pedido.

Con esto que antecede y amparo al Convenio Internacional entre Ecuador y Perú y Art. 11 numerales 2, 7, 326, numerales 2 y 4 de la Constitución de la República del Ecuador y el Art. 188 y 185 del Código del Trabajo, solicito su orden de practicar la liquidación que me corresponde, con observancia que jamás se pago las remuneraciones que corresponde a los decimos terceros y cuartos sueldo y las vacaciones durante todo el tiempo que he venido trabajando esto es por el espacio de dieciocho años.

La cuantía la fijo en diez mil dólares norteamericanos.

Al señor Francisco Gilberto Estrada, se lo notificara con copia de esta solicitud, en su domicilio ubicado en la ciudad de M acara en el barrio 22 de septiembre junto al Estadio de Macara, para el efecto se designara comisionar al señor comisario Nacional de Policía del dicho Cantón debiendo enviar suficiente despacho, y señalando la fecha para la audiencia de conciliación, dada mi situación precaria y de extrema pobreza

Yo señalo casillero judicial Nro. 180 y autorizo a la Dra. Blanca Morocho Riofrío para que en lo posterior se firme los escritos necesarios hasta el fin

del presente asunto, no siendo mi ánimo de litigar, sino de que se me haga justicia.

3.- Resolución:

El demandado señor Francisco Gilberto Estrada, en su contestación señala que en la maliciosa denuncia presentada en su contra por el señor de nacionalidad peruana, Ermel Campoverde Morocho, a su autoridad manifiesto:

Que en la audiencia que se efectuara el día siete de enero del 2011 en su despacho, autorizo a expresamente al Dr. Ángel Maza López, abogado que conmigo suscribe para que lo represente hasta la culminación del presente asunto. Notificaciones que me correspondientes recibiré en la casilla judicial Nro. 916, del Distrito Judicial de Loja.

No simple y llanamente los fundamentos de hecho y de derecho de la acción y propuesta. La misma debe ser rechazada por improcedente, el denunciante no tiene derecho de proponer la denuncia como la ha hecho. Lo afirmado lo demostrare en juicio de ser necesario.

4.- Comentario:

En este caso ante todo debería existir un pago obligatorio de sus decimos tercero y cuarto y sus horas extras pero de acuerdo con la tabla salariales proporcional que se lo hace cada año porque los valores varían cada año y porque el señor empleador no lo aseguro en el IESS, esto es un ejemplo de una explotación al inmigrante solo darse cuenta cuantos años ha estado

vulnerados sus derechos en forma y el empleador en su defensa dice que el trabajador actúa de una manera maliciosa

CASO No. 2.

1. Datos Referenciales.

Expediente: 035-2010

Delito: Incumplimiento de salario

Infractor: Adriana Lara Galarza y Laura Galarza,

Agraviado: Genara Naira Palacios de nacionalidad peruana.

Conoce: Señor Juez Juzgado Segundo Provincial del Trabajo

SEÑOR JUEZ JUZGADO SEGUNDO PROVINCIAL DE TRABAJO

Genara Naira Palacios, de nacionalidad peruana, de 27 años de edad, con DNI Nro. 439438202, de ocupación empleada domestica, de estado civil sotera, domiciliada en el barrio las peñas, en la AV. Los Paltas y la calle Tente. Maximiliano Rodríguez, de esta ciudad de Loja, se dirige al Juez Segundo del Trabajo y manifiesto lo siguiente:

PRMERO.- La presente demanda va dirigida contra de sus ex empleadora, la señora Doctora Adriana Lara Galarza, por sus propios derechos y por los interese tienen un almacén de calzado denominado “CELLINI Italy” domiciliada en las calles Catamayo y Romerillos de la ciudadela la Pradera de esta cuidad de Loja; y a la señora Laura Galarza, en calidad e propietaria del almacén de calzado mencionado.

SEGUNDO.- LOS FUNDAMENTO DE HECHO Y DERECHO SON.- Mediante contrato verbal e trabajo presto sus servicios lícitos y personales para la Doctora Adriana Lara Galarza, desde el 5 de junio del año 2008 hasta el 5 de julio del año 2009, en calidad de empleada domestica, en su casa de habitación en la dirección antes anotada , a partir de esta fecha hasta el 5 de marzo del año 2011, me contrato para laborar en el almacén de calzado denominado “CELLINI Italy” en donde realizaba labores de venta al publico y atención al público.

TERCERO.- El horario de trabajo se enmarcaba de la siguiente manera, cuando cumplía su labor de empleada domestica puertas adentro, ya que es de nacionalidad peruana y no tenia familiares en esta ciudad: desde las 06h:00 hasta las 21h:00, durante un año que trabajó en calidad de empleada en general, para la atención al publico y venta de calzado, cumplía el horario desde 09h:00 hasta las 20:h00, esta labor la realizaba de lunes a sábado ya que el domingo trabajaba medio día esto incluyendo los días a que se refiere el articulo 65 del Código del Trabajo en actual vigencia, horario que se mantuvo hasta el día 5 del marzo del 2011, fecha en la que decidió dejar de laborar porque su empleadora jamás le cancelo sus haberes como la ley prevé.

