



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES DEL MIGRANTE Y SU
SITUACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA

TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL ECUADOR.

AUTOR: MARÍA ELIZABETH MUÑOZ SALCEDO.

DIRECTOR: DR. HERNÁN COELLO GARCÍA

CUENCA, ECUADOR

2007

DEDICATORIA

Este trabajo se lo dedico a mis padres David y Carmen quienes en todo momento de mi vida me han apoyado de la mejor manera, guiándome continuamente con el fin de que mis aspiraciones lleguen a desarrollarse satisfactoriamente.

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento al Dr. Hernán Coello, conocido catedrático universitario, quien con su vasto conocimiento sobre el derecho, supo guiarme adecuadamente en la realización de este trabajo, demostrando siempre gran disponibilidad en el trato con sus alumnos. Fue para mí un orgullo inmenso contar con la dirección de tan destacado ciudadano.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTOS	III
ÍNDICE DE CONTENIDOS	IV
RESUMEN.....	VI
ABSTRACT	VII
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I.....	3
LA MIGRACION	3
1. Definición de Migrante	3
1.2 Historia de las Migraciones Internacionales	5
1.3 Evolución de los mecanismos de protección al inmigrante	6
1.4 Evolución de la migración en el Ecuador.	7
1.5 Principios Generales del Derecho Internacional Público.....	9
1.6 Los Tratados Internacionales: definición; aspectos generales	10
CAPITULO 2	15
MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS	15
1.1 El papel de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).....	16
1.2 Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias	22
1.3 La Organización Internacional del Migrante (OIM).....	28
CAPITULO 3	31
MECANISMOS NACIONALES PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL EMIGRANTE Y EL INMIGRANTE	31
1.1 La Legislación e Instituciones de Protección al Inmigrante en el Ecuador.	31
1.2 Rol de las Misiones Diplomáticas y Consulares Ecuatorianas.-	32
1.3 La normativa ecuatoriana frente a los derechos de los extranjeros.....	33
1.4 Los Contratos de Enganche.....	36
1.5 Calidades y categorías de inmigración de acuerdo a la ley de extranjería ecuatoriana	37
1.6 Principales derechos del trabajador que la Constitución y el Código de Trabajo protegen.....	40
1.7 Referencia a ciertos convenios que el Ecuador sostiene en materia laboral	43
CAPITULO 4	51
LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA FRENTE A LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES	51
1.1 Regulación estatal de la emigración laboral en España	51
1.2 Ámbito jurídico de la inmigración en España.....	72
1.3 Referencia al Convenio sobre Regulación de flujos Migratorios que sostiene Ecuador con el Reino de España	79

1.4 Ejemplos estadísticos de la migración de ecuatorianos y el desempleo en España.-	83
CAPITULO 5.....	86
1.1 Acuerdos del III diálogo de Autoridades Locales, Representantes Institucionales, de la Sociedad Civil, Nacionales e Internacionales (13 de mayo del 2004)	86
1.2 Propuestas de las Organizaciones Sociales del Austro sobre Políticas Migratorias en el Ecuador.....	87
CAPITULO 6	90
1. Conclusiones	90
BIBLIOGRAFIA	96

RESUMEN

El marco operativo de la regulación internacional (multilateral y bilateral) no parece estar poder afrontar los problemas asociados a la protección por parte de la Seguridad Social de los trabajadores inmigrantes. A medida que aumenta la inmigración, disminuye la eficacia de los Convenios Internacionales. Los principios asumidos como base de los acuerdos bilaterales y las políticas nacionales en materia de inmigración de los países desarrollados no siempre son consistentes con las disposiciones de los Convenios Internacionales. Vacilan entre la ratificación de los principios de no discriminación y la introducción de políticas diseñadas para restringir los flujos migratorios e impedir que los inmigrantes obtengan la residencia o la nacionalidad.

ABSTRACT

The operative mark of the international regulation cannot confront the protection problems on the part of the social security to the immigrant workers. As the emigration increases, it diminishes the effectiveness of the international agreements. The principles assumed as base of the bilateral agreements and the national politicians as regards immigration of the developed countries, are not always coincident with the dispositions of the international agreements. Because they doubt among the ratification of the non discrimination principles and the introduction of politicians designed to restrict the migratory flows to impede and to prevent the migrants to obtain the residence or the nationality.

The active politicians of employment for the migrants, from a constitutional point of view, they should not stick to a simple regulation of labor flows and less even to an entrance control and permanency in the country. But rather that should also support more effective processes of integration.

INTRODUCCIÓN

No resulta novedoso reparar en el hecho de que la historia de la humanidad lleve intrínsecamente la cualidad migratoria. En el Ecuador, el siglo anterior, estuvo marcado por una giran movilidad humana, en el ámbito local, nacional e internacional.

Hoy, el proceso migratorio se inscribe en un contexto de globalización y transnacionalización de la economía, que excluye al 80% de la población mundial. En este marco, la deuda externa que se rige por reglas que favorecen a los países desarrollados, como acreedores, y perjudican a los subdesarrollados, como deudores, incide de manera directa en la agudización de la pobreza de los ecuatorianos. El deterioro de la economía ha empeorado, aún más, por la crisis bancaria, el auge de la corrupción, la distribución inequitativa de la riqueza del País, el bajo poder adquisitivo de los salarios, la falta de empleo y las escasas oportunidades de formación.

En algunos países, existen normas administrativas y Jurídicas, que obligan a los trabajadores migratorios a permanecer en ciertas ocupaciones y en zonas determinadas; donde se producen desigualdades en términos salariales, frente a categorías de trabajo similares. En muchas ocasiones están excluidos del alcance de los reglamentos que regulan las condiciones de trabajo, incluso se les priva de su participación sindical.

La situación de los migrantes en el exterior se ve agravada con los devastadores acontecimientos generados por el ataque terrorista a EE UU.

Más allá de los discursos y los acuerdos entre gobiernos, los pueblos y los ciudadanos se van integrando a su manera, exigiendo que la fuerza de trabajo disponga de la misma libertad de movimiento que el capital y las mercancías y que los trabajadores migratorios respondan a la globalización del capital con la solidaridad laboral.

La realidad nos muestra que actualmente las vías migratorias normales son insuficientes frente a la desesperada demanda de una población insatisfecha en sus necesidades básicas y carencias de fuentes de trabajo. Esta situación ha incentivado el tráfico de personas haciendo que se convierta en un negocio internacional que acumula grandes ganancias, las mismas que han superado a los recursos que maneja el narcotráfico lo que afecta, a una serie de países tanto de origen, como de tránsito y de destino. La migración se ha constituido en un problema de derechos humanos, puesto que el tráfico de migrantes constituye una forma gravísima de explotación humana.

Mediante el presente análisis se abordará el fenómeno migratorio ecuatoriano presentando algunas recomendaciones para la adopción de políticas, normas y procedimientos tendientes no sólo a regular los flujos de ciudadanos ecuatorianos hacia diferentes países sino, lo que es también importante, la protección efectiva de su integridad física de acuerdo a los derechos fundamentales. De esta manera se estudiará los convenios y acuerdos internacionales que sostiene Ecuador y España a fin de tener un conocimiento sobre los derechos que tiene el trabajador migrante ecuatoriano. De igual manera, nos centraremos en los aspectos más sobresalientes con los que la legislación española cuenta en materia laboral a fin de establecer si los derechos laborales del migrante ecuatoriano son cumplidos de una manera eficaz, en dicha legislación.

CAPITULO I

LA MIGRACION

1. Definición de Migrante. La Real Academia de la Lengua, define la palabra emigrante como un adjetivo proveniente del vocablo emigrar, entendiéndose como el deseo de una persona de trasladarse de un territorio a otro, distinto del suyo, con el ánimo de residir en él. La emigración supone la salida del individuo voluntariamente de su Estado nacional con la intención de residir en un país extranjero, pero no necesariamente con la intención de renunciar a su nacionalidad. La emigración constituye una cuestión de competencia por parte de la legislación interna de los Estados. Un Estado puede establecer, por sí mismo, las condiciones relativas a la pérdida o conservación de la nacionalidad de los emigrantes, así como prohibir en general la emigración o requerir a los emigrantes, en cualquier momento, para que regresen a su Estado patrio con tal de que hayan conservado su nacionalidad primitiva.

Según la ONU, la categoría de migrante engloba a desempleados, estudiantes y familiares de otros migrantes. No obstante, quedan excluidos de la definición general de migrante de la Comisión de Derechos Humanos los refugiados políticos, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, las víctimas del tráfico de personas, y otras personas forzadas a abandonar sus hogares por factores externos que las obliguen (desastres naturales, desastres nucleares o químicos, desarrollo desenfrenado, etc.)

El término migrante como lo define la Comisión de Derechos Humanos y como se usa en los pactos y documentos de la ONU, difiere de la definición más general de migrante, porque para la definición común, migrante abarca a toda persona que se desplaza de un país, lugar o localidad a otro.

La razón por la que la ONU distingue entre los migrantes, y los refugiados, los solicitantes de asilo y los desplazados internos es porque considera al segundo grupo como un caso especial de migrante que tiene necesidades civiles, políticas, sociales, económicas y culturales específicas. Debido a esto, los derechos de este tipo de migrante se encuentran en otras convenciones de la ONU. Por ejemplo Convención sobre los trabajadores migratorios excluye en particular a estudiantes y becarios, refugiados y apátridas y a las personas contratadas por un Estado pero residentes fuera de él. Por ello los derechos de los refugiados políticos están recogidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que incluye a cualquier persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda a causa de dichos temores, o no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

*Migrante regular.- Se encuentra autorizado a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte. En otras palabras, residen legalmente en un país del cual no son nacionales.

*Migrantes irregulares.- Son extranjeros que no tienen permiso legal para estar en el país en el que residen. Un migrante puede encontrarse en una situación de irregularidad, bien porque llega a un país sin autorización o por otros motivos, entre los cuales se pueden citar las siguientes:

- 1) por entrar en un país como turista o estudiante y posteriormente trabajar sin permiso de trabajo
- 2) por continuar trabajando después de que el permiso haya expirado
- 3) por entrar en un país como solicitante de asilo

4) por permanecer en un país a la espera de la renovación de un permiso o por intentar cambiar de estatus después de que un permiso haya expirado.

1.2 Historia de las Migraciones Internacionales

Debemos tener presente que la historia de la humanidad es la historia de las migraciones, originada por las hambrunas, las persecuciones, los conflictos armados o las catástrofes naturales. Sabiendo que en la antigüedad se han registrado movimientos migratorios como por ejemplo en los pueblos fenicios y griegos.

Las emigraciones de los fenicios dieron lugar al establecimiento de colonias en Chipre, Egipto.

El Derecho Internacional creó un conjunto de derechos entre individuos y Estados diferentes dando lugar a la creación de normas jurídicas encaminadas a la protección jurídica de los extranjeros. El reconocimiento de los derechos de los extranjeros, en un Estado diferente al país de origen, ha transitado por un camino arduo, donde se consideraba al extranjero como un ser inferior. Por ello el desarrollo de un régimen jurídico internacional ha sido el esfuerzo de todos los pueblos, originando la creación de un sistema de protección jurídica de carácter internacional, universalmente aceptado y vinculante.

Xavier Ponce en su obra *Migrantes Problemas y Ayudas* sostiene que en épocas recientes, el tema migratorio ha tomado auge llegando a ser resultado del proceso de globalización, el colapso del comunismo y la crisis económica que azota a varias regiones del mundo, entre otros factores, han provocado flujos migratorios hacia las naciones industrializadas y prósperas, razón por la que es imperativo fortalecer el sistema jurídico internacional de protección al inmigrante y a sus familias.

Existe un conjunto de normas y mecanismos internacionales de protección de los derechos de los inmigrantes; y la identificación de los beneficios que conlleva su observancia y aplicación.

1.3 Evolución de los mecanismos de protección al inmigrante

En la antigüedad, el extranjero era considerado un bárbaro por provenir de pueblos distintos. El carácter religioso del Derecho, el factor racial o étnico y el culto a los dioses de la ciudad, acentuaban un nacionalismo excluyente entre sus ciudadanos y por ende, al no participar en los cultos religiosos, el extranjero quedaba al margen de la ley. Esas costumbres antiguas fueron de uso común aún en los pueblos en Grecia y Roma; el extranjero no podía presentarse a la justicia ni como acusado ni como testigo, bastaba su condición como tal para ser sentenciado sin juicio previo. En Roma, antes de las XII Tablas, el extranjero que se romanizaba podía encontrar acogida, pero, antes de su vigencia, fue considerado enemigo. Los antiguos latinos llamaban hostes a los extranjeros en razón de la pugna y autoridad que ejercían sobre éstos.

Con el apareamiento de la llamada Ley de Licurgo, se prohibió a los extranjeros vivir en territorios griegos y en caso de hacerlo, ellos no podían disponer de sus bienes después de su muerte. Esparta prohibió su ingreso a la ciudad ante el temor de que éstos corrompieran las costumbres. A los pueblos que no formaban parte de la raza helénica o no mantenían relaciones políticas con los atenienses, se los consideraban bárbaros. Existiendo en Atenas una zona especial para su hospedaje; aunque en condiciones muy precarias, no podían movilizarse por la ciudad, estaban obligados a pagar un tributo y los que no lo hacían, eran vendidos como esclavos.

En la India, la religión era un privilegio de los nacionales y, en esa creencia, se originaba el menosprecio a los extranjeros, quienes no participaban en los ritos religiosos, no gozaban de la protección de los dioses, carecían de derecho alguno y eran colocados en la clase servil o, peor aún, en la de los parias y, como seres impuros que eran, su condición la heredaban por varias generaciones.

El Derecho Hebreo establecía que la esclavitud sólo podía recaer en los extranjeros. Los derechos y privilegios como el prestar dinero en usura, granos y herramientas estaban reservados sólo a los israelitas. En Egipto, los guerreros eran los encargados de administrar el castigo que casi siempre recaía en los extranjeros, los que a su vez eran empleados para la construcción de obras y edificios públicos.

Ya en la Edad Antigua, en los pueblos más avanzados, se observan los primeros vestigios de un tratamiento más humano y tolerante hacia el extranjero. Surgió así la institución de la amparo, que consistía en que el extranjero podía acogerse a la tutela o protección de un ciudadano residente de la ciudad, de forma que bajo su dependencia, adquiría protección jurídica y gozaba de determinados derechos; por ejemplo, en Atenas, se le autorizaba ingresar a los templos, participar en ciertos cultos divinos y realizar ofrendas a los dioses. En Roma, el extranjero se benefició con la Institución de la Hospitalidad o *jus hospitii*, la cual reguló la adopción de un patrono o tutor, y de una magistratura especial denominada *praetor peregrinus* y, a partir del siglo III a.C., el *jus gentium* estableció ciertos derechos civiles a favor del extranjero o «peregrino ordinario», como el *jus commercii*, entendido como tal el «derecho a ser propietario quirritario, de ser acreedor, deudor y de servirse, para ello, de las formas especiales del derecho civil de los romanos»

Desde los albores de la civilización, se aprecia que, frente a la desprotección del inmigrante, era menester adoptar ciertos mecanismos que en un comienzo fueron enteramente nacionales.

1.4 Evolución de la migración en el Ecuador.

Xavier Ponce, en su obra *Migrantes Problemas y Ayudas* explica que el Ecuador no se ha caracterizado por ser un país receptor de inmigrantes, a pesar de la presiones migratorias que se registraron durante las dos guerras mundiales del siglo XX, debido a la vigencia de una legislación restrictiva y a la ausencia de programas estatales para la regulación de corrientes migratorias.

Las migraciones internacionales dentro del proceso histórico ecuatoriano, presupone dos perspectivas de análisis; el uno referido a la inmigración el otro a la emigración, aunque en determinados momentos puedan confluír con ciertas similitudes.

De acuerdo a esta misma obra se destaca que los Investigadores han coincidido en señalar que la causa radica en la inestabilidad política y económica que ha caracterizado a la democracia ecuatoriana en los últimos 25 años, a las contradicciones y falta de cohesión nacional derivada de la existencia de una sociedad multicultural y pluriétnica, así como a la crisis bancaria de 1999 y la posterior dolarización de la economía, que afectó a todos los sectores sociales. Se ha resaltado, además, que la preferencia del emigrante ecuatoriano por España, como país de destino, obedece a las facilidades que encuentra para su adaptación al medio, al idioma, la cultura y una legislación nacional y tratados bilaterales que nuestro país sostiene propicios. Hasta finales de la década de los noventa, el ciudadano ecuatoriano no requería de visa para ingresar y transitar en España de acuerdo a un tiempo y a condiciones determinadas por los convenios bilaterales y la práctica internacional. Sin embargo, el creciente flujo migratorio ilegal de ecuatorianos a Europa, especialmente a España, ha llevado a los gobiernos de los Estados europeos a revisar y suspender dicha prerrogativa y a establecer medidas rigurosas para el ingreso de ecuatorianos.

A inicios del la vida republicana no se visualiza grandes contingentes de inmigración, pero en la década del 70 en el Ecuador se advierte un evidente flujo migratorio. Los acontecimientos sociales, políticos y económicos, que influyeron de alguna manera en la vida nacional. En la época de bonanza donde las exportaciones, crecieron, aumentando los flujos migratorios, que cambiaron la estructura demográfica del país. Así la emigración internacional, se vislumbra como una extensión de los procesos sociales y movimientos demográficos en los que participaban segmentos más importantes de la población ecuatoriana.

