

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**El principio protector y su presencia en la ley de licencia por fallecimiento
de un familiar en el sector privado**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

Jenny Abigail Malhaber Chirinos

ASESOR

Guillermo Enrique Chira Rivero

<https://orcid.org/0000-0003-0948-5633>

Chiclayo, 2025

**El principio protector y su presencia en la ley de licencia por
fallecimiento de un familiar en el sector privado**

PRESENTADA POR

Jenny Abigail Malhaber Chirinos

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Ricardo Vicente Silva Peralta
PRESIDENTE

Lenka Luzmila Otoy Tasayco
SECRETARIO

Guillermo Enrique Chira Rivero
VOCAL

Dedicatoria

A mis padres, hermana y abuelos, quienes han sido mi inspiración constante y me han brindado su apoyo incondicional en cada paso de mi camino.

Agradecimientos

A Dios, por darme la fortaleza y la guía en esta travesía; a mis padres, por su amor y sacrificio que siempre me han motivado; a mi asesor, Guillermo Enrique Chira Rivero, por su valiosa orientación y apoyo en la realización de este informe; y a mi docente de metodología Ana María Llanos que me acompañó desde el proyecto de mi investigación.

El principio protector y su presencia en la ley de licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado

INFORME DE ORIGINALIDAD

| | | | |
|---------------------|---------------------|---------------|-------------------------|
| 15% | 15% | 4% | 4% |
| INDICE DE SIMILITUD | FUENTES DE INTERNET | PUBLICACIONES | TRABAJOS DEL ESTUDIANTE |

FUENTES PRIMARIAS

| | | |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1 | tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet | 2% |
| 2 | repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet | 2% |
| 3 | idoc.pub Fuente de Internet | 1% |
| 4 | lpderecho.pe Fuente de Internet | 1% |
| 5 | hdl.handle.net Fuente de Internet | 1% |
| 6 | cdn.www.gob.pe Fuente de Internet | 1% |
| 7 | repositorio.usanpedro.edu.pe Fuente de Internet | 1% |
| 8 | repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet | 1% |
| 9 | moam.info Fuente de Internet | <1% |
| 10 | Gonzalez, Erick Giancarlo Beya. "Por Una Sociedad Igualitaria y Justa: Hacia La Conciliacion Laboral y Familiar Con Corresponsabilidad Como Derecho y Principio Constitucional.", Pontificia Universidad | <1% |

Índice

| | |
|------------------------------------------|-----------|
| Resumen | 6 |
| Introducción | 8 |
| I. Revisión de literatura | 10 |
| II. Materiales y métodos | 23 |
| III. Resultados y discusión | 24 |
| Conclusiones | 34 |
| Recomendaciones | 35 |
| Referencias | 36 |
| Anexo | 39 |

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad determinar las razones por las que se considera que existe una afectación al principio protector en la Ley N° 31602, que regula la licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado, toda vez, que refleja una regulación escueta que perjudican a los trabajadores, como la exclusión de figuras familiares como el concubinato y la tutela. Además, la falta de claridad en el cálculo de la remuneración para aquellos trabajadores con ingresos variables principales, lo cual genera desigualdades. Asimismo, para lograr el propósito, la metodología empleada es de tipo documental, con un enfoque cualitativo y un paradigma interpretativo, sustentada en la recopilación, análisis e interpretación de información proveniente de fuentes de tres tipos, normativas, doctrinales y jurisprudenciales para comparar el tratamiento de este tipo de licencia. Por lo que, los resultados sugieren la necesidad de modificar la legislación peruana en el sector privado, para asegurar una protección más adecuada de los derechos laborales en situaciones de duelo, alineándose con el principio protector, por el respeto de su dignidad humana.