CUARTO.- El salario era cuando trabajaba como empleada domestica de 100.00 dólares mensuales durante seis meses, luego le cancelaba 120.00 dólares durante un año que laboro. Cuando cumplía las funciones de

empleada de almacén de calzado, desde inicio recibió la cantidad de 120.000 luego de cuatro meses le cancelaba la cantidad de 160.00 sin haberle cancelado jamás lo que manifiesta el Código de Trabajo, incluido el pago de afiliación al Seguro Social, el salario que le cancelaba esta en contradicción con las tablas salariales aprobadas por la autoridad respectiva, aclarando que en ningún momento le pago ningún beneficio de ley , beneficios que para ella fueron letra muerta, a pesar de que los derechos laborales son irrenunciables e imprescriptibles ;etc.

QUINTO.- Con estos antecedentes fundamentándose en la Constitución vigente y en los 8, 69, 188, 196 y el capitulo VI: " De los salarios de las Utilidades y de las bonificaciones adicionales del Código del Trabajo en actual vigencia, concurre ante su autoridad y demanda en juicio -oral laboral a la señora la Doctora Adriana Lara Galarza, por sus propios derechos y por los intereses tienen un almacén de calzado denominado "CELLINI Italy" y a la señora Laura Galarza, en calidad de propietaria el almacén de calzado, para que en sentencia se les condene al pago de las siguientes rubros.

1. Pago de decimo tercero sueldo por todo el tiempo que duro la relación laboral.
2. Pago de decimo cuarto sueldo por todo el tiempo de relación laboral.
3. Los valores correspondientes a las horas extraordinarias y suplementarias que ha trabajado durante todo el tiempo que duro la relación laboral en la venta de calzado

4. Al pago de las bonificaciones por desahucio conforme a lo que determina al Art. 196
5. Las diferencias salariales de conformidad con la ley.
6. El pago de los intereses y los valores que se manda a pagar en sentencia respectiva, inclusive hasta el monto de la ejecución y pago definitivo de conformidad lo perpetuado con la ley de la materia.
7. Fondos de reserva de todo el tiempo de labores en el a cargo del inciso tercero del art. 202 del Código del Trabajo.
8. Pago de utilidades
9. Pago de vacaciones
10. Pago de horas de nocturnidad de acuerdo a lo que manifiesta el Art. 49 del Código del Trabajo.
11. Pago aporte al IESS, por todo el tiempo laborado.
12. Costas procesales.

SEXTO.- La cuantía la fijo en Siete Mil Ochocientos Dólares Americanos

SEPTIMO.- El trámite es procedimiento oral.

OCTAVO.- A su ex empleadora la señora Adriana Lara Galarza se la citara con la presente demanda, en su domicilio en las calles Catamayo y Romerillos de la ciudadela la Pradera de esta cuidad de Loja, sin perjuicio de que sea citada en su domicilio laboral esto es en el Ilustre Municipio de Loja cuyas oficinas se encuentran ubicadas en la intersección de las calles Bolívar y José Antonio Eguiguren de esta cuidad de Loja.

Posteriores notificaciones recibirá en el casillero judicial Nro. 254 de la Dra. Soraya Vásquez Defensora Pública, abogada que suscribe conmigo, a quien autorizo expresamente, para que a su nombre y representación formule las peticiones que sean necesarias en su defensa, hasta la culminación del presente asunto.

SEÑORJUEZ JUZGADO SEGUNDO PROVINCIAL DE TRABAJO

Genara Naira Palacios, en el juicio oral por pago de prestaciones e indemnizaciones laborales, que sostengo en contra de las señoras Adriana Lara Galarza y Laura Galarza, a su autoridad muy respetuosamente, me permito manifestar:

Dando cumplimiento a lo ordenado en auto de fecha 3 de mayo, me permito manifestar; Señor juez que la demanda va dirigido en contra de las señoras Adriana Lara Galarza y Laura Galarza, en su calidad de codemandadas y por sus propios derechos.

Debidamente autorizada, firmo con su abogada posteriormente e las notificaciones al casillero Nro. 1262 de la Dra. Soraya Vásquez

Dígnese a atenderme

JUZGADO SEGUNDO DE TRABAJO DE LOJA. Loja, miércoles 4 de mayo del 2011 las 16:00 VISTOS.- Una vez que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en providencia anterior, la demanda que antecede propuesta por la señora Genara Naira palacios dirigida en contra de las señoras Adriana Lara Galarza y Laura Galarza, en su calidad de codemandadas; y por sus propios derechos; se estima clara y completa y por reunir los requisitos de

ley, se acepta a tramite oral, que le corresponda conforme a o dispuesto en el Art. 575 del Código del Trabajo, en consecuencia se dispone a citar al demandado, con el contenido de esta demandada y auto calificación de la misma. Pase dispone el inciso Segundo del Art. 576 del Código del Trabajo, se cite a la señoras Adriana Lara Galarza y Laura Galarza; en el domicilio que se indica, con el contenido de la demanda de este auto, previniéndole la obligación que tiene que señalar camillero judicial para las notificaciones de ley..- Señálese para el día Diecisiete de Junio del año Dos Mil Once, a las catorce horas treinta minutos, como día y hora para que se lleve acabo la AUDIENCIA PRELIMINAR DE CONCILIACION CONTESTACION diligencia que la comparecerán las partes, en forma personal o sus abogados defensores debidamente. LA DEMANDA Y FORMULACION DE PRUEBAS, acreditados con poder que tengan inclusive la clausula especial para transigir si fuera el caso. Téngase en cuenta la cuantía de la acción fijada por la compareciente, así como el casillero judicial señalado y la autorización que le concede a la abogada.