Para la década de los setenta el Estado de corte liberal es sustituido por el Estado interventor, que se inspira en las doctrinas de Keynes, que implementó la práctica del desarrollo que establece una relación directa con el capitalismo. En este entorno, como corolario lógico, se produce el proceso de sustitución de importaciones, que vincula al país con el capital y la tecnología de los consorcios internacionales; se emprende en una política de reforma. Este desarrollo provoca el crecimiento del aparato público.

Por otro lado las viejas oligarquías y los políticos tradicionales son sustituidos por una elite tecnomilitar; en forma paralela se acelera el urbanismo, los obreros industriales adquieren cierta importancia, el sector terciario de la economía se desarrolla significativamente, así como los "sectores medios" de la sociedad, las vías de comunicación y el transporte pone fin al aislamiento de las distintas zonas y ciudades, aumenta la población estudiantil de manera inusitada se anuncia en 1971 la explotación del petróleo generó expectativa nacional inclusive internacional. El ingreso de consorcios petroleros, la reactivación del aparato productivo, mediante la inyección de capitales nacionales y extranjeros, la inversión pública de obras de considerable envergadura, la suerte corrida por algunos países con dictaduras totalitarias entre otros fueron el elemento constitutivo o definitorio para un inusual y significativo proceso de inmigración internacional, conjuntamente con movimientos migratorios de carácter interno.

La normativa legal en materia migratoria en el Ecuador responde a una ley descontextualizada y anacrónica, elaborada en 1973, cuando la prioridad del entonces gobierno de facto era proteger sus fronteras y seguridad nacionales, en medio de la coyuntura del "boom" petrolero y de la aplicación del Plan Cóndor en contra de la subversión en la región sudamericana en el contexto de la guerra fría.

1.5 Principios Generales del Derecho Internacional Público.- Principios de derecho Internacional Público referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados son:

* El principio por el cual los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de la ONU.

* El principio por el cual los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz, la seguridad internacionales ni la justicia.

* Principio de no intervención en los asuntos que son de la jurisdicción interna de cada Estados, junto con la obligación de los Estados de cooperar entre si, de conformidad con
La carta.

* El principio de la igualdad soberana de los Estados y de la libre determinación de los pueblos.

* Principio de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la carta.

* PACTA SUNT SERVANDA: Principio recogido en la *Convención de Viena*: por el cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe. Los estados no podrán alegar normas de su derecho interno para la justificación del incumplimiento de un Tratado Internacional.

* EX CONSENSU ADVENIT VINCULUM: "El consentimiento del Estado es la base de la obligatoriedad de las normas internacionales.

1.6 Los Tratados Internacionales: definición; aspectos generales

Tratado es un acuerdo formal y escrito celebrado entre Estados, regido por el derecho internacional y destinado a establecer derechos y obligaciones mutuos entre las partes contratantes, por su libre consentimiento.

Clases de Tratados

Bilaterales: Constituye un acuerdo internacional concertado entre dos partes, cada una de las cuales posee la capacidad para celebrar tratados.

Multilaterales: Un tratado multilateral es un acuerdo internacional concertado entre tres o más partes, cada una de las cuales posee la capacidad de celebrar tratados.

Requisitos

a) Capacidad de las partes contratantes: Como expresión de su soberanía, todo Estado tiene plena capacidad para comprometerse a través de un tratado; para el caso de los Estados federales, en ciertos casos se reconoce una capacidad limitada a los miembros de la federación para celebrar cierto tipo de tratados.

b) Mutuo Consentimiento: se traduce en varios actos jurídicos a través de los cuales los Estados manifiestan su voluntad de obligarse, tal es el caso de la firma, ratificación, aprobación o adhesión y en los que no deben interferir los vicios del consentimiento: dolo error y coacción.

c) Causa lícita y posible: es una exigencia esencial para la validez de un instrumento internacional, como lo es un tratado, puesto que su carencia le quita fuerza obligatoria si se opone a una norma de derecho internacional, si es naturalmente imposible su ejecución o está reñido con los preceptos morales.

Estructura

Los tratados contienen:

a) Preámbulo: En el que se determinan las motivaciones y objetivos del instrumento-

b) Parte dispositiva: recoge las estipulaciones del acuerdo.

c) Cláusulas o disposiciones finales: que hacen relación a la ratificación, adhesión, reservas, entrada en vigor, etc., concluyendo con la fecha de suscripción, sellos y firmas

De acuerdo a la Convención de Viena, un tratado es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Conviene resaltar la disposición contenida en el artículo 4 de la Convención: determina que sin perjuicio de la aplicación de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados están sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, ésta sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados

Procedimiento

Dentro de la práctica internacional, se reconocen las siguientes etapas: negociación, suscripción, aprobación parlamentaria, ratificación y canje o depósito de los instrumentos de ratificación.

La negociación, corre a cargo de los representantes de los Estados, investidos de plenos poderes que expiden las autoridades nacionales competentes.

La suscripción, es la firma que estampan los negociadores luego de adoptar el texto de un tratado.

La aprobación, tiene que ver con la anuencia que dan los congresos o parlamentos, respecto de la conveniencia del instrumento.

La ratificación, corresponde, por lo general, al Jefe de Estado, que lo hace a través de un instrumento solemne firmado por él y refrendado por su Canciller.

Los instrumentos de ratificación, deben ponerse en conocimiento de las partes contratantes; para el caso de los bilaterales, se hace el canje entre los negociadores y en los multilaterales, se procede al depósito ante el depositario señalado en el tratado.

Frente a este punto Guillermo Moncayo, Raúl Vinuesa y Hortensia Gutiérrez, manifiestan en su obra Derecho Internacional Público que el régimen jurídico de la ratificación es un acto discrecional de cada estado, de esta manera los Estados que han firmado un tratado no están obligados a ratificarlo, pudiendo inclusive negarse a ratificar un tratado, sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad internacional, es decir, jurídicamente el hecho de negarse a firmar nunca será considerado como un acto ilícito. (34-35)

Conviene resaltar que los Estados, también pueden manifestar sus reservas con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

Los instrumentos internacionales, forman parte del ordenamiento jurídico interno ecuatoriano una vez que se publican en el registro oficial. Mientras tanto obligan al estado, tanto más que porque es obligatorio se publica. La disposición en virtud de la cual deben publicarse los instrumentos internacionales consta del decreto supremo promulgado en el registro oficial No 364 del 1067. Dicho decreto impone la obligación de publicar los instrumentos internacionales en el registro oficial en el plazo no mayor de 30 días si el instrumento se ha otorgado en el país y no mayor de 60 si se ha otorgado fuera del territorio nacional

Otro aspecto relevante que presenta la Convención es que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

La Convención hace énfasis en que un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Ámbito nacional: Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

Entre las atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados y los convenios internacionales y demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia;
2. Definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, cuando la Constitución lo exija;

La Constitución ecuatoriana establece que el Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones. Aprobar o improbar los tratados internacionales, en los siguientes casos:

- 1.- Los que se refieran a materia territorial o de límite.
- 2.- Los que establezcan alianzas políticas o militares
- 3.- Los que comprometan al país en acuerdos de integración.
- 4.- Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley.
- 5.- Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a derechos colectivos.
6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

CAPITULO 2

MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos de los migrantes están protegidos por los siguientes instrumentos:

- Convención Internacional de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias (Naciones Unidas, 1990), aprobada por el Congreso de Ecuador en octubre del 2001.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969)
- Sistema Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

Recursos de defensa contra la expulsión

Los extranjeros que han recibido una notificación de expulsión no pueden defenderse desde el país de destino. Las posibilidades de defenderse son dos:

- La persona expulsada puede presentar una demanda desde Ecuador, en la embajada del país que la expulsó
- La persona expulsada puede delegar a un abogado del país de destino, para que tramite la demanda desde ese país.

Los instrumentos internacionales, tienen como principios fundamentales proclamar un conjunto de derechos que garantizan las libertades individuales, de las personas que los Estados están obligados a cumplir.

Los derechos esenciales para la convivencia humana, son entre otros: el derecho a la vida y la integridad física y personal, derecho a la igualdad, derecho a la intimidad personal y familiar, libertad de movimiento, residencia, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a solicitar asilo, derecho a la libertad de pensamiento, derecho a salud, alimentación, educación, derecho al trabajo, etc.

Estos Instrumentos Internacionales consagran la protección familiar y de manera especial la protección a la mujer, enfatizando la protección a los niños.

Entre los organismos de Protección de los Derechos Humanos, tenemos la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que son organismos encargados de impartir justicia en los casos de incumplimiento de estas normas.

Además existen tratados, convenciones y declaraciones, según grupos o categorías específicos, que están orientados a proteger a los grupos más vulnerables, dada su condición y característica especial.

1.1 El papel de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Fue creada en 1919. Esta institución es un organismo de la ONU que define los niveles laborales internacionales. Los 35 países de las Américas son miembros de la OIT y todos por el hecho de serlo, están obligados a adherir a la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, abarca ocho convenios fundamentales. Sin embargo incluso los niveles laborales básicos acordados en la OIT son descatados regularmente por los patrones.

La OIT sobre Trabajadores Migrantes ha subrayado la necesidad de movilizar el conjunto de sus medios de acción normativa, de cooperación técnica y de investigación, con objeto de prestar una atención especial a los problemas de las personas con necesidades sociales, entre otros, los trabajadores migrantes.

De acuerdo a los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, el Consejo de Administración adoptó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo en 1998. En este instrumento se declaró que todos los Estados Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios fundamentales de la OIT, por su mera pertenencia a la Organización tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Estos son:

- * Libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- * Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- * Abolición efectiva del trabajo infantil.
- * Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Estos principios se plasman en los 8 convenios fundamentales de la OIT. No obstante, estos convenios, así como las recomendaciones que los acompañan, son de aplicación general, es decir, se aplican a todos los trabajadores sin distinción de nacionalidad y en muchos casos, con independencia de su situación migratoria.

La OIT ha adoptado asimismo normas internacionales del trabajo específicas para los trabajadores migrantes:

*. El *Convenio No. 97 sobre los trabajadores migrantes*, sienta las bases para la igualdad de tratamiento entre trabajadores nacionales y extranjeros en situación regular en cuestiones como los procedimientos de contratación, las condiciones de vida y de trabajo, el acceso a la justicia, y la reglamentación sobre impuestos y seguridad social. Establece disposiciones sobre las condiciones de contratación, la participación de migrantes en la formación y promoción profesionales, la reunificación familiar, el despido injustificado o la expulsión, así como otras medidas destinadas a regular el proceso migratorio en su conjunto

*. El *Convenio No. 143 sobre trabajadores migrantes*; .cuyos dos principales objetivos son:

- 1) Regular los flujos migratorios, eliminar la migración clandestina y luchar contra las actividades de tráfico y de trata de personas.
- 2) Facilitar la integración de los migrantes en las sociedades de acogida.

Ninguno de estos instrumentos opera sobre la base de la reciprocidad. Así pues, el trabajador migrante nacional de un Estado que no hubiera ratificado los convenios puede invocar su aplicación en un Estado ratificante. Por otra parte, si bien los convenios son de aplicación obligatoria para los Estados que los ratifiquen, las recomendaciones no son jurídicamente vinculantes y, por ende, no están sujetas a ratificación.

Objetivos de la OIT

La OIT al considerar que el fenómeno migratorio internacional produce efectos positivos a largo plazo ya que contribuye a repartir mejor las oportunidades y los recursos y ofrece ventajas a los países de emigración y a los de inmigración, así como de los mercados de trabajo y los propios migrantes. Sin embargo, a corto plazo una migración descontrolada puede resultar perturbadora y tener consecuencias sociales inaceptables e innecesarias: por un lado, trae consigo una explotación de los trabajadores clandestinos y, por otro, fomenta unas actitudes y un comportamiento que pueden ser peligrosos políticamente.

El objetivo fundamental es obtener un consenso internacional que incluya a los países exportadores e importadores de mano de obra sobre el modo de ofrecer una protección adecuada a los emigrantes de ambos sexos y a sus familiares, a la vez que se permite un movimiento ordenado de estos trabajadores.

Otros objetivos incluyen:

- * Seguimiento de las conclusiones del Estudio general de la OIT sobre trabajadores migrantes, la promoción de la ratificación de los convenios y su posible revisión, según lo determine la CIT 2004
- * Incorporación de los principios y normas de la OIT en la formulación de las políticas migratorias
- * Promoción de acuerdos migratorios bilaterales o multilaterales
- * Programas y códigos de conducta de lucha contra la discriminación de los migrantes en el trabajo
- * Tratamiento de la feminización de las migraciones
- * Fomento de una migración ordenada, y la promoción de la integración de los migrantes, de consuno con otras organizaciones internacionales;
- * Análisis de tendencias migratorias y gestión de la Base de Datos sobre Migraciones Laborales Internacionales.

Programa de Migraciones Internacionales de la OIT.- A través de este programa, el Sector de la Protección Social presta asistencia a los países en la formulación de política y legislación migratorias, así como en el establecimiento y mejora de medidas administrativas para una gestión eficaz de las migraciones de mano de obra. En efecto, cada vez se recurre más a la OIT para que presente directrices sobre cómo los Estados Miembros, individualmente y en cooperación con otros, pueden resolver los problemas de la migración clandestina y la trata, luchar contra la discriminación y la xenofobia, y legalizar la situación de los indocumentados o facilitar su regreso ordenado. Asimismo, se acude a la OIT para que ayude a los Estados Miembros a identificar sus intereses a largo plazo en materia de migración laboral, ya sea como países de origen o como países de empleo, para poder incorporar los cambios que procedan a sus respectivas leyes y políticas.

Objetivos del Programa de Migraciones Internacionales:

1.- *Protección de los derechos de los trabajadores migrantes y la promoción de su integración:* mediante, la asistencia técnica a los gobiernos sobre política migratoria, la promoción de los instrumentos de la OIT sobre trabajadores migrantes o la lucha contra la discriminación en el empleo contra los migrantes;

2.- *Creación de un consenso internacional en gestión de la migración,* por ejemplo, a través de la promoción de las normas internacionales del trabajo, y de estudios sobre tendencias de las migraciones y eficacia de políticas públicas de migración e integración.

3.- *Difusión de información y conocimientos sobre migraciones internacionales,* por ejemplo, a través de la base de datos sobre migraciones laborales, y de la publicación de las series Estudios sobre Migraciones Internacionales y Perspectivas sobre Migraciones Laborales.

Complementariedad con la aplicación y supervisión de la Convención de las Naciones Unidas sobre trabajadores migratorios de 1990.

*Los Convenios 29 y 105 sobre la abolición del trabajo forzado;

*Los Convenios 87 y 98 sobre derechos a la libre asociación, la negociación colectiva y la acción sindical, incluido el derecho a elegir sus representantes sindicales sin interferencia patronal o gubernamental, así como el derecho a la huelga;

*Los Convenios 100 y 111 sobre salario igual por un mismo trabajo, y sobre la prevención de la discriminación en los lugares de trabajo; y

*Los Convenios 138 y 182 sobre la edad mínima laboral y la eliminación del trabajo infantil. Esta Declaración de la OIT de 1998 obliga a todos los países miembros independientemente de que hayan ratificado los 8 convenios que la sustentan. Sin embargo, los derechos de libre asociación y de negociación colectiva son violados reiteradamente en un gran número de países en el continente, y el trabajo infantil es endémico en varios de ellos, al igual que continúa la discriminación contra las mujeres y contra el trabajo forzoso sigue imponiéndose como castigo por expresar las propias opiniones políticas o reclamar derechos laborales básicos como la libertad sindical.

Las normas de la OIT relativas al trabajo forzoso, junto con asistencia técnica específica, son los instrumentos básicos para luchar contra este flagelo.

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo es de índole promocional. La aplicación de los convenios fundamentales exige voluntad tanto política como de organizaciones de empleadores y de trabajadores para participar en las negociaciones y alcanzar acuerdos.

El asesoramiento técnico complementa la labor de los mecanismos de control de la OIT, y ayudan a los países a abordar las dificultades con que tropiezan al tratar de adaptar la legislación y la práctica nacionales en conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de la ratificación de convenios. La asistencia técnica de la OIT en el ámbito normativo incluye misiones de contactos directos y de asesoramiento y actividades de promoción, entre las que cabe citar la organización de seminarios para dar a conocer mejor las normas y desarrollar la capacidad de los actores nacionales para hacer buen uso de ellas. La OIT también presta asistencia específica en la redacción de leyes nacionales que se ajusten a las normas internacionales del trabajo.

Entre 2000 y el 2005, la OIT registró 743 ratificaciones de normas internacionales del trabajo.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha emitido un total de 10.661 observaciones relacionadas con la aplicación de los convenios de la OIT en los Estados Miembros.

1.2 Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias

Es el instrumento internacional más exhaustivo en cuanto a los derechos humanos de los migrantes, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones en 1990, extiende el goce de los derechos humanos fundamentales de los migrantes a todos los trabajadores migrantes, esto es, a los documentados y a los indocumentados, sin perjuicio de que establece derechos adicionales para los trabajadores en situación regular y sus familias. Este instrumento contiene disposiciones que tienden a la eliminación de la explotación al trabajador.