Palabras clave: Principio protector, licencia por fallecimiento de un familiar, tutela, concubinato

Abstract

The purpose of this research work is to determine the reasons why it is considered that there is an impact on the protective principle in Law No. 31602, which regulates leave due to the death of a family member in the private sector, since it reflects a brief regulation that is detrimental to workers, such as the exclusion of family figures such as concubinage, guardianship. In addition, the lack of clarity in the calculation of remuneration for those workers with variable income, which generates inequalities. Likewise, to achieve the purpose, the methodology used is documentary, with a qualitative approach and an interpretative paradigm, based on the collection, analysis and interpretation of information from three types of sources, normative, doctrinal and jurisprudential, to compare the treatment of this type of leave. Thus, the results suggest the need to modify Peruvian legislation in the private sector, to ensure a more adequate protection of labor rights in bereavement situations, aligned with the protective principle, for the respect of their human dignity.

Keywords: Protective principle, leave due to death of a family member, guardianship, , cohabitation

Introducción

La pérdida de un familiar es un evento inevitable en la vida de cualquier persona que, además de impactar profundamente en el bienestar emocional, puede afectar considerablemente el rendimiento laboral. A partir de un estudio de la legislación Laboral y teniendo en cuenta un principio base o fundamental que orienta el Derecho del trabajo, como es el principio protector o tuitivo, se entiende como la legislación laboral siempre está orientada a cuidar a la parte débil de la relación de trabajo, como lo es el trabajador.

En razón de ello, se evidenció que existe una norma en el sector privado que otorga la posibilidad de que el trabajador ante el fallecimiento de un familiar pueda ausentarse de su centro de empleo con la finalidad de realizar los trámites necesarios sin perder su ingreso económico, y atendiendo a una necesidad fundamental. Ahora bien, antes de la emisión de esta Ley, quedaba a voluntad del empleador otorgarles este derecho a los trabajadores del sector privado, ocasionando cierta afectación a su bienestar emocional, económico y familiar.

Sin embargo, en algunos países de Europa y América latina como España, Colombia, Argentina y Chile, este tipo de regulación deja claro que, la licencia por fallecimiento no solo se encuentra en nuestra legislación, sino que es una práctica común en diversos países que también velan por el interés familiar, emocional y económico.

En razón a ello, en Perú, la normativa que regula la licencia por fallecimiento en el sector privado, presenta varias deficiencias que impiden una adecuada protección laboral, no acogiendo plenamente las diferentes situaciones que un trabajador puede tener como tal, y teniendo en cuenta que es una suspensión imperfecta, no ha advertido la forma de cálculo para el pago de la misma en una remuneración principal variable, lo que puede significar una afectación al trabajador y por lo tanto a este principio tuitivo. En ese sentido, el presente estudio planteó la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las razones por las que se considera que existe una afectación al principio protector en la ley de licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado?

Esta investigación tuvo como objetivo principal determinar las razones por las que se considera que existe afectación del principio protector en dicha ley, evaluando sus implicancias prácticas; asimismo, se analizó la presencia del principio protector en las diversas licencias laborales de connotación familiar; y las deficiencias de dicha ley, como la falta de claridad en

el cálculo de remuneraciones principal variable, también, la exclusión de figuras jurídicas como tutela y concubinato. De acuerdo a ello, la metodología empleada es de tipo documental, con un enfoque cualitativo y un paradigma interpretativo, donde se realizó un análisis de fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales nacionales e internacionales para comparar el tratamiento de este tipo de licencia, con ello, se espera que los resultados de esta investigación contribuyan a proponer soluciones normativas que garanticen en mayor medida la protección del trabajador alineadas con el principio protector.

En esa medida, toda implementación regulativa pro empleado, como sería en el presente caso la licencia por fallecimiento merece un tratamiento especial y muy bien especificado; porque la finalidad es velar por el trabajo digno en toda relación laboral, es decir, ordenándose a la protección de derechos del trabajador, que, en la posición de dependencia económica y subordinación, se da mediante la celebración del contrato.

Finalmente, la importancia de esta investigación radica en mejorar la normativa laboral relacionada con la licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado, debido que, al existir vacíos legales no se garantiza adecuadamente los derechos del trabajador en situaciones de duelo. Por ello, se busca que esta normativa se alinee con las realidades sociales contemporáneas, promoviendo una mayor protección al trabajador en el sector privado y asegurando el respeto de su dignidad humana.