AUDIENCIA PRELIMINAR

En la cuidad de Loja, el día de hoy diecisiete de junio del año dos mil once a las catorce horas treinta minutos.- Ante el Dr. Adriano Lojan Zumba, Juez Segundo de Trabajo de Loja y con la actuación del Secretario Dr. Boris Alejandro Zúñiga siendo el día y la hora señalada para que se lleve efecto la AUDIENCIA PREMILINAR DE CONCILIACION, CONTESTACION A LA DEMANDA Y LA FORMULACION DE PRUEBAS, Comparecen la actora

señora Genara Neira Palacios acompañada de su abogada defensora la Dra. Soraya Vásquez y la señora y Laura Galarza acompañada de su abogada defensora la Dra. Adriana Lara y esta por sus propios derechos; por lo que señor juez en cumplimiento al Art. 576 del Código de Trabajo, invoca a las partes para ala posibilidad de llegar un acuerdo conciliatorio que permitiere dar por terminado el litis en esta audiencia; insinuación que no es aceptada por los concurrentes, por lo que se concede la palabra a la parte DEMANDADA, a fin de que de CONTESTACION A LA DEMANDA, por lo que la demandada a través de su abogada defensora dice: por mis propios derechos Señor Juez presento por escrito la contestación a la demanda. Acto seguido señor juez dispone que se incorpore al proceso y copias del mismo sea entregado a la parte demandada Seguidamente se le concede la palabra a la parte ACTORA, con el OBJETO DE QUE FORMULE SUS PRUEBAS, por lo que la parte actora a través de su abogada defensora dice: Señor Juez presento por escrito la FORMULACION DE PRUEBAS, acto seguido señor Juez Dispone se incorpore al proceso y copia del mismo sea entregado a la parte demandada.- DESPACHANDO LAS PRUEBAS DE PARTE ACTORA, se dispone lo siguiente UNO.- Téngase reproducido lo expuesto el original primero, segundo, tercer y cuarto del escrito de prueba que se despacha. DOS.- El día y la hora de la audiencia definitiva de prueba recíbase la declaración de los Señores Gina Yaneth Pauta Calderón. Edilberto Mego Mego y Blanca Luz Alberca Pintado, quienes declaran de conformidad al interrogatorio que oportunamente debe formular la actora por intermedió de su abogada defensora. Par efecto

notifíquese a dichos testigos en la casilla judicial de la actora TRES.- El día y la hora de la audiencia definitiva de prueba se rinda juramento diferido la actora.- CUARTO En el día y la hora de la audiencia definitiva de la prueba rinda confección judicial en forma personal en este proceso la señora y Laura Galarza acompañada de su abogada defensora la Dra. Adriana Lara, de conformidad al pliego de posiciones que oportunamente deber formular la actora por intermedio de su defensora CINCO.- De ser el caso en el momento procesal oportuno repregúntese a los testigos de la parte demandada. SEIS.- Que en le termino de diez días a partir de las fechas demandadas presente al juzgado los documentos requeridos por la parte actora en el ordinal noveno. SIETE.- Téngase en cuenta la impugnación que se hace a prueba que presente la demandada. OCHO.- Ofíciese al Director de IESS a efecto de que conceda la certificación requerida en e ordinal decimo primero. Seguidamente se le concede la palabra a la parte demandada, con el OBJETO DE QUE SE FORMULE SUS PRUEBAS, por lo que las demás demandas a través de su abogada defensora dice: Señor Juez presento por escrito la FORMULACION DE PRUEBAS, acto seguido señor Juez Dispone se incorpore al proceso y copia del mismo sea entregado a la parte demandada.- DESPACHANDO LAS PRUEBAS DE PARTE DEMANDADA, se dispone lo siguiente UNO.- Téngase por reproducido todos cuanto de autos favorezca a la parte demandada DOS.- Téngase en cuenta la impugnación y tacha que sea de la parte actor, por la razón indicada en el ordinal segundo. TRES.- Téngase en cuenta la tacha que se hace a los testigos de la parte actora, por la razón indicada en el