Su texto se inspira en tratados internacionales ya existentes y recoge los estudios y dictámenes de grupos de expertos formulados en los últimos veinte años.

Ha sido ratificada por 34 países sin que entre estos figure España. Esta Convención además de incluir la obligación de informes periódicos, permite la presentación de quejas individuales al Comité de Trabajadores Migrantes de la ONU y de las situaciones y movimientos clandestinos. Amnistía Internacional cree que es un instrumento importante para prevenir y eliminar los abusos que sufren todas las personas migrantes tanto en situación regular como irregular, fijando normas internacionales para un trato justo y sin abusos, para todas las personas con independencia de su situación administrativa y recuerda que los derechos humanos no saben de papeles.

La Convención hace referencia a la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes enfatizando a los trabajadores indocumentados, por sus niveles de marginabilidad y de desprotección jurídica.

Plantea desestimular la migración clandestina, y establecer un mínimo de garantías de protección para los trabajadores en situación irregular, evitando las expulsiones colectivas, el trabajo forzoso y otras formas que atentan contra la dignidad humana.

Contiene normas internacionales: Convención sobre la esclavitud; Convención de la UNESCO, relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza; La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la tortura y otros tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes; Convención sobre los derechos del niño.

Se encarga además de impedir maltratos físicos, sexuales o degradantes. Entre otras cosas:

- Garantiza el derecho de los trabajadores migratorios a la libertad de opinión y religión.

- Garantiza a los trabajadores migratorios una protección eficaz contra todo tipo de violencias, daños corporales, amenazas o intimidaciones por parte de funcionarios, particulares, grupos e instituciones.

- Garantiza a los trabajadores: información sobre sus derechos; participación en actividades sindicales.

En este ámbito varios artículos de la Convención defienden los derechos de los trabajadores migratorios a permanecer en contacto con sus respectivos países de origen, así como a regresar a ellos definitiva o temporalmente, participar en su vida política y efectuar transferencias de dinero.

Preautela el Derecho del migrante a la justicia social, el cual constituye un derecho de segunda generación, y han sido uno de los más relegados. Igualmente protege el derecho de igualdad de oportunidades en cuanto al trabajo, igualdad de condiciones laborales, seguridad social, salarios justos.

Bienes Jurídicos Tutelados. La Convención establece normas y procedimientos que deberán ser adoptados por los Estados partes de forma individual para la protección total de los derechos de los trabajadores migrantes, su reclutamiento, traslado y retorno a los países de origen y/o residencia, así como para el combate al tráfico clandestino e ilegal.

Su propósito es promover los derechos humanos civiles, políticos, sociales y culturales de los trabajadores migrantes y de sus familias, independientemente de su condición migratoria y jurídica, nacionalidad, lugar de origen, raza, sexo, idioma, opinión política, patrimonio, situación económica, estado civil y cualesquier otra condición.

Sosteniendo que es ilegal expulsar colectivamente a los trabajadores migratorios o destruir sus documentos de identidad, permisos de trabajo o pasaportes. Los trabajadores migratorios tienen los mismos derechos que los nacionales en lo relativo a remuneración, beneficios sociales, atención médica, sindicalización, transferencia de ganancias, ahorros y posesiones personales en caso de concluir su empleo.

Los hijos de los trabajadores migratorios tienen derecho a la inscripción de nacimiento, nacionalidad y acceso a la educación en el Estado de destino.

Los trabajadores migratorios.- Incluyen a toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.

Los trabajadores migratorios que protege la convención son:

"Trabajador fronterizo" - aquél que conserve su residencia en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana;

"Trabajador de temporada" - aquél que dependa de las condiciones estacionales y que trabaje sólo parte del año.

"Marino" - incluye a los pescadores y a todo aquel que esté empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional.

"Trabajador en una estructura marina" - aquél que esté empleado en una estructura marina que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional.

"Trabajador itinerante" - aquél que, aun teniendo su residencia en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación.

"Trabajador vinculado a un proyecto" - aquél que trabaja en un proyecto concreto que el empleador realiza en otro Estado.

"Trabajador con empleo concreto" - aquél que ha sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a otro Estado para realizar una tarea o función concreta y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes.

"Trabajador por cuenta propia" - aquél que trabaja normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por el Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales. Los desempleados, alentados por la idea de acceder a una vida mejor, emigran a otros sitios donde las opciones de trabajo parecen ser mejores.

A pesar de la percepción general, esto no quiere decir que los trabajadores migratorios siempre vayan de un país en desarrollo a uno desarrollado. De hecho, los trabajadores migratorios tienen las mismas posibilidades de ir de un país en desarrollo a otro que de ir a uno ya desarrollado.

Mientras que la pobreza y/o la incapacidad de mantenerse a sí mismos y a sus familias es la razón fundamental por la cual emigran los desempleados, el sector más empobrecido del mundo no puede hacerlo.

Por lo tanto, suelen ser aquellos que proceden de hogares de saldo medio (comparados con el resto de la comunidad) los que emigran. Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de Empleo, en lo que se refiere a la remuneración, así como a otras condiciones de trabajo.

Las decisiones sobre expulsión, deberán ser adoptadas por la Autoridad competente, conforme a Ley y cabe únicamente por motivos contemplados en la Legislación Interna del Estado de Empleo.

Cuando los países se enfrentan a una recesión económica, es una práctica común, restringir la migración en términos de legalidad, las barreras de entrada, solo suelen tener un efecto temporal o limitado y los migrantes recurren a formas ilegales. Se han introducido penas severas en algunos Estados, para los intermediarios que controlan la mano de obra ilegal y para los empleadores que admiten esta situación.

Otro aspecto trascendental se refiere a que la convención insta también a los Estados Partes a impedir movimientos clandestinos, adoptando medidas en contra de la difusión de información engañosa, migración, para detectar movimientos ilegales y e imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que dirijan la dirijan.

Por otro lado, impone obligaciones a los Estados Partes para promover condiciones equitativas respecto a la migración internacional de trabajadores y sus familiares. Entre estos requisitos, se encuentran la formulación de políticas sobre migración; el intercambio de información con otros Estados Partes; el suministro de información a empleadores, trabajadores y sus organizaciones acerca de las políticas, leyes y reglamentos relativos a la migración;

Crea un Comité de Protección de los Derechos, el mismo que estará integrado por 10 expertos, y su número aumentará a 14, cuando se hayan registrado 41 ratificaciones. Los miembros de éste Comité, serán elegidos en votación secreta por los Estados que ratifiquen la Convención; los miembros de la comisión, durarán 4 años en su función. Los Estados que han ratificado la Convención están en la obligación de informar en el plazo de un año, desde que entra en vigencia, medidas adoptadas para la aplicación de la convención, así como informar de las dificultades encontradas para su ejecución. Los informes que presentan los países serán analizados por el comité, el que transmitirá las observaciones apropiadas al los estados Partes.

Los Estados partes a su vez deberán presentar informes periódicos al Comité sobre la aplicación de la Convención y ésta, a su vez, podrá conocer denuncias sobre el incumplimiento o violaciones a los derechos de los trabajadores en otro Estado, con el fin de velar por el cumplimiento de las normas de la Convención y de formular recomendaciones. Dicho Comité trabajará y cooperará con otros organismos internacionales, especialmente con la OIT.

Un Estado Parte, puede reconocer la competencia del Comité, para recibir alegatos de otro Estado Parte, que también haya reconocido dicha competencia, por la falta de cumplimiento de la Convención. El Comité solo examinará aquellos reclamos después de haber agotado los recursos internos, luego podrá proponer sus buenos oficios para llegar a una solución amigable.

De acuerdo con el Art. 77, los Estados Partes, podrán reconocer la competencia del Comité, para recibir y examinar comunicaciones de personas, sometidas a su jurisdicción, que alegue que otro Estado parte, ha violado sus derechos, reconocidos en la Convención. Cuando el comité ha conocido un alegato, que no ha sido, ni está siendo examinado en otro procedimiento de investigación o solución internacional y de que se han agotado todos los recursos internos, podrá pedir explicaciones y expresar su opinión.

El Protocolo contra el Tráfico de Migrantes.- Constituye un instrumento complementario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional, señala que el tráfico de inmigrantes por tierra, mar y aire es la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado, parte del cual, dicha persona no sea nacional o residente permanente, a fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

Es importante destacar que el artículo 18 de la Constitución Política ecuatoriana sostiene que los derechos y garantías determinados en la misma y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. De esta manera ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en dicho instrumento o en la ley, para el ejercicio de estos derechos.

Tampoco podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución Política, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Sabemos que los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, no solamente son parte integrante de la normativa interna y por tanto directamente aplicables por las autoridades competentes, sino que tienen jerarquía constitucional de acuerdo con lo establecido en el artículo 163 de la Constitución. Por lo tanto, las disposiciones de la Convención, pueden ser invocadas ante las cortes y otros tribunales de la justicia ordinaria o autoridades administrativas y pueden ser aplicadas directamente.

1.3 La Organización Internacional del Migrante (OIM)

La OIM da la bienvenida a la entrada en vigor de la Convención de Derechos de los Migrantes.

La Convención reconoce las vulnerabilidades específicas de los trabajadores migrantes y la necesidad de reforzar las protecciones legales de modo comprensivo.

La Convención ofrece un número de normas internacionales respondiendo específicamente a las necesidades y a la realidad de los trabajadores migrantes.

Enfoca:

- * Protección para los migrantes, sean documentados o no.
- * Protección para la salida y tránsito, estadía en lugares de trabajo; y regreso y reestablecimiento a sus lugares de origen.
- * Establece un marco para el manejo de la migración, promoviendo condiciones equitativas, humanas y legales en conexión con la migración internacional.
- * Cooperación entre estados para prevenir y eliminar el tráfico y trabajo ilegal de los migrantes en situación irregular.
- * Establecer un sistema comprensivo de manejo de la migración, el mismo que deberá respetar los derechos humanos.

Los objetivos de la Convención coinciden con los de la Organización de muchas maneras. La OIM está ligada al principio de que la migración ordenada y tratada humanamente beneficia tanto a los migrantes como a la sociedad. Incluye el trabajo directo con migrantes para asegurar que sus derechos sean protegidos y el trabajo con los gobiernos para establecer sistemas de manejo de migración que apoyen los derechos humanos.

- Creando proyectos para asegurar que los migrantes sean informados de sus derechos y obligaciones a través del establecimiento de centros de información sobre migrantes o centros de recursos, y la provisión de asistencia legal a los migrantes. Además brinda apoyo y entrenamiento a ONGs locales para que ellas puedan brindar apoyo y protección a los migrantes.

La OIM realiza sus actividades individualmente o en cooperación con ONGs locales o internacionales, así como también con otras organizaciones intergubernamentales.

En definitiva su misión es prestar ayuda a los inmigrantes retornados, a fin de que encuentren un medio de subsistencia después de su llegada al país y durante su período de adaptación.

CAPITULO 3

MECANISMOS NACIONALES PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL EMIGRANTE Y EL INMIGRANTE

1.1 La Legislación e Instituciones de Protección al Inmigrante en el Ecuador.

Las normas que conforman la legislación ecuatoriana, en algunos casos, al tener su origen en convenios internacionales de los cuales es parte el Ecuador, constituyen los mecanismos de protección a favor del inmigrante ecuatoriano en el exterior y también del extranjero en el Ecuador. Sin embargo no todos los modernos desarrollos jurídicos han sido incorporados a la legislación ecuatoriana.

La Constitución Política del Ecuador de 1998 que entró en vigencia el 15 de agosto del ese año, determina que los derechos humanos y sociales de todos los ecuatorianos por igual; incorporando estándares legales internacionales en materia de protección de los derechos humanos del inmigrante, combatiendo el tráfico clandestino e ilegal. Sin embargo, las normas legales internas (Códigos, Leyes y Reglamentos), por constituir éste un delito nuevo y no tipificado, no lo contemplan, por lo que deben ser actualizadas y homologadas con las normas constitucionales. Siendo ejemplo de lo anterior, el hecho de que el Código Penal ecuatoriano no tipifica el delito del tráfico ilegal de personas.

Sin embargo el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, al establecer una Unidad especial para la atención de los ecuatorianos en el exterior (Acuerdo Ministerial n° 0175, Registro Oficial N° 120, del 14 de julio de 2000), y por la Fiscalía General, creó una Fiscalía Especial para la investigación del tráfico ilegal de personas.

Cabe destacar la iniciativa del Gobierno Nacional al declarar como política de Estado la lucha contra el tráfico ilegal de inmigrantes, entre otros delitos, y la creación de una comisión de alto nivel integrada por los Ministerios de Gobierno, Relaciones Exteriores, Salud, Bienestar Social, Educación y Trabajo, así como por la Fiscalía General de la Nación, INNFA, y el Consejo Nacional de la Mujer, es sin duda un paso valioso para controlar de mejor manera la problemática migratoria.

Por otro lado la Revista Plan Migración, Comunicación y Desarrollo destaca que el migrante está totalmente desprotegido, porque la propia Constitución ecuatoriana, niega al hijo del ecuatoriano que nace en el exterior el derecho a ser ecuatoriano. Por ello sugiere que es preciso una inmediata reforma al artículo 7.

1.2 Rol de las Misiones Diplomáticas y Consulares Ecuatorianas.- Sus actividades están reguladas por la Ley Orgánica del Servicio Exterior, el Reglamento de las Misiones Diplomáticas, el Reglamento de las Oficinas Consulares, la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares. Dichas leyes, tal como lo hace la legislación internacional, no tipifican como delito a la inmigración irregular; son más bien normas de carácter funcional. Establecen la obligación del agente diplomático y consular ecuatoriano de prestar su auxilio a los ciudadanos ecuatorianos en el exterior que así lo necesiten; así como el derecho de éstos de exigir tal asistencia a los primeros. El Artículo 2, Literal d) del Reglamento de las Oficinas Consulares establece que son atribuciones y deberes de los funcionarios consulares prestar apoyo y protección a los ecuatorianos residentes en el territorio de su circunscripción cuando lo requieran y soliciten». Por su parte, los literales a) y e) del Artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, establecen como funciones del agente diplomático proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional, a la vez que debe prestar asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, respectivamente.

Desde esta perspectiva se debe tomar en cuenta que el inmigrante irregular no es un delincuente sino que tan solo incumple normas de carácter administrativo, a diferencia del tratante de personas o coyote cuyas actividades ilícitas sí están tipificadas en las leyes penales de algunos países y en las convenciones internacionales.

1.3 La normativa ecuatoriana frente a los derechos de los extranjeros

La Constitución Política de la República consagra que el Estado garantizará el goce de los derechos humanos establecidos en la constitución en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes, determinando que el más alto nivel del Estado constituye respetar y hacer respetar los derechos humanos.

La Constitución actual, garantiza a los extranjeros el derecho de asilo, con arreglo a la Ley y a los Convenios Internacionales. Cabe resaltar que no continua vigentes las disposiciones referentes a los españoles e iberoamericanos de nacimiento que se domiciliaren en el Ecuador, quienes eran considerados ecuatorianos por naturalización, sin perder su nacionalidad de origen si manifestaren su voluntad de serlo y los Estados correspondientes aplicaren un régimen de reciprocidad, el hecho de que ya no conste en la Constitución la regla referida a los españoles e iberoamericanos es porque al suprimirse por disposición transitoria la nacionalidad, y no tener ninguna regulación la Constitución, no era lógico que se conserve la norma que constaba en la anterior Constitución. Esperamos eso sí que se reestablezca la nacionalidad para los ecuatorianos y entonces comenzará a aplicarse el convenio de doble nacionalidad que se mantiene con España.

La Constitución Política del Ecuador de 1998, introdujo algunos aspectos que están acorde con la normativa internacional. Tal es el caso del Artículo 17 que establece que el Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación, el libre ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

Al señalar "a todos sus habitantes", la Constitución propugna la igualdad de condiciones para nacionales y extranjeros y enfatiza la cláusula de no discriminación que consta en la mayor parte de tratados internacionales. La Carta Política, expresa que los derechos que serán garantizados a todos los habitantes del territorio no son únicamente los señalados en su texto normativo, sino aquellos que constan en los instrumentos internacionales. Este alcance constitucional es amplio convirtiéndole en pauta general que permite establecer las reformas legales más importantes y urgentes que deben ser emprendidas

El Artículo 13 de la Constitución podría considerarse como opuesto al artículo 17, ya que dispone que los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley. Sin embargo, esta cláusula de excepción, también está presente en la normativa internacional. El problema es establecer en la legislación interna cuáles serían esas limitaciones necesarias para un convivir igualitario.

Es comúnmente aceptado por la mayor parte de sociedades que los únicos derechos que no se concede a extranjeros en un territorio son los derechos políticos. De hecho, así lo establece la Constitución Política en su artículo 26, establece que los extranjeros no gozarán de estos derechos.

Derechos políticos

Pese a que en nuestra constitución los derechos políticos no incluyen a los extrajeros. No obstante la doctrina internacional se está inclinando en considerar que los extranjeros pueden gozar de ciertos derechos políticos, en base a lo que dispone el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala que todos los ciudadanos gozarán, siguientes derechos:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, realizadas por sufragio universal y secreto; c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país."