I. Revisión de literatura

Inicialmente, es relevante enfatizar lo que los autores Arnau & Sala (2020) señalan: que es esencial destacar que la revisión de la literatura es un paso fundamental en todo proyecto de investigación. Esto se debe a que ofrece una orientación para ubicar y fundamentar teórica y conceptualmente la investigación, así como para recopilar información relevante, basada en estudios previos realizados por otros investigadores sobre el tema en cuestión.

1.1. Antecedentes

De acuerdo con (Puican, 2022) para obtener el título de abogado, remarca la relevancia del principio protector en ausencia de regulación explícita sobre discriminación indirecta, proponiendo una interpretación que favorezca al trabajador como parte vulnerable en relaciones laborales. Su investigación ofrece una valiosa perspectiva sobre la aplicación de este principio en el ámbito laboral, abogando por su uso para proteger los derechos de los trabajadores, lo cual es crucial para entender su impacto en la legislación sobre licencia por fallecimiento en el sector privado.

En su tesis para obtener el título de abogado, Rojas (2021) resalta la importancia de los principios laborales y constitucionales en el contexto del derecho laboral, especialmente en concordancia con la igualdad de derechos para aquellos empleados que trabajan a tiempo parcial. Destaca que la falta de acceso a ciertos derechos para estos trabajadores podría vulnerar el principio protector, limitando así sus derechos constitucionales, por lo que, esta investigación, tiene como aporte para la nuestra, subrayar la relevancia jurídica del principio protector al evitar tratamientos diferenciales sin justificación suficiente, como se refleja en el caso analizado.

Asimismo, Guevara (2020) en su trabajo de tesis para obtener el título de abogado, propone modificar el decreto legislativo 728, específicamente el artículo 12°, para incorporar el permiso por matrimonio en el marco laboral del sector privado, garantizando de esta manera el derecho al empleo y fomentando la unidad familiar. Este estudio revela la disparidad entre el sector público y privado en términos de beneficios laborales, lo que puede vulnerar los derechos de los trabajadores del sector privado, atentando contra el principio protector

Según Cybulkiewicz (2020), en su tesis de abogacía, se aborda la carencia normativa en el Código Procesal de Trabajo y Seguridad Social respecto a un procedimiento judicial, en conexión con los principios del derecho laboral, especialmente el principio protector. Este principio se considera una garantía en favor del trabajador ante posibles desigualdades, como aquellas de índole económica, que pueden surgir debido a la relación de dependencia

laboral. Ante tratos diferentes para sujetos en situaciones fácticas distintas, el recurso judicial se erige como el medio para corregir o mitigar los desequilibrios. Este trabajo tiene como aporte para la nuestra, destacar cómo el principio protector se aplica a diversas facetas del derecho laboral, siendo esencial para compensar las disparidades entre las partes involucradas.

A su vez, Quintero (2020) en su tesis de abogacía, analiza la aplicabilidad del Código General del Proceso a los principios rectores laborales, centrándose en el principio protector que tiene como fin proteger al trabajador de abusos y desconocimiento de derechos. Esta investigación tiene como aporte para la nuestra, destacar la responsabilidad en garantizar una protección efectiva de los derechos laborales, destacando la necesidad de una aplicación clara y efectiva de la ley para proteger los derechos de los trabajadores, especialmente en situaciones de vulnerabilidad como el duelo por la pérdida de un familiar.

Finalmente, de acuerdo con Monsalve (2019), en su tesis para obtener el título de abogado, resalta que el desarrollo del derecho laboral ha ocasionado la integración de múltiples licencias y autorizaciones para hacer frente a eventualidades en el ámbito laboral. Sin embargo, su implementación ha sido ineficiente, lo que sugiere la necesidad de un mecanismo que facilite el acceso a información sobre estos recursos, agilizando su uso. Este trabajo tiene como aporte para la nuestra, que, aunque las licencias son cruciales para enfrentar circunstancias imprevistas, el acceso a estas en el sector público es más amplio y regulado en comparación con el sector privado, por ejemplo, en el caso de normativa materia de análisis, la misma que entró en vigor en el 2022, antes, quedaba al libre albedrío del empleador de autorizarlo.