ordinal tercero. CUARTO.- Agregase al proceso y téngase producido a favor de la parte demandada el documento a que se refiere en el ordinal cuarto. QUINTO.- En el día y la hora de la audiencia definitiva de prueba recíbase la declaración de los señores: Alexander Jonathan Vargas, Dra. Jacinta Natividad Márquez López Y el señor, Marco Luis Salazar, quienes declaran de conformidad al interrogatorio que oportunamente deberá formular la parte demandada. Para efecto notifíquese a dichos testigos en la casilla judicial de la demandada. SEIS.- El día y la hora de la audiencia definitiva de prueba repregúntese a los testigos de la parte actora, por intermedio de la abogada de la parte demandada. SIETE.- El día y la hora de la audiencia definitiva de prueba, en forma personal se rinda confección judicial en este proceso la señora Genara Naira Palacios absolviendo al pliego de posiciones que oportunamente deber formular la parte demandada por intermedio de su abogada defensora. OCHO.- En el termino de diez días a partir de las fechas demandada presente al juzgado los documentos requeridos por la parte demandada en el ordinal octavo. De conformidad del Art.580 del Código de Trabajo. Se convoca a las partes LA AUDIENCIA DEFINITIVA DE PRUEBA, la que se llevara a efecto el día tres de enero del año dos mil doce, a las 14h:30.- En este estado solicita los palabra de la parte actora para indicar que la propuesta extra procesal que le realizado la parte demandada que acepta. Por lo tanto el Señor Juez, concede la palabra a la parte DEMANDADA para que exponga la propuesta extra procesal a la que se acordar con la parte actora, por lo que concedida que le fuere dice: Planteo como propuesta la entrega de 1500.00 USA a la actora Genara Naira

Palacios, el día 20 de junio del 2011, de igual manera en efectivo hacer llegar a este juzgado para que sean entregados en forma inmediata a la actora. En igual forma pido sentencia para que sea archivado el presente juicio.- Con la propuesta anunciada por la parte demandada, se corre traslado de la parte actora, para que se pronuncie en forma principal, por lo que la parte actora atreves de su abogada defensora dice: En relación a la propuesta realizada por la Dra. Adriana Lara, mi defendida la señora Genara Naira Palacios, acepta la proposición realizada, solicita quien la misma elevada la sentencia.

3.- Resolución:

El juzgado por su parte por considerar procedente dicho acuerdo y por no perjudicar los intereses del trabajador, al permitirle recibirse de forma directa lo derechos indemnizatorios que considere tenerlos recibidos de conformidad al Art. 576 del Código de Trabajó, ADMINISTRATIVO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DE ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, acepta acuerdos en los términos que conste en el acta que antecede .- Reservándose el derecho para en caso de incumplimiento la sentencia en los términos previstos en el Art. 488 del Código del Procedimiento Civil, Una vez que cancele en su totalidad el valor ofrecido la parte demandada y sea entregado a la parte actora se declara extinguida la obligación de la solución pago en efectivo y la causa será archivada.- Siendo la quince diez minutos se da por concluida la presente diligencia.-

Leída que fue el contenido e la presente acta por encontrarse presentes se les entrega personalmente y estas se afirman y se ratifican en el contenido de las mismas y para Constancia se firma conjuntamente con el señor juez infrascrito SECRETARIO.-

4.- Comentario: En el segundo caso la persona inmigrante demanda reclama lo justo a pesar de que llegan a un acuerdo me parece la remuneración es demasiado baja porque tabulando en las tablas salariales le corresponde lo legal y eso en el juzgado deben hacerlo cumplir pero este tipo de injusticia no solo sucede en el caso de Genara cuantos inmigrantes en el país están siendo explotados por sus empleadores eso se debe cambiar en nuestro Código del Trabajo. La protección de los trabajadores inmigrantes no puede estar escrita y no cumplirlos en la práctica jurídica.

6.- DISCUSIÓN DE RESULTADOS

6.1. Verificación de Objetivos

El objetivo general y los específicos que fueron planteados para ser verificados a través del presente proceso investigativo, fueron los siguientes:

6.1.1. Objetivo General

Realizar un estudio jurídico, doctrinario y analítico de los derechos laborales de los trabajadores extranjeros garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, Instrumentos Internacionales y Legislación Laboral Nacional.

Verificación: La amplia base teórica que comprende el presente estudio, así como la realización del trabajo de campo, y la observación sistemática del problema de investigación en la realidad ecuatoriana, han permitido determinar que los factores causales explicativos que inciden en el incumplimiento de los derechos laborales del inmigrante extranjero, son esencialmente los siguientes: a) Falta de fuerza coercitiva de las disposiciones del Código del Trabajo de modo que obliguen al empleador a observar los derechos especiales que asisten a la trabajador inmigrante; b) La falta de mecanismos de inspección y control de parte de las autoridades administrativas del trabajo; y, c) La falta de una cultura jurídica de parte de empleadores y trabajadoras que induce al irrespeto de los derechos obreros, por un lado, y a la falta de exigencia y de denuncia por el otro. De esta manera se determina que el objetivo general del presente estudio ha sido debidamente alcanzado.

6.1.2. Objetivos Específicos:

6.2.1. Establecer los motivos por los cuales los trabajadores extranjeros son explotados en sus trabajos por parte de los empleadores ecuatorianos.

Verificación.- A través del estudio que se realiza en el campo de los principios del derecho del trabajo, así como en el contexto de los derechos que reconoce el ordenamiento jurídico internacional manifestado a través de la Convención Internacional de Migración y Extranjería y específicamente

sobre los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, así como en relación con lo expuesto en el marco jurídico doctrinario en cuanto a derechos constitucional del inmigrante y su familia ni de las normas secundarias del Código del Trabajo, se ha logrado establecer un estudio del derecho a la protección del extranjero en su lugar de trabajo. Por ello, se determina que este objetivo específico también ha sido debidamente alcanzado.