Algunos interpretan la palabra "ciudadano" como "nacional del Estado". La Constitución Política ecuatoriana recogió esta tendencia manifestando en el artículo 6 que todos los ecuatorianos son ciudadanos, excluyendo de esa manera a los extranjeros. Por ende, no sería necesario, aparentemente, una armonización del artículo 25 del Pacto con la Constitución Política. Pese a ello, ciertas legislaciones han considerado en su normativa la concesión de ciertos derechos políticos a extranjeros.

El tema de la concesión de los derechos políticos a los extranjeros es una cuestión que se encuentra este momento en el debate internacional. Por ejemplo, los migrantes ecuatorianos en España están exigiendo alguna forma de participación política, al demandar el derecho al voto para ciertas representaciones

Situación Jurídica de los Extranjeros:

Los extranjeros gozan de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en la Ley. De esta manera y en armonía con la Constitución, el Código del Trabajo manifiesta que todo extranjero que desee ingresar al país con el propósito de desarrollar actividades laborales con dependencia de personas naturales o jurídicas, domiciliadas en el Ecuador o en otro país, para solicitar la respectiva visa y su inscripción en el Registro de Extranjeros o la renovación de la misma así como para la modificación hacia esta calidad y categorías migratorias de tipo laboral, con posterioridad a su admisión en el país, deberán previamente obtener un certificado otorgado por el Director Nacional de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos en el que conste la autorización favorable de la actividad a desarrollar y que su admisión y/o permanencia en el país, no afecte a la política nacional de empleo y recursos humanos.

Actúan como principios rectores de dicha política, los siguientes elementos:

- a) Verificación de que la contratación de trabajadores extranjeros, se de en los términos previstos en la Ley.
- b) Apertura del ingreso de extranjeros, que contribuyan al adelanto técnico, científico y cultural del país.

1.4 Los Contratos de Enganche

Enganche para el exterior.- En los casos en que fueren contratados trabajadores, individual o colectivamente por enganche, para prestar servicios fuera del país, los contratos deberán forzosamente celebrarse por escrito.

Apoderado del enganchador.- El enganchador de trabajadores deberá tener en el Ecuador, por el tiempo que duren los contratos y un año más a partir de la terminación de los mismos, un apoderado legalmente constituido que responda por las reclamaciones o demandas de los trabajadores o de sus parientes.

Fianza.- Los empresarios, los contratistas y todos los que se dediquen al enganche de trabajadores destinados a servir fuera del país, están especialmente obligados a rendir fianza ante la autoridad que intervenga en el contrato, por una cantidad igual, por lo menos, en cada caso, al valor del pasaje de regreso de los trabajadores contratados, desde el lugar del trabajo hasta el de su procedencia.

Autorización para salida de enganchados.- La Dirección General de Migración no autorizará la salida de los trabajadores enganchados, sin la presentación por parte del empresario o enganchador, de la escritura o documento en que conste la caución.

Vigilancia del cumplimiento de contratos.- El Ministro de Trabajo y Recursos Humanos encargará al representante diplomático o consular de la República en el lugar donde se hallen los trabajadores contratados, la mayor vigilancia acerca del cumplimiento de los contratos, de los que se le remitirán copias, y se le pedirán informes periódicamente.

Enganche para el país.- Cuando el enganche se haga para prestar servicios dentro del país en lugar diverso de la residencia habitual de los trabajadores o en diferente provincia, el contrato debe constar por escrito y en él se estipulará que los gastos de ida y de regreso serán de cargo del empleador; tales contratos llevarán la aprobación del funcionario de trabajo del lugar donde se realice el enganche.

Prohibición.- Prohíbe el enganche de menores de 18 años de edad, para destinarlos a trabajos fuera del país.

1.5 Calidades y categorías de inmigración de acuerdo a la ley de extranjería ecuatoriana

La ley de extranjería define al inmigrante como todo extranjero que se interna legalmente y condicionalmente en el país, con el propósito de radicarse y desarrollar las actividades autorizadas que en cada categoría siguientes:

* Para vivir de su depósitos, de las rentas que estos produzcan o de cualquier otro ingreso permanente que se traslade al país. Para invertir su capital en la adquisición de bienes raíces o un certificado, títulos o bonos del Estado o de Instituciones Nacionales de Crédito. Para invertir su capital en cualquier rama de la industria, agricultura, ganadería o de comercio de exportación en forma estable y distinta a la sociedad por acciones. Para asumir indefinidamente funciones administrativas, técnicas o de especialización en empresas, instituciones o personas establecidas en el país.

Podrán autorizarse estas visas, para profesionales extranjeros que acrediten su título profesional, se tendrá en cuenta lo dispuesto en los Convenios y Acuerdos Internacionales.

Reglas para su otorgamiento

La visa deberá solicitar la persona bajo cuya dependencia económica vaya a vivir el interesado, acreditar la nacionalidad ecuatoriana o la de residente. El que solicita deberá justificar su solvencia económica.

Los inmigrantes no podrán ausentarse más de 90 días en los primeros años.

Los no inmigrantes

Se considera no inmigrante a todo extranjero con domicilio en otro estado, que se interna legal y condicionalmente en el país, sin el ánimo de radicarse, entre estos se encuentran:

*Funcionarios diplomáticos o consulares, funcionarios internacionales calificados pertenecientes a organismos internacionales de los que sea miembro el Ecuador.

* Altos funcionarios de otros Estados y sus familiares.

* Personas desplazadas como consecuencia de guerras o de persecuciones políticas en su país de origen, para proteger su vida o libertad, y sus familiares más cercanos.

* Estudiantes que deseen iniciar, completar o perfeccionar su instrucción en establecimientos oficiales o particulares con reconocimiento gubernamental, y sus familiares más cercanos.

* Profesionales de alto nivel técnico o trabajadores especializados que sean llamados por empresas, instituciones o personas establecidas en el país, para ejecutar labores temporales y sus familiares..

* Misioneros, voluntarios o religiosos pertenecientes a organizaciones u órdenes reconocidas en su país de origen y en el Ecuador para dedicarse a labores asistenciales, docentes o de apostolado, y sus familiares más cercanos.

* Personas asistidas por organismos nacionales constituidos legalmente para desarrollar programas de intercambio cultural, y sus familiares más cercanos.

* Visitantes temporales con fines lícitos tales como turismo, deporte, salud, estudio, ciencia, arte o para ejecutar actos de comercio que no impliquen la importación simultánea de bienes.

Registro de la Visa: Establece que todo extranjero sujeto al fuero territorial y mayor de 18 años que hubiere sido admitido en calidad de inmigrante o de no inmigrante con excepción de los transeúntes, deberá inscribirse en el Registro de Extranjeros del Departamento Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, dentro de los 30 días siguientes a los de su desembarque en el territorio nacional.

Efectos del Registro: Los extranjeros admitidos en calidad de inmigrante desde la fecha de su inscripción en el Registro de Extranjeros del Departamento Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, adquieren el domicilio político en el Ecuador. La distinción jurídica entre los extranjeros admitidos o inscritos en calidad de inmigrantes de los no inmigrantes, tiene por objeto, regular el goce y ejercicio de los derechos de los inmigrantes por el sistema legal de domicilio, en todos los casos que se reconoce y aplica la legislación nacional.

Cambios de Categorías Migratorias: Ningún extranjero podrá conservar dos o más calidades de inmigración simultáneamente. Para modificar la calidad o categoría de un extranjero legalmente admitido e inscrito, será necesario el dictamen favorable del Consejo Consultivo de Política Migratoria.

Síntesis de las Normas Contenidas en la Ley de Migración:

Estableciendo en como primer orden que corresponde a la Función Ejecutiva por conducto del Ministerio de Gobierno y Policía, la aplicación y ejecución de las normas y procedimientos relativos al control migratorio, la ley de Migración se encarga de las siguientes esferas:

- * Organiza las entradas y salidas de nacionales y extranjeros, mediante la calificación de sus documentos, ejerce el control para que se cumpla con la Ley y los convenios internacionales sobre la permanencia y las actividades de los ciudadanos extranjeros en el país. Reprime la migración clandestina, registra los movimientos migratorios, lleva las estadísticas de nacionales y extranjeros, impide los ingresos y salidas de personas que no se sujetan a la Ley.

* Establece reglas para el tránsito internacional, la identificación, los exámenes médicos de los ciudadanos extranjeros, revisión e inspección de personas y vehículos. Aplica normas de exclusión de extranjeros.

* Contiene normas relativas al asilo provisional, hasta que el Departamento Consular resuelva lo pertinente. Ejerce competencia en la relativo a la deportación de extranjeros, cuando hayan ingresado a la inspección migratoria, o se trate de personas excluidas de admisión o condenadas penalmente en el Ecuador por sentencia ejecutoriada, o se trate de infractores que no pueden ser juzgados en el país, por falta de competencia territorial.

Prohíbe el ingreso de menores de edad, salvo que se encuentren acompañados de su Representante Legal, entre otras.

1.6 Principales derechos del trabajador que la Constitución y el Código de Trabajo protegen

La Constitución así como las normas laborales protegen tanto los derechos establecidos en la ley, como los adquiridos mediante el contrato de trabajo, sea este individual o colectivo, derechos como: duración mínima del empleo en base al contrato; salario mínimo que varía de acuerdo con la profesión; derechos de la mujer y del menor; además máxima y mínima cantidad de horas trabajadas.

- En caso de que se vulneren los derechos de los trabajadores migratorios, ellos tienen la potestad de acudir ante las autoridades de trabajo para hacer sus reclamaciones, como si se trataran de ciudadanos ecuatorianos. Si la reclamación fuere de carácter administrativo, pueden acudir a las Direcciones Regionales de Trabajo conforme a la jurisdicción y competencia, para que sea planteada su reclamación. Si es que el conflicto o los conflictos no fueren solucionados por la vía administrativa, el ciudadano extranjero tiene la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos.

- La situación irregular no impide que la persona pueda hacer sus reclamaciones tanto en la vía administrativa como judicial, de conformidad con las normas internacionales.

Los derechos más importantes se pueden resumir de los trabajadores son los siguientes:

- Si el empleador despide a un empleado, en circunstancias que no sean la terminación del empleo como resultado de la expiración del contrato de servicio determinado o el resultado del término de un período determinado, el empleador debe pagar una indemnización que será determinada sobre la base del salario del trabajador y del tiempo que ha trabajado.

- Para la mayoría de los contratos en los que no se especifica un horario de trabajo, las leyes laborales dictan un mínimo y un máximo de horas laborables. El mínimo es de 40 horas semanales y el las horas extras se fijan en un máximo de 3 diarias, con un máximo de 12 horas semanales. No obstante, estos límites pueden modificarse mediante la autorización de un representante del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos o por acuerdo mutuo entre el empleado y el empleador.

Todos los empleados que hayan trabajado un año en la misma empresa tienen derecho a 15 días calendario, ininterrumpidos, de vacaciones pagadas. A partir del sexto año de trabajo en la misma empresa, el empleado tendrá derecho a un día adicional de vacaciones pagadas por cada año adicional de trabajo, hasta llegar a un total máximo de treinta días. Además, existen días festivos nacionales pagados. Aquellos salarios que exceden al salario mínimo son negociados entre el empleado y el empleador, el cual debe además proveer los siguientes ingresos complementarios al salario de cualquier empleado a tiempo completo: decimotercer sueldo, equivalente a la doceava parte de lo recibido por el trabajador en un año, este beneficio debe ser pagado en diciembre de cada año; decimocuarto sueldo, equivalente a dos salarios mínimos vitales generales, pagaderos en abril en la región costa y en septiembre en la sierra y el oriente.

- Todos los empleadores y sus empleados deben contribuir al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) y tienen derecho a recibir sus beneficios y asistencia. Los empleados contribuyen con el 9,35% de su salario mensual, mientras que los empleadores deben contribuir con el 12,15% del salario mensual de cada trabajador. Los empleadores deben contribuir anualmente al IESS con el equivalente a un salario mensual promedio de lo ganado en un año a partir del segundo año de trabajo, por cada año que el trabajador permanezca en su empleo. El dinero se deposita en un fondo llamado "de reserva" manejado por el IESS y que el empleado puede retirar a su discreción.

- Las trabajadoras embarazadas y las madres tienen derecho a algunos beneficios, establecidos en la Ley y el Estatuto del IESS. Las leyes vigentes imponen severas sanciones para el empleador que, con conocimiento, despide a una mujer sin otra razón que la de su embarazo. Las mujeres embarazadas tienen derecho a un permiso de ausencia que empieza 2 semanas antes y termina 10 semanas después del parto; también tienen derecho a terminar la jornada de trabajo dos horas antes durante un período de 9 meses después del alumbramiento.

La Revista Plan Migración, Comunicación y Desarrollo describe como situación necesaria reiterar que los extranjeros que pretendan trabajar y residir en Ecuador deben obtener la visa de no inmigrante, categoría VI de trabajo, la misma que les permite realizar una labor profesional en el país. Esta visa se la puede obtener en el Consulado ecuatoriano antes de emprender el viaje al Ecuador o en el Ministerio de Relaciones Exteriores, ya en el país.

La autorización para la emisión de la visa de trabajo es otorgada por el Ministerio de Trabajo a través de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos, una vez presentada la documentación de rigor que justifique que el extranjero tendrá una relación laboral bajo contrato en Ecuador.

1.7 Referencia a ciertos convenios que el Ecuador sostiene en materia laboral

Washington Barriga López, y Fernando Sánchez Muñoz, en su obra Convenios Internacionales Socio Laborales Vigentes, establecen los convenios de la OIT, de los cuales haremos una síntesis con los principales puntos de aquellos convenios que consideramos los más importantes:

Convenio 88

Organización del servicio de Empleo

El servicio de empleo es un sistema nacional de oficinas de empleo, sujeto al control de una autoridad nacional.

* El servicio debe ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo conveniente y a los empleadores a contratar empleados adecuados, conforme a reglas de un plan nacional. Además deben obtener de los empleadores información sobre de empleos vacantes. Facilitar la movilidad de trabajadores de un país a otro.

* Colaborar en la administración de seguro y de asistencia de desempleo.

Convenio 95

Protección del salario

Por salario se entiende la remuneración, sea cual sea su método de cálculo, fijada por un acuerdo o por la legislación nacional y debida por un empleador a un trabajador por un contrato de trabajo, verbal o escrito. Este convenio se aplica a las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario.

* Los salarios deben pagarse en efectivo exclusivamente en moneda de curso legal, prohibiéndose el pago con pagarés, vales o cupones.

* La autoridad competente puede permitir el pago a través de un cheque cuando este modo de pago sea corriente o necesario.

* Los descuentos solo se permiten dentro de los límites de la legislación nacional.

* El salario no se puede embargar.

Convenio 97

Trabajadores Migrantes

Todo miembro de la OIT para el cual se halle en vigor dicho convenio se obliga a poner a disposición de la oficina internacional del trabajo y de otro miembro cuando éste lo solicite:

- a) información sobre la política y legislación nacional sobre migración.
- b) Información sobre disposiciones especiales sobre movimiento de trabajadores migrantes.
- c) Informes sobre acuerdos generales y arreglos especiales.

Todo miembro debe mantener tanto en la entrada como en la salida, la salud de los migrantes y sus familias.

Todo miembro se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentran legalmente en su territorio, sin discriminación, un trato no menos favorable que al de sus nacionales en materia de:

- * Remuneración, incluidos subsidios familiares
- * Afiliación a sindicatos
- * Vivienda
- * Seguridad social
- * Impuestos, derechos y contribuciones del trabajo.

Los efectos personales pertenecientes a los trabajadores migrantes reclutados y a los miembros de sus familias que hayan sido autorizados a acompañarlos están exentos de derechos de aduana.

Convenio 105

Abolición del trabajo forzoso

Todo miembro se obliga a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio:

- a) Como medio de coerción o educación políticas o castigo por tener o expresar opiniones políticas o ideológicas.
- b) Como método de utilización de la mano de obra con fines de fomento económico.
- c) Como medida de disciplina en el trabajo.
- d) Como castigo por haber participado en huelgas.
- e) Como medida de discriminación social, racial o religiosa.

Convenio 111

Relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación

Según este convenio la discriminación constituye cualquier distinción, exclusión, por raza, sexo religión, u opinión política, u otra distinción que afecte la igualdad de oportunidades.

Por empleo y ocupación se entiende los medios de formación profesional y admisión en el empleo, así como las condiciones de trabajo.

Convenio 112

Relativo a la edad Mínima de admisión al trabajo de los pescadores

La expresión “barco de pesca” se refiere a toda embarcación, buque o barco, cualquiera sea su clase, de propiedad pública o privada que se dediquen a la pesca en agua salada. No se aplica en la pesca en puertos ni estuarios.

Prohíbe a los niños menores de 15 años prestar servicio a bordo de un barco de pesca.

Los menores de 18 años no pueden trabajar como paleros, fogoneros o pañoleros en barcos de pesca que utilicen carbón.

Convenio 113

Relativo al examen Médico de los Pescadores

Sostiene que ninguna persona podrá ser empleada a bordo de un barco de pesca, en cualquier calidad, sino presenta un certificado que pruebe su aptitud física para el trabajo marítimo por un médico autorizado por la autoridad competente.

Convenio 115

Relativo a la Protección de los Trabajadores contra las radiaciones ionizantes.

No se aplica a las sustancias radiactivas, precintadas o no, ni a los aparatos generadores de radiaciones ionizantes.

De acuerdo a los conocimientos debe adoptarse medidas para una protección eficaz.

Medidas de Protección.

Las dosis y cantidades máximas admisibles de radiación ionizante deben ser objeto de revisión de acuerdo a los nuevos conocimientos.

No puede emplearse a menores de 16 años en trabajos que utilicen radiaciones ionizantes.

Todos los trabajadores deben someterse a exámenes médicos a intervalos apropiados.

Convenio 117

Normas y objetivos de la política social

Considera al mejoramiento del nivel de vida como pilar del desarrollo económico.

Se centra en evitar la dislocación de la familia a través de estudio y medidas del movimiento migratorio, fomento del urbanismo.

Se tomarán medidas que permitan al productor independiente y al asalariado mejorar su nivel de vida.

Al fijarse el nivel de vida se observarán las necesidades familiares de los trabajadores, el alimento, la vivienda la asistencia médica y la educación.

Disposiciones para trabajadores migrantes: Cuando los trabajadores estén empleados fuera de sus hogares, las condiciones de trabajo tendrán en cuenta necesidades familiares normales.

Cuando los trabajadores se trasladen a una región donde el costo de vida sea más elevado, se observará el aumento de costo de vida que tiene este cambio de residencia.

Remuneración: Se establece la fijación de salarios mínimos por medio de contratos colectivos celebrados entre sindicatos que representen a los trabajadores o a los empleadores.

Cuando no exista fijación de salarios por parte de contratos colectivos se la fija conforme una consulta a los representantes tanto de los trabajadores como empleadores.

Convenio 121

Prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Define al “establecimiento industrial” como la actividad económica en: minas, canteras industrias manufactureras construcción, electricidad, gas, agua, servicio sanitario, transporte, almacenamiento y comunicaciones.

La legislación nacional en caso de accidentes de trabajos y enfermedades laborales, debe proteger a los asalariados, aprendices del sector público y privado.

Las contingencias cubiertas cuando se deban a un accidente de trabajo o enfermedad profesional comprenderán:

- a) Estado mórbido.
- b) Incapacidad para trabajar resultado de un estado mórbido que suspenda las ganancias, según la definición de la legislación natural.
- c) Pérdida total de la capacidad para ganar o pérdida parcial que exceda de un grado prescrito, cuando dicha pérdida sea permanente.
- d) Pérdida de los medios de existencia consecuencia de la muerte del sostén de la familia.

Si existe pérdida total de la capacidad para ganar en caso de que sea permanente, o disminución correspondiente de las facultades físicas, la prestación monetaria será un pago periódico.

Si existe pérdida parcial de la capacidad para ganar que exceda de un porcentaje prescrito.

La legislación nacional será la encargada de determinar las condiciones en que los pagos periódicos deban reevaluarse, o terminarse.

Convenio 122

Política de empleo

A fin de satisfacer las necesidades de mano de obra, el problema del empleo y subempleo, todo miembro debe tener una política destinada a fomentar el empleo productivo y libremente elegido. Para ello se requiere:

- a) Garantizar trabajo para todas las personas.
- b) Que dicho trabajo sea productivo.
- c) Que habrá libertad para escoger empleo y tendrán una formación necesaria.

Convenio 127

Peso máximo de carga que puede transportar un trabajador

Por transporte manual de carga se entiende todo transporte en que el peso de la carga es soportado por un trabajador, incluido el levantamiento y la colocación.

Se aplica al transporte manual y habitual de carga.

* No se permitirá a un trabajador el transporte manual de carga cuyo peso puede comprometer su salud.

* Todo trabajador de carga que no sea ligera, debe recibir una formación sobre los métodos de trabajo.

* El empleo de mujeres y jóvenes menores de 18 años será limitado.

Convenio 128

Prestaciones de Invalidez, vejez y sobrevivientes

La contingencia cubierta es para una edad prescrita que no exceda de los 65 años, pero una edad más avanzada podrá ser prescrita por la autoridad observando criterios demográficos económicos.

CAPITULO 4

LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA FRENTE A LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES

1.1 Regulación estatal de la emigración laboral en España

En España, la legislación existente contra la discriminación y la exclusión social ha sido enmendada centrándose en los derechos civiles y sociales de los inmigrantes.

Bajo un programa para la regularización de extranjeros y la coordinación de políticas migratorias (GRECO), adoptado en el 2001, el mismo que abarca intervenciones del gobierno central, de las regiones autónomas y de las municipalidades locales. Este programa intenta balancear un enfoque político sobre migración, centrándose en: la coordinación de una política de inmigración, dentro del marco de la EU; la integración de extranjeros que residen de manera legal en España; la regularización de migrantes irregulares.

A pesar de que la legislación española reconoce derechos sociales y políticos a todas las personas presentes en España, sin importar la nacionalidad, resulta paradójico que para el goce de dichos derechos se diferencie entre el extranjero regular y el irregular.

Del estatuto de del trabajador se derivan otros derechos del ciudadano con los que cuenta el extranjero.

Los derechos para los extranjeros contemplados en la ley de Extranjería como en la Ley Orgánica 8/2000 los podemos sintetizar en los siguientes:

- *Derecho a la documentación:* Conlleva el derecho y la obligación de conservar la documentación que acredite la identidad, expedida por las autoridades del país de origen, en su caso, la que acredite su situación en España.

Según la ley orgánica 8/2000 “todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a 6 meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización”

* *Derecho a la libertad de circulación:* Si existe una situación administrativa regular, es decir, autorización de estancia y/o residencia, significa el derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir residencia sin más limitaciones que las establecidas por los tratados, las leyes o las acordadas por la autoridad judicial.

* *Participación pública:* Este derecho está condicionado a criterios de reciprocidad en los tratados.

* *Libertades de reunión y asociación:* Sólo puede ejercer el extranjero en iguales derechos que el español, si se cuenta con una autorización de estancia o de residencia en España.

* *Derecho a la educación:* El extranjero menor de 18 años, tiene derecho a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Este derecho abarca la obtención del título, becas y ayudas públicas.

Sólo la situación administrativa regular da derecho a la educación no obligatoria, es decir, a la educación de grado medio o superior, en las mismas condiciones que los españoles.

* *Derecho al trabajo y a la Seguridad Social:* Para trabajar en España es necesario ser mayor de 16 años y obtener una autorización de residencia y trabajo. Una vez obtenidas es necesario un contrato de trabajo, de esta manera se puede proceder a la afiliación en la Seguridad Social.

* *Libertad de sindicación y de huelga:* Con autorización de estancia o una autorización de residencia en España se puede afiliarse a un sindicato o a una organización profesional, asimismo, si hay autorización para trabajar, es decir, si cuenta con una autorización de residencia y trabajo, se puede ejercer el derecho de huelga. A pesar de que estos son derechos propios del trabajador, vemos que en la legislación española se los niega.

* *Asistencia sanitaria:* Distingue entre:

- Situación regular, es decir, extranjeros autorizados a residir en España, tienen derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles.

- Situación irregular, en España: Los extranjeros en situación administrativa irregular o extranjeros sin recursos no tienen derecho a la prestación sanitaria de Seguridad Social, pero empadronados en un municipio, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

En cualquier caso, tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. Si el extranjero es menor de 18 años tiene derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

* *Derecho a la vivienda:* Para acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles, deben contar con la residencia en España.

* *Derecho a Seguridad Social*: El extranjero residente (es decir, con situación administrativa regular) tendrá derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social y derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto generales, básicos y específicos, en las mismas condiciones que los españoles. Cualquiera que sea la situación administrativa, regular o irregular, da derecho a las prestaciones sociales básicas.

En cuanto a la afiliación:

Para los trabajadores extranjeros, la afiliación a la Seguridad Social deberá realizarse una vez que obtengan la autorización de residencia y trabajo. Si en el momento de solicitar la tarjeta de identidad de extranjero o si transcurrido un mes desde su entrada en España, no existiera constancia de la afiliación del trabajador autorizado inicialmente a residir y trabajar, la autoridad competente podrá resolver la extinción de esta autorización concedida.

Si el empresario incumple su obligación, los trabajadores pueden instar directamente su afiliación y alta inicial a la Seguridad Social. Este organismo también puede proceder a la afiliación de oficio.

Seguridad Social

A las prestaciones de modalidad contributiva, están incluidos dentro del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles residentes en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que ejerzan su actividad en territorio nacional y sean:

- Trabajadores por cuenta ajena.
- Trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado.
- Estudiantes.
- Funcionarios públicos, civiles y militares.

A las prestaciones no contributivas, están incluidos en la aplicación del sistema de la Seguridad Social todos los españoles residentes en territorio nacional; y en virtud de la ley de Extranjería, todos los extranjeros que se encuentren en situación administrativa regular, siempre que cumplan los requisitos de cada una de las prestaciones.

Composición del Sistema de Seguridad Social

- Régimen general.
- Regímenes especiales:
 - Agrario
 - Trabajadores del mar
 - Trabajadores autónomos
 - Empleados de hogar
 - Minería del carbón
 - Estudiantes (seguro escolar)
 - Funcionarios

Salario: La estructura del salario se establece mediante negociación colectiva, o en el contrato individual.

Composición del salario

- El salario base: fijado por unidad de tiempo o de obra.
- Los complementos salariales: depende de circunstancias como las condiciones personales del trabajador, el trabajo realizado, la situación y resultados de la empresa, la antigüedad, las pagas extraordinarias, el alojamiento, la manutención, etc.

Derechos del trabajador en relación al abono del salario

- Pago del mismo en la fecha y lugar establecidos.
- Entrega del recibo del salario.
- Que no se efectúe por periodos superiores al mes.
- Percibir anticipos a cuenta, a cambio del trabajo ya realizado.

- Si se retrasa el pago, a percibir un interés del 10% anual por el retraso sobre el importe del salario.

En España existen dos pagas extraordinarias anuales, una pagadera en Navidad y otra, en el mes que se fije por convenio colectivo o por el acuerdo entre el empresario y representante de los trabajadores.

También existe la posibilidad de que del importe de las dos pagas extraordinarias se pueda dividir, pagándolo cada mes.

Existe además un Salario Mínimo Interprofesional que fija anualmente el Gobierno, tanto para los trabajadores fijos como para los eventuales o temporeros, así como para el personal al servicio del hogar familiar. Se trata de un salario mínimo, por lo que el salario fijado en el contrato de trabajo, ya sea por convenio colectivo o por pacto individual con la empresa, puede ser superior pero nunca inferior a dicho SMI.

La Cotización: Es una cantidad que el empresario retiene de las nóminas y la ingresa en la Seguridad Social; que al trabajador le corresponde cotizar por contingencia comunes (enfermedades comunes y accidentes no laborales), desempleo, salvo trabajadores de temporada, transfronterizos o estudiantes y formación profesional; y que la cotización es imprescindible para la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo.

Jornada laboral.- Su duración será la pactada en los convenios colectivos o en el contrato de trabajo. La duración máxima no podrá exceder de las 40 horas semanales en cómputo anual. Y no podrá ser superior a 9 horas diarias, salvo que por convenio colectivo, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando el descanso entre jornadas, que será como mínimo de 12 horas.

Prevención de riesgos laborales

Derechos del trabajador

- * Ser informado de los riesgos para su seguridad y de las medidas preventivas adoptadas, incluidas las previstas para hacer frente a situaciones de emergencia.
- * Recibir una información en el momento de su contratación y cuando cambie el contenido de su labor.
- * Abandonar el lugar de trabajo, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave su salud.
- * Vigilancia de su estado de salud, en función de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo.
- * Participar en cuestiones que afecten la seguridad.
- * Efectuar propuestas al empresario y a los órganos de participación y representación (delegados de prevención, comité de seguridad y salud).

Además vale destacar que los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo, están obligados a asegurar que éstos, no constituyan una fuente de peligro para el trabajador

Obligaciones de los trabajadores:

Velar por su seguridad y por la de sus compañeros.

- Usando adecuadamente máquinas, herramientas, sustancias peligrosas, equipos.
- Utilizar correctamente los dispositivos de seguridad de los medios y lugares de trabajo.
- Informar a su superior y a los encargados de prevención en la empresa sobre cualquier situación que, a su juicio, entrañe un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores.
- Cumplir las obligaciones establecidas por la autoridad competente.
- Cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores.

Requisitos para la entrada en territorio español de acuerdo a la ley Orgánica 8/2000 de España

- El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas.

Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

- Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado.

El visado de trabajo y residencia, habilita para ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia y le permite residir.

Expedición del visado. Se solicita y se lo expide en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España, salvo en los supuestos excepcionales que se contemplen reglamentariamente.

La potestad de otorgamiento o su denegación se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la UE, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana.

La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena.

De la autorización de trabajo

Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.

Excepciones al permiso de trabajo:

- Técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados por el Estado, las Comunidades Autónomas o entes locales.
- Profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española.
- Personal directivo y el profesorado extranjeros, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en España programas culturales y docentes de sus países respectivos.
- Funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengan a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española.
- Corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, acreditados para el ejercicio de la actividad informativa.
- Miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado.
- Artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada.

- Ministros, religiosos o representantes de las diferentes iglesias y confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas.
- Extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos homologados internacionalmente, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente sindicales.
- Españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española.
- Extranjeros en situación de residencia permanente.

De acuerdo a la ley de extranjería Española debemos tomar en cuenta lo siguiente:

Situación de estancia

En los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a 3 meses, se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a 3 meses, en un período de 6 meses. Por ejemplo, el turista.

Residencia temporal

Se concede al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar. Puede ser *residencia no lucrativa*, si el extranjero no pretende realizar actividad lucrativa y *residencia lucrativa*, si el extranjero pretende realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena.

Residencia permanente

A la cual tienen derecho las personas que hayan tenido residencia temporal durante 5 años de forma continuada.

Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente.

Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España; residencia permanente, es una permanencia sin límite temporal alguno.

Las situaciones de residencia temporal lucrativa o de residencia permanente serían más propias de la inmigración.

Existe, por otro lado una restricción de los derechos del migrante como cabeza de familia, ya que si bien reconoce el derecho a una vida en familia, existen parámetros que contradicen esta manifestación, cuando restringe el reagrupamiento familiar, esto quiere decir que el extranjero residente no puede reagrupar a sus familiares si éstos viven en España ilegalmente, es decir que estos familiares deben llegar desde su país en un proceso legal de reagrupamiento. El residente que ha hubiere conseguido la residencia por reagrupamiento familiar no se beneficia automáticamente de los mismos derechos adquiridos por su cónyuge. No obstante el familiar reagrupado puede conseguir una autorización para trabajar, brindándole la posibilidad de conseguir una residencia independiente.

Junto con la residencia se requiere el empadronamiento en un municipio para la los derechos de seguridad social y vivienda. El derecho a la educación si bien se reconoce incluso a los no residentes, solo cubre la educación básica obligatoria.

El estatuto de residente otorga derechos sociales y económicos, propios del estatuto del ciudadano, pero el proceso de regularización para la residencia resulta un procedimiento complicado aun para el migrante que llegó de una manera legal. Por esta razón ley 8/00 ha sido cuestionada por entrar en contradicción con la legislación Española, y la Declaración Universal de derechos Humanos

En cuanto al nuevo Reglamento de Extranjería del 2004 el objetivo es satisfacer la demanda de mano de obra extranjera existente y reducir el número de inmigrantes irregulares, a partir de:

- * Un programa de regularización para algunos trabajadores extranjeros.
- * Mecanismos de control de la inmigración.
- * Flexibilización del marco jurídico para la inmigración económica.

El proceso de normalización se estableció para aquellos trabajadores extranjeros que se encontraran empadronados en un municipio español antes del 8 de agosto del 2004, y que tuviesen un contrato de trabajo de 6 o más meses de duración, y reunieran requisitos, como no tener ningún antecedente delictivo en el país de origen. Otro requisito involucra a los países de origen. Se trata del record policial, documento oficial que certifica que el beneficiario no tiene antecedentes policiales. El programa no se aplica a los niños, cónyuges, estudiantes, trabajadores independientes, o personas con un permiso de residencia solamente.

Aparte de la función regular de las autoridades, se establecieron mecanismos de colaboración con las organizaciones no gubernamentales, asociaciones de inmigrantes y organizaciones sindicales para la presentación de solicitudes. La Comisión de Flujos Migratorios, Promoción e Integración Social de los Inmigrantes y Refugiados, delegada de la Comisión Interministerial de Extranjería, dirige y supervisa el procedimiento para la concesión de los permisos de trabajo y residencia, así como la elaboración de orientaciones para la resolución de solicitudes.

Los trabajadores discontinuos del servicio doméstico, deben obligatoriamente solicitarlo personalmente, esta normalización pudo ser solicitada entre Febrero y Mayo del 2005, por los empleadores y empresarios o por sus representantes legales.

Regulación extraordinaria

Como medida excepcional y temporal, previa a la aplicación del régimen ordinario del Reglamento, España ha establecido un proceso de regularización de los

extranjeros, para que puedan contratarse legalmente los trabajadores extranjeros que ya se haya en España en condiciones irregulares.