6.2.2. Conocer los organismos encargados de proteger los derechos laborales del trabajador inmigrante en el Ecuador.

Verificación.- Este objetivo específico se verifica en cuanto del estudio pormenorizado de la problemática de investigación realizado en el marco jurídico en cuantos Convenios existen en nuestro país y en lo Internacional los trabajadores inmigrantes desconocen totalmente la existencia de tales organismos que protegen sus derechos y beneficios que la ley los prevé en caso de ser inmigrantes

6.2.3. Presentar una propuesta de reforma legal al Código del Trabajo ecuatoriano que permita garantizar los derechos laborales del trabajador inmigrante.

Verificación.- Este objetivo específico se cumple con la elaboración del Proyecto de Reforma al Código del Trabajo, que consta en la parte final de la presente tesis.

6.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis principal planteada para ser verificada a través del presente proceso investigativo, estuvo estructurada en los siguientes términos:

“Los derechos laborales de los trabajadores inmigrantes en el Ecuador, no están siendo garantizados, ni cumplidos por las entidades competentes, pese a existir norma Constitucional e Instrumento Andino de Migración Laboral que establece la igualdad de derechos para nacionales y extranjeros en el campo laboral, estos derechos humanos del trabajador extranjero al no ser efectivizado vulneran su condición de inmigrante.”

Para contrastar esta hipótesis es preciso remitirnos a los siguientes fundamentos obtenidos del desarrollo de la presente investigación:

a) El presente estudio permite determinar que el inmigrante, como sujeto en condición de riesgo y por ende como miembro de un grupo de alta vulnerabilidad y sensibilidad social, requiere protección especial en todos los ámbitos de su existencia, y de manera especial, por razones obvias, en el ámbito del trabajo, de allí que los instrumentos internacionales, la Constitución de la República y el Código del Trabajo, reconocer ciertos derechos especiales para el inmigrante y ciertos atributos específicos como la integridad física y psicológica, la salud, etc., Sin embargo, el ejercicio de estos derechos implica ciertas desventajas para el

empleador, que en forma frecuente tiende a eludir de diversas formas la aplicación de tales garantías.

b) La observación de los derechos del trabajador en estado ilegal, puede implicar cierto detrimento económico para el empleador, por lo que en muchos casos se determina como requisito de admisión para postular a un puesto de trabajo en la empresa privada, la regulación del inmigrante en el País lo que significa un grave atropello a los derechos así como de su derecho al trabajo, el que muchas veces queda en la impunidad por la es casa cultura jurídica del trabajador, y por la falta de control y asistencia de los órganos administrativos de protección de los derechos del trabajador.

c) El trabajo de campo, a través de los datos recabados de parte de encuestados y entrevistados ha permitido establecer que los empleadores, con mayor frecuencia en el ámbito privado, no cumplen con los derechos especiales que corresponden a la trabajador inmigrante de manera que en muchos casos se produce despido intempestivo, frente a lo cual no existen los mecanismos coercitivos en la ley, que a través de la aplicación de graves sanciones, obliguen al empleador a cumplir con los derechos especiales del trabajador inmigrante en dichas condiciones.

Con los antecedentes anotados se puede establecer el carácter de verdadera de la hipótesis central propuesta para la elaboración de la presente investigación.

6.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Conforme se ha visto en la presente investigación, el trabajo constituye una actividad esencial de la personalidad humana que le permite proveerse de los bienes y servicios necesarios, para sobrevivir y satisfacer sus necesidades y las de los suyos, así como también para cumplir su rol en beneficio de la convivencia y el desarrollo social. El trabajo es la actividad primordial del hombre, y así lo ha sido a través de todos los tiempos.

Sin embargo, en el ámbito de las relaciones de trabajo es menester que el Estado a través del derecho del trabajo, que tiene una profunda raigambre social, vele de la más estricta posible en torno a la realización plena de los derechos de los sujetos involucrados en aquella, y de manera especial de los trabajadores, que son la parte más vulnerable en el espectro de dichos vínculos humanos y económicos, contemplando las realidades específicas de los obreros, y en especial de los sujetos en condición de vulnerabilidad, como es por ejemplo el de adultos mayores, de personas con capacidades especiales, entre otros. Debe destacarse, que para efectos de este trabajo nos preocupa especialmente el cumplimiento de los derechos del inmigrante en el ámbito del trabajo.

Con respecto al mencionado tópico ha sido una preocupación de los legisladores de todos los países, la creación de derechos especiales referentes a la explotación y abuso del inmigrante, es por ello que se han creado instrumentos de carácter internacional, como es el caso del Instrumento Andino de Migración.

7.- CONCLUSIONES

El proceso sistemático de desarrollo del presente estudio, me ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

Primera

El trabajo consiste en toda actividad que realiza el ser humano para producir bienes o servicios, que pueden dirigirse en su propio beneficio o en el de sus semejantes, permitiéndole obtener una remuneración económica que a su vez le posibilite la satisfacción de sus necesidades del inmigrante y las de su familia. El trabajo como actividad que implica el desarrollo de procesos cognitivos, volitivos y motrices, ha sido un aspecto fundamental en la evolución del ser humano.

Segunda

Los inmigrantes siempre ha sido explotados no solo en nuestro País si no en el mundo entero que por ser ilegales o pertenecer a otro Estado son presa fácil de la explotación tanto en los ámbitos del convivir social y por ende en el trabajo, solamente en las últimas décadas el derecho Internacional y el derecho constitucional se orientan a garantizar la igualdad de acceso al trabajo para hombres y mujeres inmigrantes, es tal el hecho que el empleador no asegura a sus trabajadores y hoy con la nuevas reformas es obligatorio asegurar al trabajador sea inmigrante o no, tiene que tener el Seguro Social .

Tercera

En la Convención Internacional de Migración y Extranjería establece ciertas garantías que reconocen los derechos especiales que asisten al inmigrante y su familia, del empleador y del sistema de seguridad social. Estos derechos especiales se encuentran plenamente reconocidos en el ordenamiento constitucional Ecuatoriano, y en la legislación secundaria del trabajo.

Cuarta

El Código del Trabajo del Ecuador, reconoce derechos especiales para el inmigrante, como la prohibición de despido o desahucio sin causa sin embargo, existen notorias limitaciones en cuanto a la regulación de las sanciones aplicables en caso de inobservancia de tales derechos por parte de los empleadores.

Quinta

Del estudio de casos realizado en la presente investigación, se puede determinar que es una costumbre inveterada de los empleadores la afectación de los derechos del inmigrante esto merced a los vacíos que presenta la ley, y que han sido debidamente analizados en estudio, que permite una relativa impunidad y facilidad para que los empleadores puedan vulnerar los derechos especiales que asisten a la trabajador.

Sexta

Los datos recabados en el trabajo de campo permiten establecer que los abogados en libre ejercicio encuestados, así como los juristas, jueces del trabajo, inspectores del trabajo y abogados laboristas entrevistados, consideran que existen limitaciones de la legislación laboral del Ecuador para proteger en forma idónea los derechos del trabajador inmigrante y por tanto estiman que es indispensable realizar reformas especialmente en lo referente al marco sancionador de los empleadores que inobserven tales garantías.

8.- RECOMENDACIONES

Tomando en consideración las conclusiones expuestas, me permito exponer las siguientes recomendaciones:

Primera

Recomiendo al Gobierno Nacional, establecer un amplio proyecto de monitoreo y control sobre el cumplimiento irrestricto de los derechos especiales que corresponden a los grupos de atención prioritaria, y de manera especial en cuanto a los derechos específicos que asisten a los trabajadores inmigrantes a en el ámbito del trabajo, esto como una forma de generar conciencia social sobre la necesidad de asegurar la absoluta inmanencia de tales derechos de esencial importancia para el bienestar, la integridad y la salud de los trabajadores extranjeros y de su familia.

Segunda

Sugiero al Ministerio de Relaciones Laborales y los inspectores de Trabajo y Recursos Humanos que se implemente a la brevedad posible una gran campaña nacional de difusión de los derechos de inmigrantes sus derechos en el trabajo, y en lo concerniente a como pueden reclamar y donde se pueden acercar sin ningún miedo a reclamar sus beneficios de manera que las trabajadores conozcan sus derechos y los empleadores sus obligaciones, informando además a la colectividad sobre la forma de reclamar y ejercer tales garantías.

Tercera

Recomiendo al Ministerio de Relaciones Laborales, elaborar un plan de control de cumplimiento estricto de los derechos laborales de la inmigrantes que radican en nuestro país en especial inmigrantes peruanos y colombianos que deberá desarrollarse con la participación de las direcciones regionales tales como la Secretaria Nacional del Migrante y de las inspectorías provinciales del trabajo, a fin de lograr que en la mayor medida posible se materialicen las garantías que contempla la Ley y Convenios a favor del inmigrante.

Cuarta.

Recomiendo además a la Asamblea Nacional que además de sanciones pecuniarias se establezcan sanciones contra las personas jurídicas, empresas, negocios o establecimientos, de donde se produzca la explotación de trabajadores inmigrantes, pudiendo aplicarse sanciones de suspensión temporal o definitiva de los permisos de funcionamiento de dichos locales.

Quinta.

Recomiendo a los directivos, Docentes, egresados y estudiantes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, promover la realización de investigaciones jurídicas en cuanto a los derechos de los grupos de atención prioritaria tal es el caso de los trabajadores inmigrantes que contempla la Constitución de la República.

Sexta.

Finalmente, realización de control de las garantías que determina la ley en cada caso, pues en caso contrario la atención prioritaria constituye un mero enunciado, y dichos trabajadores extranjeros continúan sufriendo el discrimen y la injusticia social.

Séptima.

Recomiendo además que el Ministerio de Relaciones Laborales realice un control minucioso de los pagos justos a los inmigrantes y a su vez la afiliación obligatoria al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Sin discriminación alguna por no ser ecuatoriano de nacimiento o por no encontrarse legal.