El proceso estará vigente durante los 3 meses siguientes a la aprobación del Reglamento, lapso en el cual, los trabajadores extranjeros que hayan llegado a España 6 meses antes de la entrada en vigor de la ley y que cuenten con un contrato de trabajo real puedan regularizar su situación

Para iniciar el proceso el trabajador debe “denunciar” es decir, declarar a las autoridades que ha sido contratado por cuenta ajena, a pesar de su situación de indocumentado. Luego de la denuncia, el empresario deberá hacer frente, con carácter retroactivo a sus obligaciones como patrono.

El patrono deberá presentar la documentación necesaria ante las instancias administrativas con la intención de regularizar el status laboral de su empleado. El certificado de antecedentes penales en España y en el país de origen, el empadronamiento del inmigrante con fecha de al menos 6 meses atrás y un contrato de trabajo por mínimo 6 meses, son algunas de las documentaciones requeridas para el denominado blanqueo.

Examinada la documentación por la administración pública y en el plazo de un mes desde que ésta notifique la autorización, el empresario deberá afiliar al trabajador en la Seguridad Social, condición indispensable para que el permiso comience su período de vigencia.

La regularización del extranjero indocumentado, constituye una medida de carácter temporal, según la cual se le suministrará al irregular un permiso transitorio de residencia mientras dure su contrato. El inmigrante regresaría a su país una vez que éste caduque.

La normativa establece que son dos los sujetos legitimados

En primer lugar el empresario que desee colocar a un trabajador extranjero siempre y cuando cumpla con los requisitos del proceso de normalización. En estos procedimientos en los que el sujeto legitimado es un empresario, las solicitudes tienen que ser presentadas personalmente por el empresario o por aquella persona que éste designe como representante. Considerándose representación legal empresarial quien tuviera reconocida dicha condición por el denominado sistema RED de la Tesorería General de la Seguridad Social en la fecha de publicación del nuevo Reglamento de Extranjería.

En segundo lugar, el trabajador extranjero, pero únicamente en el caso de trabajadores discontinuos (por horas) en el sector del servicio doméstico, la solicitud de autorización inicial debe ser presentada personalmente por el trabajador.

Requisitos que debe cumplir el empresario para contratar a un trabajador extranjero, acogiéndose al proceso de normalización:

* Existencia de un contrato de trabajo firmado entre empresario y trabajador, con el compromiso del empresario del mantenimiento de la prestación laboral por un período mínimo de 6 meses, con especificaciones:

1^a.- En el sector agrario ese período mínimo se reduce a 3 meses.

2^a.- En los sectores de la construcción y la hostelería, puede realizarse dentro de un período máximo de 12 meses.

3ª.- En el sector doméstico en el supuesto de la prestación de servicios para un solo empleador o cabeza de familia durante un tiempo igual o superior a 80 horas de trabajo efectivo al mes, e igual o inferior a 40 horas de trabajo efectivo a la semana, sin perjuicio de los tiempos de presencia, a disposición del empresario, que pudieran acordarse entre las partes. En este caso, la solicitud inicial de autorización de residencia y trabajo debe ser presentada por el cabeza de familia empresario y además se establece que los servicios deben ser prestados en el hogar en el que resida el cabeza de familia y en su caso, demás personas que componen dicho hogar.

En los contratos de trabajo a tiempo parcial, el período de prestación laboral aumenta proporcionalmente a la reducción sobre la jornada ordinaria pactada en dichos contratos, de tal manera que la suma de las jornadas que se deben realizar mediante los diferentes contratos a tiempo parcial, dentro del período de vigencia de la autorización, tenga una equivalencia, al menos, del total de un contrato a tiempo completo por un período mínimo de 6 meses.

Otro requisito es que la empresa solicitante debe estar inscrita en el régimen del sistema de la Seguridad Social y estar al día en sus obligaciones tributarias y cuotas exigibles por la Seguridad Social. Podrá requerirse al empresario la acreditación de los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para la realización del proyecto empresarial o contratación.

El último requisito es que las condiciones establecidas en el contrato de trabajo se ajusten a las convenidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.

Requisitos que debe cumplir el trabajador en la relación laboral por cuenta ajena:

Antes de conceder un permiso de trabajo a un extranjero se debe descartar la existencia de mano de obra española, comunitaria o extranjera con residencia legal en España y además debe existir:

* Empadronamiento en un municipio español, al menos 6 meses antes al 7 de febrero de 2005 (en concreto desde el 8 de agosto de 2004), con la acreditación suficiente de su presencia continuada en España durante este período.

* Posesión de la titulación, en su caso, debidamente homologada o la acreditación de la capacitación exigida para poder ejercer la profesión.

* Carecer de antecedentes penales tanto en España como en los países en los que hubiera residido en los 5 años anteriores, por delitos tipificados en el ordenamiento jurídico español.

* No debe tener prohibida su entrada en España.

ROMERO Moreno, J. L. Y CAMACHO Herrera, en su obra Política Migratoria sostienen que en definitiva las restricciones radican en que los permisos son de duración limitada y no pueden renovarse hasta un período mayor de 5 años. Limitando la renovación de contratos hasta un máximo de 4 años a fin de que el trabajador no resida más de 5 años legalmente. Además después de residir 5 años, el trabajador no puede convertir su permiso de residencia temporal en permanente.

Se dan también otras limitaciones al derecho de residencia y de libre circulación de extranjeros: estableciéndose que la autorización y el permiso solo son válidos en una parte del territorio y una actividad determinada y en un sector económico particular, prohibiendo que la novación del permiso de trabajo contemple dicha limitación.

Se elimina a su vez cualquier preferencia para ciertas nacionalidades, por lo que los latinoamericanos ya no se benefician de una preferencia legal para conseguir un trabajo por cuenta ajena, a pesar de que el discurso gubernamental español afirma una preferencia social para el trabajador latinoamericano.

De lo anterior cabe acotar, que el cierre del régimen general de regularización en el año 2006, significa que el migrante presente en España no puede conseguir un permiso de trabajo y residencia temporal aunque cuente con un contrato de trabajo. Dado que el único proceso de regularización se basa en una política de contingentes o cupos, constituyéndose en la única vía para la regularización.

Esta política está dirigida únicamente a los extranjeros que no se hallen ni sean residentes en territorio español, lo que quiere decir que los migrantes presentes en España, una vez que pierdan el contrato de trabajo y el permiso ya no pueden conseguir la residencia sin salir de España.

La situación señalada es lamentable pues, pese a que en los convenios que sostiene España con países Iberoamericanos, se prometió cierta preferencia al determinar el contingente, en el caso ecuatoriano se habló de acoger un flujo de 40.000 personas anuales, pese a esto para el 2002 el contingente ofertado por España a todos los países con o sin acuerdo migratorio es de 32.100 plazas de las que 10.950 se refieren a puestos estables y las demás a puestos temporales.

En el apartado especial del trabajador del servicio doméstico de carácter parcial o discontinuo, que comprende al colectivo de extranjeros que quieran desarrollar su actividad laboral en el ámbito del servicio doméstico, trabajando de manera parcial y simultáneamente para más de un titular del hogar familiar, se dispuso un plazo de 3 meses desde el 7 de febrero de 2005 para la solicitud de la concesión de una autorización inicial de residencia y trabajo. Los requisitos que se les exigen son:

- Empadronamiento en un municipio español antes de la fecha concreta del 8 de agosto de 2004, debiendo presentar un pasaporte, título de viaje o cédula de inscripción que acredite su presencia continuada en el territorio español desde una fecha anterior a la del empadronamiento.

- Las prestaciones laborales concertadas por el trabajador extranjero le deben garantizar un período mínimo de actividad de 6 meses.

- El trabajador extranjero debe reunir los requisitos que determinan su inclusión en el Régimen Especial de Empleados de Hogar y que se concretan en los 4 siguientes:

1º. Prestación de servicios domésticos para más de un cabeza de familia, titular de hogar familiar, o grupo de personas que, sin constituir una familia, convivan en el mismo hogar familiar, con carácter parcial o discontinuo, y cuya duración no sea inferior a 30 horas de trabajo efectivo a la semana, en cómputo global, realizadas durante al menos, 12 días en el mes.

2º. El conjunto de estos servicios debe ser prestado en el hogar en el que resida el cabeza de familia y, en su caso, demás personas que componen dicho hogar.

3º. Percepción por este servicio de un sueldo o remuneración de cualquier tipo.

4º. No se deben encontrar expresamente excluidos del campo de aplicación de este Régimen.

- Los servicios pactados se deben ajustar a las condiciones laborales establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.

El plazo de presentación de estas solicitudes fue de 3 meses a partir del 7 de febrero fecha de entrada en vigor del Real Decreto 2393/2004, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España sobre integración social.

La resolución será motivada y notificada al empresario, con la remisión de una copia al trabajador extranjero, excepto en los supuestos de trabajo que tenga una naturaleza parcial o discontinua en el sector del servicio doméstico, en los que existirá notificación al trabajador extranjero.

El cuanto al plazo para la resolución y notificación de las solicitudes de autorizaciones de residencia y trabajo, éste será de 3 meses, contado desde el día siguiente al que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. Una vez transcurrido el plazo para la notificación de solicitudes, sin que su práctica se haya realizado, las peticiones se pueden entender como desestimadas.

Las resoluciones dictadas ponen fin a la vía administrativa y contra las mismas se pueden interponer los correspondientes recursos administrativos o judiciales legalmente previstos.

Debemos tener en cuenta que en caso de resolución favorable, la autorización de residencia y trabajo concedida está condicionada a los siguientes requisitos:

En el plazo de un mes desde la notificación, se debe realizar la afiliación del trabajador en la Seguridad Social. La notificación de la concesión de la autorización de residencia y trabajo surte efectos para proceder al abono de las tasas que corresponden a la concesión de autorización de residencia y trabajo inicial por cuenta ajena, debiendo efectuarse en el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización.

Transcurrido el plazo de un mes desde la notificación de la autorización sin que se haya cumplido la condición anterior, la autorización queda sin efecto.

En este supuesto, existirá un requerimiento al empresario o al propio trabajador extranjero para que señale las razones por las cuales no se ha iniciado la relación laboral.

De esta manera se realizará una advertencia expresa en el sentido de que si no se alegase ninguna justificación o si las razones expuestas se consideran insuficientes, pueden denegarse posteriores solicitudes de autorización que presente dentro del proceso de normalización.

Por el contrario, si la justificación alegada o las razones indicadas se consideran suficientes, el empresario o el propio trabajador extranjero, pueden presentar una nueva solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo, durante el plazo previsto para el procedimiento de regularización.

Flexibilización del blanqueo

Permite que los inmigrantes que no estén inscritos en los padrones municipales españoles la posibilidad de acogerse al actual proceso de regularización o blanqueo si prueban con otros documentos que llegaron a España antes del 8 de agosto de 2004. El empadronamiento antes de esa fecha es uno de los tres requisitos imprescindibles para solicitar la regularización. Los otros dos son un contrato laboral y un certificado que demuestre la ausencia de antecedentes penales. Esta medida se denomina empadronamiento por omisión. Además, su aplicación se hace sobre la base legal de considerar que el certificado del padrón es requisito imprescindible para obtener los papeles.

Anteriormente el único documento probatorio de la residencia que aceptaba el gobierno, era el empadronamiento en los ayuntamientos municipales. Con el “empadronamiento por omisión”, los extranjeros sin papeles podrán presentar documentos alternativos al padrón municipal para probar el tiempo de residencia en territorio español. Sin embargo, las autoridades españolas aún no han informado cuáles documentos se podrán aportar.

El principal problema surgido por de blanqueo sin papeles es la necesidad del inmigrante de probar su residencia en España desde al menos 8 meses.

El empadronamiento incluyendo el empadronamiento por omisión seguirá siendo uno de los 3 requisitos imprescindibles para solicitar la regularización, mientras que los otros dos son un contrato laboral y el certificado que demuestra que no se tienen antecedentes penales.

Empadronamiento

Es el derecho y el deber de cualquier ciudadano que viva en territorio español de inscribirse en el ayuntamiento de la localidad donde resida, independientemente de su nacionalidad y de si cuenta o no con el permiso de residencia. Proporciona el derecho a acceder a programas de protección social, recibir asistencia sanitaria y constituye una prueba para acreditar la estancia en España. La inscripción se realiza en los ayuntamientos o juntas del distrito.

Arraigo social

La situación de arraigo social se debe demostrar con mínimo de 3 años de estancia en España, carencia de antecedentes penales, un contrato de trabajo y/o demostración de vínculos con familiares españoles e inmigrantes legales junto con la presentación de un informe del ayuntamiento en el que resida el interesado.

Contingente laboral

Es la llave de la entrada al territorio español para el inmigrante, así como para la contratación programada de extranjeros en ciertas áreas laborales, según la estimación que el gobierno español haga anualmente en relación al mercado laboral. Cuando se demuestre que una plaza es de difícil cobertura por parte de españoles se autorizará la contratación de extranjeros.

El sistema de Contingente de trabajadores extranjeros funciona como herramienta central para la contratación programada, permitiendo actuaciones tales como la selección y formación de estos trabajadores en sus países de origen. Además, por agilidad de este sistema es posible revisar las previsiones iniciales a lo largo del año cuantas veces sea necesario.

En contrataciones de extranjeros con autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada, es decir, de temporada o campaña, y para estudiantes, no se cotizará por la contingencia de desempleo. Tampoco en el caso de trabajadores transfronterizos.

Regularización del Migrante como Trabajador

De acuerdo a la legislación española el migrante es definido según su participación temporal o definitiva en el mercado de trabajo, por esta razón, no todos los migrantes pueden conseguir la residencia.

El régimen general regula el proceso por el que el migrante puede obtener su residencia. Existe un proceso de regularización permanente que permite alcanzar dos estatutos: La “residencia temporal” que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días, e inferior a 5 años. Residencia que se la puede conseguir a través de la obtención de un permiso de trabajo.

Con el proceso extraordinario de regularización conocido como “regularización por arraigo” da derecho al migrante a conseguir una actividad remunerada, dicha actividad se encuentra abierta para los extranjeros sin especificar su situación administrativa, pero se ve limitada porque requiere una autorización de trabajo, que solo se la obtiene previo a un permiso de residencia o autorización de estancia y posterior a dicha autorización de trabajo se debe solicitar un el mentado permiso de trabajo, lo que faculta a conseguir un servicio de residencia temporal, válida por un año.

1.2 Ámbito jurídico de la inmigración en España

El marco jurídico de la inmigración en España está conformado por normas jurídicas de ámbito internacional, comunitario europeo, nacional y autonómico.

Regulación Constitucional

La Constitución Española constituye la base para conocer los derechos y obligaciones de las personas inmigrantes en España, así como el derecho comunitario europeo y los Tratados internacionales ratificados por España.

La carta fundamental establece que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el mismo, conforme a los tratados y la ley.” Esto significa que los extranjeros tienen los mismos derechos fundamentales que los propios españoles, pero que la ley o los tratados internacionales pueden introducir diferencias en cuanto a su ejercicio. Sin embargo, esta posibilidad no es ilimitada. Por ello las limitaciones no pueden afectar los derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 CE, constituyen el fundamento del orden político español, ni tampoco al contenido del derecho tal y como lo configuran la Constitución o los Tratados internacionales suscritos por España. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, el único derecho que la Constitución reserva exclusivamente a los españoles, es el de la participación en los asuntos públicos (derecho a votar y ser elegido), aunque abre la posibilidad de que los ciudadanos extranjeros puedan participar en las elecciones municipales si así lo establece una ley o un tratado internacional y si existe reciprocidad, es decir, si los españoles pueden también ejercer ese derecho en el país de origen del ciudadano extranjero de que se trate (art. 13.2 CE).

1) Ámbito internacional

Este ámbito está conformado por los tratados y convenciones internacionales. Determinándose que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Es decir, una vez firmados y ratificados por España serán publicados en el Boletín Oficial del Estado, se incorporados a su derecho interno, y pueden ser invocados ante los tribunales igual que cualquier otra norma de su ordenamiento.

De esta manera Derecho Internacional sirve también de parámetro para interpretar la Constitución. De acuerdo con lo por ella dispuesto en el artículo 10.2 CE “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En otras palabras la Constitución sienta un principio de convergencia en la interpretación de los derechos y libertades que ella misma garantiza con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. De ahí los tribunales a la hora de fijar el contenido de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, acudan con frecuencia a dichos tratados y a las interpretaciones que de ellos hacen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia Internacional. Aparte de la Declaración Universal de Derechos Humanos a la que remite expresamente el artículo 10.2 a efectos interpretativos, hay que hacer referencia como principales instrumentos al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, tienen además relevancia para el ámbito de la inmigración las siguientes convenciones: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias. Salvo este último, todos han sido ratificados por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado, y, por tanto, forman parte de su ordenamiento, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Española. De otra manera la O.I.T. se refiere a los trabajadores extranjeros en numerosos convenios, entre los que cabe destacar el Convenio nº 97, sobre trabajadores migrantes

En el ámbito europeo, del Consejo de Europa, el principal instrumento vinculado a la protección dispensada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Otros instrumentos de referencia obligada son la Carta Social Europea y el Convenio relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante. Todos ellos ratificados por España.