8.1. PROPUESTA DE PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DEL TRABAJO

La Asamblea Nacional de la República del Ecuador

Considerando:

Que: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de la cual es suscriptor el Estado ecuatoriano, determina la absoluta igualdad en materia de reconocimiento y ejercicio de derechos, y por tanto elimina cualquier discrimen en razón del género;

Que: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos consagrados en la Constitución de la República y Tratados Internacionales.

Que: La Constitución garantiza el trabajo como un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía.

Que: Toda persona tiene derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad e higiene y bienestar.

Que: La Constitución de la República garantiza el derecho a la igualdad e trabajo para nacionales y extranjeros.

Que: En la actualidad en la sociedad ecuatoriano se evidencia que existen trabajadores extranjeros que están siendo explotados por sus

empleadores vulnerando sus derechos a una remuneración justa y a la seguridad social.

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 120, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, acuerda expedir la siguiente,

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DEL TRABAJO

Art. 1.- En el Art. 42 cámbiese el numeral 1 por el siguiente:

*"Pagar las remuneraciones que corresponden al trabajador tanto nacional como extranjeros, en los términos del contrato y de acuerdo con las disposiciones de este Código y demás Instrumentos Internacionales aplicables"**.***

Art. 2.- En el Art. 42 agréguese un numeral que dirá:

*"En caso del trabajador extranjero, el empleador deberá ceñirse a la normativa vigente del Instrumento Andino de Migración Laboral"**.***

Art.3. En el Art. 545 incorpórese un numeral que dirá:

9. *"En caso de comprobarse la vulneración de derechos de los trabajadores extranjeros por parte del empleado, el Inspector de Oficio realizará las respectivas investigaciones, y al comprobarse su incumplimiento de sus obligaciones a favor del trabajador extranjero, será sancionado con multa de tres salarios básicos unificados del*

trabajador en general y en caso de reincidencia será sancionado con el doble de la multa y clausura del establecimiento".

DISPOSICIÓN TRANSITORIA.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los ____ días del mes de _____ del año _____.

f. El Presidente f) El Secretario

9.- BIBLIOGRAFÍA

1.- Análisis De La Realidad en Perspectiva Migratoria Movilidad Humana Y Su Incidencia Social.

2. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Edit., Heliasta, S.R.L. 8 tomos, 27ava Edición, Buenos Aires, 2002.
3. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo y ZAMORA Y CASTILLO, Luis Alcalá, Tratado de Política Laboral y Social, Edit., Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2001.
4. CÓDIGO DEL TRABAJO, Actualizado a enero de 2010, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
5. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Actualizada a octubre de 2008, Gaceta Constitucional.
6. CONVENCIÓN INTERNACIONAL. Sobre La Protección De Los Derechos De Todos Los Trabajadores Migratorios Y De Sus Familias
7. CUEVA Mario Urbano, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Primera Edición 1981.
8. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, Asamblea General de las Naciones Unidas, París, 10 de Diciembre de 1948.
9. DERECHO ECUATORIANO AL TRABAJO, Vela Monsalve Carlos
10. EGAS PEÑA. Jorge, Temas de Derecho Laboral, Edit., Edino, Guayaquil, 1998.

11. GUILLÉN M., Luis Eduardo, El Derecho de Asociación en el Ecuador, Folleto, Edit., Universidad Central del Ecuador, Quito, 2006.
12. KROSTOSCHIN, Ernesto.- Instituciones de Derecho del Trabajo. Segunda Edición. Ediciones DEPALMA. Buenos Aires – Argentina. 1968
13. LEGISLACION DE MIGRACION Y EXTRANJERIA; Instrumento Andino Internacional de Migración Laboral ley.
14. MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS. ISOD Instituto Sindical de Desarrollo Edición 2008
15. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio, Colección Educación Obrera, No. 114-115, Ginebra, 1999.
16. SERRANO Alexandra, Perfil migratorio del Ecuador Ed. 2008. Organización de la Naciones Unidas.
17. TRUJILLO, Julio Cesar. Garantías del Trabajo. Tomo I. Editorial Don Bosco. Quito – Ecuador. 1973
18. VILLEGAS Jaime. Jurisprudencia Laboral. Primera Edición julio 2011
19. VELA MONSALVE, Carlos, Derecho Ecuatoriano del Trabajo, Quito, 1959.
20. www.historialaboralecuatoriana.gov.16 de septiembre del 2011.
21. Www. La migración y su incidencia por el trabajo. 18 septiembre 2011
22. Ministerio de gobierno y Policía del Ecuador www. mingobierno.gov.ec

23. 10.- ANEXOS

ANEXO No. 1

FORMULARIO DE ENCUESTA A PROFESIONALES DEL DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.

CARRERA DE DERECHO

Señor Profesional, dígnese contestar las preguntas de la entrevista, relacionadas al título: **"Necesidad de efectivizar el Instrumento Andino de Migración Laboral, previo a garantizar los derechos del trabajador extranjero en el Ecuador, incorporando reforma al Código del Trabajo",** cuyos resultados me servirán para continuar con el desarrollo de mi tesis de Licenciada en Jurisprudencia, desde ya le antelo mis sinceros agradecimientos por su colaboración.