2) Ámbito comunitario

El tercer ámbito normativo es el de la Unión Europea, que implica la pertenencia de España en la UE lo que significa que los extranjeros de sus países miembros tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español. Se origina así un estatuto de extranjería privilegiado, denominado régimen de comunitarios, a cuyos destinatarios no se les aplica lo que entrada, permanencia y trabajo de los extranjeros en España.

Partiendo de la Constitución Española, que establece que “mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”. Y habilitando la atribución de competencias normativas a las instituciones comunitarias, cuyos actos jurídicos se integran en su ordenamiento. Podemos determinar que la base jurídica que delimita las posibilidades de incidencia de las instituciones comunitarias es el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), que versa sobre visados, asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las Personas. Además establece medidas a adoptar por las instituciones comunitarias, a fin de fijar un espacio común de libertad. Entre estas medidas tenemos las siguientes:

a) Medidas en materia de visados, donde el TCE garantiza la ausencia de controles en el cruce de fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión Europea, como de los nacionales de terceros países, y por otra parte regulan el cruce de fronteras exteriores de los Estados miembros, así como normas y procedimientos, visados de hasta 3 meses de duración, lista de países con visado preceptivo o exentos de visado, procedimiento de expedición, modelo uniforme de visado, libertad de circulación;

b) Las medidas sobre política de inmigración, reguladas en el TCE versan sobre condiciones de entrada y de residencia, procedimientos de expedición de los Estados miembros sobre visados de larga duración y permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar, a la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales, así como a las medidas que definen los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros, previstas en el artículo 63 TCE.

c) Las medidas en materia de asilo, en el marco de lo establecido por la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, previstas en el artículo 63.1 y 2 TCE, que se refieren a los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país; a establecer normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países y normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado; a establecer normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional; y al fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas.

Estas medidas previstas en los artículos 62 y 63 conforman el ámbito material sobre el que las instituciones comunitarias pueden incidir, y los actos normativos que se van adoptando en esta sede, se incorporan al ordenamiento de los Estados miembros. En definitiva se observa la influencia de la Unión Europea en las políticas de inmigración e integración.

3) Regulación estatal

La Ley Orgánica 4/2000, sobre “Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social”, contiene la principal regulación de la inmigración. Ha sido reformada en tres ocasiones, la última de éstas es la que se conoce como Ley orgánica 8/2000. En esta Ley el derecho a la reagrupación familiar y las garantías jurídicas; los requisitos para la entrada en territorio español y para la salida del mismo; las autorizaciones de estancia, residencia temporal, incluida la residencia por motivo de arraigo, razones humanitarias u otras circunstancias excepcionales, la residencia permanente; los regímenes específicos de estudiantes, apátridas, indocumentados, refugiados y menores no acompañados; las autorizaciones para trabajar y el contingente anual de trabajadores extranjeros; las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador; y la coordinación de los poderes públicos, apartados bajo los cuales se regulan las oficinas de extranjería, el Consejo Superior de Política de Inmigración, el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes y el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, además de establecer previsiones respecto de la observación permanente del fenómeno inmigratorio, la actuación de la Inspección de Trabajo destinada a comprobar el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores extranjeros, y el apoyo de los poderes públicos a las asociaciones de inmigrantes y organizaciones de apoyo a la inmigración.

Por otra parte, hay que hacer referencia al régimen específico que rige para los ciudadanos comunitarios o nacionales de países del Espacio Económico Europeo, establecido en Decreto 178/2003, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Muchos de los órganos establecidos por la Ley Orgánica para coordinar las políticas de inmigración e integración han sido también objeto de un desarrollo específico.

Así, el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes se regula por el Decreto 3/2006, de 16 de enero, el Observatorio Permanente de la Inmigración se regula por Real Decreto 345/2001, de 4 de abril, y el Consejo Superior de Política de inmigración por modificado por Real Decreto 507/2002, de 10 de junio. Por su parte, la Comisión Interministerial de Extranjería se rige por el Real Decreto 1946/2000, de 1 de diciembre. Para completar el cuadro institucional, hay que sumar a estos órganos de coordinación y participación, del que forman parte organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal.

En cuanto al régimen de la nacionalidad en España, es decir, lo referente a quién tiene nacionalidad española y a los procedimientos para que ciudadanos extranjeros puedan acceder a esta nacionalidad, se encuentran regulados en el Código Civil, que en esta materia ha sido reformado de manera sustancial por las Leyes.

Una vez concedido el asilo, éste implica la autorización de residencia en España, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles, la expedición del documento de identidad necesario o en su caso, el de viaje.

4) Competencias de las Comunidades Autónomas

La distribución de competencias establecida por la Constitución en materia de inmigración e integración y la regulación desarrollada por las Comunidades Autónomas, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las materias de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo. Sin embargo, si atendemos a las políticas de integración, que son políticas sectoriales en materia de empleo, educación, vivienda, sanidad, asuntos sociales, etc. Las Comunidades Autónomas tienen competencias en estos ámbitos, a través de sus propios Estatutos de Autonomía y de las transferencias competenciales realizadas.

Así, el marco jurídico proporcionado por las normas estatales, comunitarias e internacionales ha de completarse con las normas recogidas en los Estatutos de Autonomía y con toda la legislación autonómica aprobada en desarrollo de dichas normas estatutarias.

Éstas resultan de particular relevancia para las políticas de integración, como pone de relieve el hecho de que numerosas Comunidades Autónomas hayan aprobado planes interdepartamentales de inmigración e integración, dispongan en su estructura administrativa de centros directivos con responsabilidades en esta materia y hayan creado órganos participativos específicos de ámbito autonómico, como los diversos Foros autonómicos para la inmigración.

1.3 Referencia al Convenio sobre Regulación de flujos Migratorios que sostiene Ecuador con el Reino de España

Los acuerdos bilaterales en materia de empleo tienen como objetivo responder a las carencias de mano de obra. Pero pueden también firmarse para mejorar las relaciones con los terceros países, mejorar la gestión de los flujos migratorios o luchar contra la inmigración clandestina. Los acuerdos bilaterales firmados estos últimos años se han referido generalmente a la admisión de trabajadores estacionales en los sectores de la agricultura, la construcción, el turismo y la restauración.

Según este acuerdo, se consideran trabajador al ciudadano ecuatoriano autorizado a ejercer una actividad remunerada por cuenta ajena en el territorio español.

Propósitos:

1. Establecer normas para la legalización de los ecuatorianos que, habiendo ingresado a territorio español antes del 23 de enero de 2001, permanecían en España en condición migratoria irregular.
2. Regular de forma ordenada los flujos migratorios desde Ecuador hacia España.
3. Lograr que los trabajadores ecuatorianos en España gocen de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales en materia laboral y social, de que son parte de ambos Estados y, en este ámbito, garantizar que los trabajadores ecuatorianos que lleguen a España dispongan de los derechos y garantías laborales reconocidos a los trabajadores españoles en igualdad de condiciones, con independencia de las ramas productivas o de actividad laboral.

Comunicación de ofertas de empleo.- Establece la obligación de las autoridades españolas, a través de la Embajada de España en Quito, de comunicar a las autoridades ecuatorianas el número y necesidades de mano de obra teniendo en cuenta la existencia y constatación expresa de ofertas de empleo.

Por su parte, las autoridades ecuatorianas tienen que informar a las españolas, a través de la Embajada de España en Quito, acerca de las posibilidades de satisfacer esta demanda de trabajo mediante trabajadores ecuatorianos que deseen trasladarse a España.

Los contenidos mínimos de las ofertas de empleo deben incidir

- a) El sector y la zona geográfica de actividad.
- b) El número de trabajadores a contratar.
- c) Fecha límite para su selección.
- d) Duración del trabajo.
- e) Información sobre condiciones de trabajo, salarios, alojamiento y retribución en especie.
- f) Las fechas en que los trabajadores seleccionados deberán llegar a su lugar de trabajo en España.

Las autoridades ecuatorianas asumen el compromiso de poner en conocimiento a las autoridades españolas de las ofertas de trabajo que hayan recibido de los empresarios españoles.

La preselección profesional de los candidatos se efectuará por una Comisión de Selección hispano-ecuatoriana en Ecuador. Los candidatos seleccionados profesionalmente serán sometidos a un examen médico.

1. Los trabajadores seleccionados firmarán un contrato, en un plazo de 30 días y recibirán la documentación de viaje, previa petición. Se facilitada a las autoridades ecuatorianas. El contrato de trabajo podrá ser sustituido por un documento análogo en función de las características del sector de actividad que se determine por el Comité mixto.
2. Las solicitudes de los visados de estancia o residencia serán tramitadas con carácter de urgente por la Oficina Consular española. En el visado, estampado en el pasaporte, se hará constar su tipo, fin y duración de la permanencia en España que autoriza.

Condiciones laborales de los trabajadores Migrantes.- Con sujeción a su legislación, y de conformidad con el derecho internacional, una vez concedidos los permisos de residencia o de trabajo, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra, facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia.

Los trabajadores migrantes ecuatorianos tienen derecho a la reagrupación familiar, de acuerdo con la legislación española. Su remuneración y condiciones de trabajo, incluyendo su afiliación al sistema de seguridad social, vendrán recogidas en su contrato, siempre conforme a los convenios colectivos o, en su defecto, a la legislación vigente para trabajadores españoles de la misma profesión y cualificación.

Los trabajadores migrantes estarán sujetos a las obligaciones y disfrutarán de los beneficios determinados en el Convenio hispano-ecuatoriano de Seguridad Social. Las diferencias entre patronos y trabajadores migrantes se resolverán conforme las leyes españolas y a los Convenios.

En cuanto al retorno los dos países deben tomar medidas que impulsen la reinserción del trabajador migrante en Ecuador con el valor añadido que supone la experiencia de la emigración como factor de desarrollo económico, social y tecnológico.

Se desarrollarán proyectos, con fondos propios y provenientes de organismos internacionales de cooperación, tendentes a la capacitación profesional del migrante y el establecimiento de pequeñas y medianas empresas de migrantes que retornen a Ecuador; así como la creación de empresas binacionales que asocien a empresarios y trabajadores.

Como trabajador temporero el ciudadano, se considera al ecuatoriano autorizado a entrar y salir del territorio español, en orden a la realización de actividades de temporada y siendo titular de un contrato de trabajo con cierta duración. Previo a su contratación, firmará un compromiso de regreso a Ecuador una vez finalizado su permiso y se obligará a presentarse en su país, ante la Oficina Consular española que les expidió el último visado para el permiso temporal, en el plazo máximo de un mes después de su regreso, aportando el mismo pasaporte en que se estampó el último visado. Si incumple con lo anterior quedan inhabilitados para toda contratación futura en España.

El acuerdo concedió permisos de trabajo y residencia a los inmigrantes indocumentados que hubiesen llegado a España antes del 22 de enero de 2001 y que se acogieran al programa de retorno voluntario al Ecuador para legalizar su situación. De esta manera 24.884 ecuatorianos se inscribieron en dicho programa, y sólo regresaron 4.069; con relación al resto de migrantes indocumentados se decidió legalizar su residencia sin que medie su regreso al país

Pese a que el convenio esta enfocado también a posibilitar un gran contingente de visas con contratos de trabajo. De las 40.000 que ofrecieron para este año no hay una sola, lo que constituye una verdadera burla.

1.4 Ejemplos estadísticos de la migración de ecuatorianos y el desempleo en España.- Entre los países de la UE, España es el que registra los índices de desocupación más elevados. Es así que la demanda de trabajadores extranjeros se concentra sobre todo en los puestos de trabajo más precarizados, Los puestos vacantes son los de menor remuneración, mayor inestabilidad en el que sobresale el sector de la agricultura, construcción y el trabajo doméstico. Además, el desempleo es más alto entre las mujeres que entre los varones. Siendo el servicio doméstico el que retiene más a las mujeres y la agricultura a los hombres.

Martínez Fresneda sostiene que a través de la Ley de Extranjería del 2001, vigente en todo el territorio español, el gobierno declara fuera de la ley a todas las personas que no obtengan previamente los permisos de entrada y trabajo. De esta situación de ilegalidad se deriva la negación de una serie de derechos fundamentales de la persona. como reunión, sindicalización, huelga y del acceso a gran parte de los servicios asistenciales del Estado. Esta privación de derechos, unida a la amenaza de expulsión del territorio español, conforman un panorama de futuro para la inmigración clandestina. Dicha ley viola los artículos 22, 23, 24 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU y de la Constitución española.

Se estima que existe mucho más de 475.000 personas radicadas en España, de las cuales, más de la mitad se encuentra en situación irregular

La Consejería de Trabajo y Política Social, señala que cerca del 60% de los ecuatorianos son varones y mayoritariamente su nivel de instrucción es bajo (estudios primarios); tienen una edad media de 30 años; no suelen cambiar de lugar de residencia. además las dos terceras partes viven en unión libre, el 66% tiene niños; la mitad posee empleo y el 60% no cuenta con permiso de trabajo.

Los datos indican que existen situaciones específicas en función del sexo. En el caso de los hombres, todos los grupos inmigrantes presentan tasas de paro superiores a los españoles (10,8%) y los latinoamericanos tienen niveles elevados (16,5%)

El sistema de protección a los desempleados en España, da derecho a los trabajadores a recibir prestaciones económicas en función del tiempo durante el que cotizaron como trabajadores (seguro de desempleo) o de otras circunstancias personales (mujeres cabeza de familia, desempleados mayores de cierta edad, etc.: subsidio de desempleo). Según datos de la administración laboral, durante 2003 los trabajadores latinoamericanos fueron los menos favorecidos por estas prestaciones económicas: el 71,5% de los demandantes de empleo no percibió ninguna. Los ecuatorianos se acercaban a este valor promedio (70,6%), por encima de los europeos no comunitarios, africanos, y europeos comunitarios. Esta peor situación comparativa puede explicarse, en parte por un recorrido temporal más breve en el mercado laboral español.

Se calcula que se encuentran en condición irregular los que ingresaron al país posterioridad al 23 de enero del año 2001, fecha del inicio de la vigencia de la nueva Ley de Extranjería "Ley Orgánica 8/2000" la cual no admite la posibilidad de una regularización migratoria y laboral en territorio de España, para los extranjeros extracomunitarios que hubieren ingresado a España después de la indicada fecha. Solamente se admiten determinadas excepciones para la aplicación de la figura migratoria del "arraigo". Los extranjeros que no se encuentren en el régimen de excepciones, están obligados a retornar a su país de origen, con la posibilidad de volver a España en fecha posterior, siempre y cuando estén provistos de un contrato de trabajo y de una visa de trabajo, otorgada por la autoridad consular española, en el país de origen del trabajador migrante.

En el caso del Ecuador, se mantiene vigente el Convenio de Supresión de Visados firmado con España en 1963. En tal virtud, hasta la actualidad los ciudadanos ecuatorianos están libres del requisito de visado para ingresar a España y a la mayoría de países de la Unión Europea, por períodos inferiores a noventa 90 días

Según: Gioconda Herrera, María Cristina Carrillo y Alicia Torres en el libro *La Migración Ecuatoriana*, las estadísticas de altas laborales en la Seguridad Social nos permiten conocer si los trabajadores han tenido uno o más empleos a lo largo de su trayectoria. Para el caso de los ecuatorianos, el 15% sólo ha tenido una ocupación regularizada en España; en cambio, el 85% tiene dos o más altas, lo que significa que ha tenido empleos temporales, sea en la misma o en distinta ocupación.

Sin embargo, estos flujos no son de dirección única. Aunque porcentualmente no son muchos los que abandonaron el Régimen General (el 15% de los inicialmente ocupados en él), los valores absolutos sí son significativos: casi 8.000 personas (hombres y mujeres en proporción similar) que actualmente trabajan en otros sectores: 5.200 en la agricultura, 2.000 en servicio doméstico y 650 como trabajadores autónomos.

El Instituto Nacional de Estadística en España, INE, ha informado que existen 497.799 ecuatorianos empadronados en los municipios, en los que se registran tanto a legales como a irregulares. Asimismo 166.448 ecuatorianos no disponen de permiso de residencia y trabajo en España, de acuerdo a los datos proporcionados conjuntamente por el Ministerio de Trabajo, el número de ecuatorianos que reside legalmente luego del último proceso de regularización en España es de 331.351.

CAPITULO 5.

1.1 Acuerdos del III diálogo de Autoridades Locales, Representantes Institucionales, de la Sociedad Civil, Nacionales e Internacionales (13 de mayo del 2004)

1. Viabilizar las acciones que las respectivas mesas han propuesto en el III Dialogo de Autoridades.
2. Facilitar los mecanismos para que las autoridades puedan desarrollar estas propuestas.
3. Brindar información para que las propuestas se concreten.
4. Cumplir las responsabilidades que se les ha asignado a las respectivas instituciones.
5. Inmiscuir a las organizaciones de los migrantes como parte de estos procesos.
6. Enmarcar todas las acciones como parte de una política de trabajo que permita hacer de la Migración un aspecto positivo para el desarrollo.
7. Coadyuvar para la vigencia del Instrumento Andino de Migración Laboral.
8. Apoyar al Congreso Nacional para la aprobación de la ley de ATENCION INTEGRAL AL MIGRANTE Y SU FAMILIA.