1. ¿Sabe Ud. cuantos acuerdos bilaterales de trabajo ha celebrado el Ecuador con otros Estados en materia migratoria-laboral?

   ---

2. ¿Cree usted que la Secretaria Nacional del Migrante brinda el apoyo necesario a la población migrantes establecidos en nuestro país?

   ---

3. Dentro la normativa Nacional e Internacional del trabajador migrante es suficiente para garantizar y proteger al trabajador migrante y su familia?

---

4. ¿Considera usted que los derechos laborales de los trabajadores inmigrantes en el Ecuador, están siendo garantizados, y respetados por las entidades competentes?

---

5. Cree Ud. que sería importante tomar medidas para garantizar los derechos laborales del trabajador migrante? Puede indicar algunas de ellas?

---

6. ¿Cree usted que pese a existir norma Constitucional e Instrumento Andino de Migración Laboral que establece la igualdad de derechos para nacionales y extranjeros en el campo laboral, estos derechos del trabajador extranjero son vulnerados?.

FORMULARIO DE ENTREVISTAS A PROFESIONALES DEL DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.

CARRERA DE DERECHO

Señor Profesional, dígnese contestar las preguntas de la encuesta, relacionadas al título: **"Necesidad de efectivizar el Instrumento Andino de Migración Laboral, previo a garantizar los derechos del trabajador extranjero en el Ecuador, incorporando reforma al Código del Trabajo",** cuyos resultados me servirán para continuar con el desarrollo de mi tesis de Licenciada en Jurisprudencia, desde ya le antelo mis sinceros agradecimientos por su colaboración.

1. ¿Cree usted que los derechos laborales de los trabajadores extranjeros garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, Instrumentos Internacionales y Legislación Laboral Nacional, están siendo garantizados?

Si ( ) No ( )

Porque?.....

.....

.....

2. ¿Podría indicar los organismos encargados de proteger los derechos laborales del trabajador inmigrante en el Ecuador?

Cuales?.....

.....

.....

.....

3. ¿Qué motivos considera usted para que los trabajadores extranjeros son explotados en sus trabajos por parte de los empleadores ecuatorianos?

Indique?.....
.....
.....

4. ¿Conoce usted cuales son lo convenios internacionales y tratados internacionales que amparan al trabajador extranjero?

Si ( ) No ( )

1. Porque?.....
.....
.....

5. ¿Considera pertinente elaborar una propuesta de reforma legal al Código del Trabajo ecuatoriano que permita garantizar los derechos laborales del trabajador inmigrante?

Si ( ) No ( )

Porque?.....
.....
.....

Gracias por su colaboración

ÍNDICE

CONTENIDOS **PÁG.**

Carátula……..……..I

Certificación…….....…II

Autoría……...III

Agradecimiento……....IV

Dedicatoria……V

Tabla de contenidos……VI

1. RESUMEN…..…….....VII

ABSTRACT……...……..….....IX

2. INTRODUCCIÓN……...XI

3. MARCO CONCEPTUAL

3.1.1 Derecho Laboral……..……1

3.1.2 Derecho Social……..…..……..….3

3.1.3 Derecho a la Igualdad……..……...……....7.

3.1.4 El Derecho al Trabajo en los Derechos Humanos. ..……..….....8

3.1.5 El Derecho al Trabajo y otras ramas de Derecho……..11

3.1.6 Evolución Histórica sobre el Trabajo……..……22

3.1.7 Principio peculiares del Derecho Laboral……..31

3.1.8 La Migración y su Incidencia por el Trabajo……..…..38

3.1.9 El Empleador……..……42

3. 1.10 El Trabajador……....44

3.2 MARCO JURÍDICO

3.2.1 Constitución de La República del Ecuador……..…….....…47

3.2.2 Instrumentos Internacionales……57

3.2.3 Código del Trabajo……..……67

3.2.4 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias…….....81
3.3 MARCO DOCTRINARIO
3.3.1 Movilidad Humana……..……..83
3.3.2 Migraciones Internacionales……..86
3.3.3 Los Ciudadanos Colombianos en el Ecuador……90
3.3.4 Los Ciudadanos Peruanos en el Ecuador……...92
3.3.5 Trabajo del Emigrante…….....93
3.3.6 Derecho Migratorio Internacional…….…97

4. MATERIALES Y MÉTODOS

4.1. Materiales……..…….....105

4.2. Métodos……..……..…….106

4.3. Técnicas……..…….108

5. RESULTADOS

5.1. Resultados de aplicación de Encuestas…….....109

5.2. Resultado de Entrevistas……117

5. 3 Estudio de casos……..……..……....122

6. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

6.1 Verificación de Objetivos……..…136

6. 2 Contrastación de Hipótesis……...…….……..…139

6. 3 Fundamentación Jurídica…….……..……....141

7. CONCLUSIONES……..……..……..…....143

8. RECOMENDACIONES……..……..…..……..……...…....146

8.1 Propuesta de Reforma……..…….....150

9. BIBLIOGRAFÍA…….....152

10. ANEXOS……..…….…….....154

ÍNDICE…….....….....158