1.2 Propuestas de las Organizaciones Sociales del Austro sobre Políticas Migratorias en el Ecuador

La Constitución Política del Estado en su Art. 1, define al Ecuador como "un Estado social de derecho." De esta manera el Estado debe configurar un orden social que propugne una nueva dimensión de los derechos fundamentales, un Estado de bienestar capaz de resolver la conflictiva cuestión social que ha hecho crisis en la actualidad. En esta óptica las políticas de gobierno y Estado han de estar encaminadas a la defensa de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, dentro y fuera de sus fronteras

Si el Estado debe generar las fuentes de empleo necesarias que hagan realidad la garantía del derecho al trabajo, eliminando toda forma de discriminación migratoria, plasmando políticas de bienestar social, salud y educación para garantizar a su pueblo una supervivencia digna, flexibilizándose para enfrentar nuevas realidades que ponen en peligro su estabilidad como país hacia el futuro.

Frente a esta situación es necesario que la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los derechos de los Migrantes y sus familias, exhorte al Estado ecuatoriano, a través de sus órganos de gobierno, el cumplimiento de las políticas, programas y proyectos para hacer realidad los derechos humanos de los migrantes. Para ello se realiza los siguientes planteamientos:

1.- El Estado, en ejercicio de su soberanía y del derecho de protección que debe a sus connacionales, debe coordinar políticas de migración con los demás estados involucrados y con organizaciones nacionales e internacionales que trabajan en el tema, a través de convenios multilaterales con los países de tránsito y de destino de los migrantes.

2.- Investigar el fenómeno migratorio interno e internacional, en colaboración con institutos de investigaciones locales y organizaciones que trabajan en este campo. Crear un banco de datos, articulado a los sistemas de Registro Civil, para el conocimiento de los procesos y de la magnitud del movimiento migratorio con sus repercusiones.

3.- Exhortar a los países amigos, la ratificación de la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores Migratorios y sus familias, suscrita por nuestro país, la misma que se constituirá en instrumento fundamental de defensa del derecho de los ciudadanos a entrar y salir libremente de los países, así como a obtener condiciones de trabajo dignas en las cuales se preserven sus derechos fundamentales garantizados internacionalmente.

4.- El Estado esta obligado a generar programas para elevar su autoestima e identidad cultural, representarlos dignamente, negociando políticas migratorias con países donde existan migrantes ecuatorianos.

5. Fortalecer el trabajo de nuestros Cónsules y Embajadores en torno a la protección a los connacionales migrantes frente a violaciones de su integridad personal en cualquier lugar donde fueren detenidos, así como el respeto a sus derechos fundamentales en el marco de los derechos humanos universalmente garantizados.

6.- Actualizar la Legislación a fin de sancionar a los traficantes de personas, sus cómplices y encubridores. El Ejecutivo deberá proponer una ley que enfrente el problema del tráfico humano en su conjunto, con todos sus resultados (muertos, desaparecidos, torturados, encarcelados, bienes hipotecados, familias despojadas de su patrimonio y sumidas en la miseria). En este marco deberá establecerse la nulidad de las responsabilidades contraídas por actos ilícitos relacionados, así como la co-rresponsabilidad penal de agiotistas e intermediarios, incluidos funcionarios públicos facilitadores de la comisión de estos delitos.

La medida más eficaz para combatir el tráfico de migrantes sería atacar las causas de la migración irregular.

Proteger a las víctimas del tráfico ilegal, en su integridad personal, familiar y sus bienes. Este control y sanción serán eficaces cuando se logre una acción coordinada entre las fuerzas de seguridad de los países involucrados, ampliando sus atribuciones de investigación y la posibilidad de incautar documentación fraudulenta, medios de transporte y embargo de bienes que sirvan para resarcir los perjuicios causados a las víctimas. El peligro que refleja la inseguridad jurídica en el País, presenta conatos de llegar a la justicia paralela o lo que es peor, a la justiciar por mano propia.

7.- Crear programas de capacitación que faciliten la inserción social y laboral de los migrantes y sus familias, en los países receptores.

9.- Fomentar programas que permitan canalizar las remesas económicas e impulsar otros mecanismos de inversión productiva (microempresas juveniles, cooperativas, empresas de interés social, etc), en base a los planes de desarrollo local integral formulados participativamente en los ámbitos parroquiales, cantonales o provinciales en coordinación con el Frente Social.

10.- Canalizar los recursos de cooperación internacional, destinados a la ejecución de programas y proyectos de desarrollo, en coordinación con los respectivos gobiernos locales, ciudadanía e instituciones, que busquen la eliminación de los factores económicos de expulsión de los recursos humanos ecuatorianos con especial énfasis en las provincias australes y otras que presentan un alto índice de migración.

11.- Fortalecer las Defensorías de los Migrantes, creadas por la Defensoría del Pueblo y coadyuvar a su efectivo funcionamiento en coordinación con las Embajadas y Consulados fomentando la creación de más organismos en los países de mayor flujo migratorio.

CAPITULO 6

1. Conclusiones

En cuanto al ámbito ecuatoriano se considera necesario los siguientes aspectos:

1.- Reformar el artículo 7 de la Constitución Ecuatoriana para garantizar la nacionalidad a los hijos de los ecuatorianos nacidos en el exterior (doble nacionalidad). Los hijos de ecuatorianos nacidos en España no pueden acceder a la nacionalidad española sólo por el hecho de haber nacido en España. Por tanto, se hace necesaria una intervención a nivel diplomática para establecer relaciones en este aspecto.

Consolidar el tratado de doble nacionalidad con España, aplicando el principio de reciprocidad.

2.- Suscribir, ratificar e integrar en la Legislación Nacional los tratados, convenios, pactos internacionales sobre protección a los migrantes, estableciendo en tratados bilaterales o multilaterales la regularización y legalidad de los migrantes, y de esta forma, ellas y ellos sean considerados como ciudadanos y gocen de todos los derechos en igualdad de condiciones, remuneraciones y propuestas laborales justas. Además el gobierno ecuatoriano debe presentar una enérgica protesta por la forma cómo concibe la Ley de Extranjería española a los inmigrantes que residen en su territorio. Dentro de este aspecto es fundamental exigir la revisión del Acuerdo Bilateral para regulación de flujos migratorios firmados entre España y Ecuador, en especial que se incida en los instrumentos de aplicación del acuerdo y en el perfil de instituciones y organizaciones gestoras.

3.- Generar un marco jurídico nacional efectivo para proteger a los migrantes, refugiados, desplazados y sus familias en base a:

* La reforma de la Ley de Migración y Extranjería ecuatoriana que garantice realmente los derechos de los ecuatorianos que residen y trabajan en el exterior.

4.- Las remesas las cuales se estiman que superan los 12.000 millones de dólares anuales, al constituir el segundo rubro de ingresos al estado, en lugar de ser empleadas en gasto corriente y en la adquisición de artículos suntuarios, podrían destinarse a inversiones productivas a través de las micro, pequeñas y medianas empresas y proyectos de autogestión, que generen empleo.

5.- Incentivar políticas de retorno, que faciliten la reinserción de los y las migrantes y potencialicen sus recursos teniendo como fin la recomposición de la familia.

Por otro lado la política de inmigración regula que la entrada regular de trabajadores extra comunitarios (de países ajenos a la Unión Europea) queda subordinada a la "situación nacional de empleo". Según esta fórmula, sólo se otorgarán permisos de trabajo para empleos que no puedan ser cubiertos por la mano de obra autóctona o, en su defecto, por los extranjeros ya radicados en el país. En resumen, las leyes sólo contemplan la llegada de inmigrantes en la medida en que sean necesarios para cubrir los huecos que deja la fuerza de trabajo radicada en el país.

Desde 1993, con la puesta en marcha de los contingentes laborales anuales, se inició la pretensión de contratar a los trabajadores directamente en los países de origen, con el fin de desincentivar los desplazamientos irregulares, e indicar que la única vía de acceso al empleo regular y a los papeles, pasaba por realizar los trámites oportunos ante los consulados españoles. Siendo la utilización de este método de canalización de nuevos flujos migratorios poco utilizado. Además, desde el año 1997 quedó prácticamente cerrada la posibilidad de obtener permisos de trabajo a través del llamado régimen general, según el cual los inmigrantes irregulares podían ser regularizados con una oferta laboral. Así, en la práctica las vías de inmigración laboral regular quedaron drásticamente limitadas; como consecuencia, la llegada de nuevos flujos migratorios trajo como resultado un incremento de inmigrantes sin papeles.

La mayor parte de los recién llegados ocupa empleos no declarados, en la economía informal. Ésta, también, constituye uno de los rasgos destacados de la estructura ocupacional española. Precisamente por su carácter informal es imposible que sus demandas de empleo puedan canalizarse a través de los mecanismos formales previstos por la legislación migratoria. En definitiva, la política migratoria ha reducido las opciones para contratar legalmente a inmigrantes, mientras que la demanda ha crecido en los mercados de trabajo, tanto para empleos regulares como para otros en la economía sumergida.

La situación nacional de empleo sigue siendo el criterio básico de admisión de nuevos trabajadores inmigrantes y los contingentes anuales y los permisos para trabajos de temporada sus formas básicas de acceso. Toda la política se construye en torno a un concepto utilitarista: la inmigración reducida a su papel de suministrador, más o menos eventual, de mano de obra, en función de las necesidades del mercado. De una manera objetiva: no hay regularización sin contrato.

Las entradas siguen supeditadas a los contingentes laborales y permisos de temporada. Por otra parte, para los trabajadores en situación irregular que ya se encuentran en España, se ofrecen dos procedimientos, uno coyuntural (la "normalización" laboral) y otro de carácter permanente (el arraigo laboral). De esta manera, las autoridades vienen a reconocer que no es posible regular enteramente los flujos de inmigración laboral a través de mecanismos de entrada regularizados, que continuarán existiendo flujos irregulares y para éstos deben establecerse mecanismos de regularización.

El proceso de "normalización laboral" se abre sólo por un plazo de 3 meses. Tienen derecho a éste los inmigrantes empadronados en el país con fecha anterior a julio de 2004, que carezcan de antecedentes penales y cuenten con un contrato de trabajo con duración mínima de 6 meses que debe ser presentado a las autoridades por los empleadores.

En caso de obtenerse el permiso, éste no será efectivo si en el plazo de un mes el trabajador no es dado de alta en la seguridad social. Por tanto, esta vía depende de la parte empresarial la cual debe querer y/o poder ofrecer un contrato en regla y además estar dispuesta a acudir ante las autoridades para realizar el trámite y demostrar tener recursos, a más de encontrarse al día de sus obligaciones fiscales. En definitiva, no se trata de una regularización de inmigrantes indocumentados sino del intento de afloración de puestos de trabajo no declarados.

En cuanto a la vía del "arraigo laboral" deja una puerta abierta para la regularización de los trabajadores que puedan demostrar al menos 2 años de permanencia en el país y uno de relación laboral. En este caso, parece darse por descontada la no colaboración del empresario, puesto que las pruebas válidas han de ser una resolución judicial o el acta definitiva de una inspección de trabajo. Por tanto, los trabajadores deberán denunciar la situación, exponiéndose a las represalias del empleador.

La regularización de inmigrantes que puedan acceder a un contrato de trabajo (normalización) o a demostrar posteriormente su arraigo laboral. Puesto que sólo se exigen contratos de duración temporal y la iniciativa del trámite queda en manos de la parte empresarial, el éxito de esta medida está en función de los réditos previsibles para los empleadores, desde eludir problemas de inspección laboral, hasta obtener dinero a cambio de vender contratos a los trabajadores.

Tanto para quienes pueden regularizarse como para quienes permanezcan sin papeles se mantiene una acusada dependencia de los trabajadores respecto a los empleadores. De acuerdo con varios estudios se demuestra que en la mayoría de los Estados miembros de la UE, no existe vínculo directo entre la instauración de sistemas bilaterales y una reducción de la inmigración irregular.

El inmigrante irregular, sufre abusos contra sus derechos humanos por actos de discriminación racial o xenófoba, casos de malos tratos a manos de particulares o agentes del Estado, por leyes que les convierten en ciudadanos de segunda categoría y nos les reconocen derechos como el de reunión, asociación, manifestación y huelga u obstaculizan su acceso al derecho a la salud, la educación o la asistencia jurídica gratuita cuando son víctimas de un delito.

Las mujeres inmigrantes indocumentadas, son muchas veces víctimas de violencia de género, encontrando además obstáculos para acceder a la protección judicial, o redes de acogida. Los menores inmigrantes no acompañados son devueltos en ocasiones a sus países de origen sin que se garantice el respeto a la Convención de los Derechos del Niño.

A simple vista parecería que la declaración de los Derechos Humanos se encuentra en discrepancia con lo que establece el derecho internacional en cuanto a que cada estado puede plenamente autorregular su soberanía, es decir ningún estado puede intervenir en el uso de dicha facultad, sin embargo esta facultad de autorregularse lleva implícita en la constitución de cada estado el respeto a los derechos humanos. Observamos pues que un estado al regular el ingreso y salida de personas de su territorio de una manera inescrupulosa, está sin duda restringiendo la libre circulación y el derecho a elegir una libre residencia violentando así el art . 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre.

El cierre del régimen general significa que hoy en día el migrante presente en España ya no puede conseguir un permiso de trabajo y de residencia temporal aunque posea un contrato de trabajo

Acerca de las políticas activas relacionadas con el empleo del colectivo inmigrante no pueden tomarse por parte de los países receptores una serie de decisiones parciales o unilaterales, sino que las medidas sobre la apertura de fronteras e ingreso y mantenimiento en el empleo de los inmigrantes deberían ser adoptadas de una forma general y simultánea por todos los países implicados, ya sean receptores u originarios de la población inmigrante trabajadora.

El informe del año 2000 del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia evidencia que la mayor parte de las denuncias por discriminación hacia la población inmigrante en los Estados miembros de la Unión Europea tienen una directa relación con el mercado de trabajo, el empleo y la ocupación de este colectivo. Se concreta en situaciones tales como la exclusión de los inmigrantes para acceder a determinados empleos, salarios más bajos, tasas de participación laboral menores con relación a la población nativa o mayores riesgos de desempleo.

Las políticas activas de empleo destinadas a los inmigrantes, desde un punto de vista constitucional, no debe ceñirse a una mera regulación de los flujos laborales y menos a un exclusivo control de entrada y permanencia en el país, sino que deben también, apoyar procesos de integración. Sin embargo la realidad evidencia que se han recortado los derechos de los inmigrantes indocumentados, eliminando los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, se ha reimplantado la expulsión para los extranjeros sin permiso de residencia. Se ha favorece la discrecionalidad administrativa.

Los Convenios Internacionales promulgados por las Naciones Unidas y por sus Organizaciones asociadas, como la OIT, proporcionan a los gobiernos e instituciones nacionales un marco de referencia para elaborar políticas activas de empleo que protejan a los inmigrantes y les permitan el acceso a los beneficios en materia de Trabajo y Seguridad Social. Sin embargo, estos Convenios no pueden asegurar la coordinación de las políticas nacionales ni garantizar que los trabajadores inmigrantes reciban protección efectiva.

BIBLIOGRAFIA

Fuentes

BARRIGA López, Washington y Sánchez Muñoz, Fernando, *Convenios Internacionales Socio Laborales Vigentes*, Ed Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Quito noviembre de 1993

COELLO García, Hernán. *Derecho Internacional Privado*. Editorial. Cuenca Ecuador 2004.

SANCHEZ de Bustamante Antonio. *Derecho Internacional Privado*. Ed Carasa y Cia. La Habana.

“Migración” *Enciclopedia Microsoft Encarta 2005*, CD Rom

PONCE Leiva, Xavier, *Migrantes (Problemas y Ayudas)* 2005.

Ministerio de Relaciones Exteriores, *El Ecuador frente a los Desafíos de las Relaciones Internacionales y del Sistema Interamericano en un Mundo Globalizado*. XXXIV. 2004

PROAÑO Arévalo, Galo, *El Ecuador en el Derecho Internacional de Trabajo*. Ed Universidad de Cuenca. Cuenca 1980.

ROMERO Moreno, J.L y Camacho, A, *Política Migratoria y educación social*.

Universidad de Sevilla. 41p

Revista Plan Migración, Comunicación y Desarrollo

VALAREZO García, Reinaldo, *Normatividad Legal del Empleado y del Trabajador*. Ed Publicaciones de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Loja. 1990.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XI.

Universidad Andina Simón Bolívar, *Migración, Desplazamiento Forzado y Refugio*,

Programa Andino de Derechos Humanos. Quito julio 2005

Constitución Política de la República del Ecuador

Ley de Extranjería

Ley de Migración

Código Laboral

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos Laborales de los Migrantes y sus Familias

Acuerdo entre la República del Ecuador y el Reino de España relativo a la ordenación de los flujos migratorios.

Fuentes de Internet

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0929.pdf> (11 -12)

<http://www.jornada.unam.mx/2003/11/30/mas-alejandro.htm> (8-9)

http://www.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/CMW.C.ECU.1_sp.pdf (29-30)

<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/509/50901407.pdf>