1.2 Bases teóricas

1.2.1. Tratamiento jurídico del principio protector

a) Naturaleza jurídica del principio protector en la doctrina peruana

Es importante recalcar lo que nos dice Abanto (2009) sobre los principios del Derecho, como fundamentos esenciales, guían la creación, interpretación y aplicación de normas, además de resolver situaciones no previstas. En otras palabras, ratifican su validez con la imperiosa necesidad de su existencia, logrando su eficacia práctica, a través de su vigencia en la vida jurídica y en la realidad; entre estos principios, destaca de manera especial el principio protector, que en el contexto jurídico peruano ha sido objeto de análisis y debate en la doctrina legal, por ejemplo, Gamonal (citado por Arellano & Benfeld, 2017) menciona que, el aumento en la salvaguarda proporcionada por el derecho laboral al trabajador, reconocido como la parte más desprotegida en la

relación contractual, se remonta a la Revolución Industrial.

Por lo que, diversos autores han abordado la naturaleza jurídica de este principio desde distintas perspectivas. Entre ellos, sobresale la contribución de destacados juristas como Paredes (2018), quien considera que el principio protector es un criterio esencial que guía el derecho laboral, que, en lugar de basarse en la búsqueda de igualdad, se centra en garantizar una protección preferencial a una de las partes: el trabajador.

En la misma línea, de acuerdo con Díaz & Benavides (2013) el principio protector representa la función de amparo que exige la relación laboral por su propia naturaleza, siendo su objetivo principal proporcionar una protección preferencial al trabajador, con el fin de compensar la desventaja que tiene como la parte más débil en la relación laboral. En resumen, la doctrina peruana concibe al principio protector como la esencia misma del derecho del trabajo, en la medida que expresa la naturaleza compensadora de esta disciplina jurídica y responde, a establecer un amparo preferente al trabajador.

Definición y alcances

Dentro de los alcances más relevantes sobre el principio protector, encontramos lo que nos menciona Diez (2019), quien considera que, con el propósito de asegurar la realización de la justicia y, por ende, la armonía social, resulta indispensable brindar protección al trabajador frente a posibles abusos por parte del empleador.

Por otro lado, Chanamé (2007) revela que el término "duda insalvable", a diferencia de la Carta magna de 1979, que utilizaba únicamente la palabra "duda" sin el calificativo "insalvable", se refiere en la Constitución actual a una incertidumbre que no puede resolverse de ninguna manera, incluso aplicando los métodos de interpretación, no es posible alcanzar una comprensión clara de la norma.

También, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), este principio está implícito en varios convenios que buscan proteger los derechos de los trabajadores y garantizar condiciones laborales justas. Por ejemplo, el convenio sobre el trabajo forzoso de 1930 (Convenio N.º 29) establece la prohibición del mismo en todas sus formas, obligando a los Estados miembros a suprimir el uso del trabajo forzoso dentro de sus territorios y jurisdicciones. Este convenio aborda implícitamente este principio al proteger a los trabajadores de la coerción y explotación, garantizando que

el trabajo sea voluntario, remunerado y en condiciones dignas y justas.

Por otro lado, el convenio sobre igualdad salarial de 1951 (Convenio N.º 100) establece el principio de igualdad de remuneración para trabajadores y trabajadoras por labores de igual valor, requiriendo a los Estados miembros tomar medidas para erradicar cualquier disparidad salarial basada en género. Este convenio ejemplifica el principio protector al asegurar equidad salarial y salvaguardar a los trabajadores de la discriminación; por lo que, se ha podido evidenciar que estos convenios de la OIT reflejan la protección de la dignidad de las personas, al establecer normas internacionales que aseguran la máxima protección posible para los trabajadores, promoviendo condiciones laborales justas, equitativas y seguras.

b) Reglas del Principio Protector

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, en especial Américo Pla, del principio protector se derivan tres reglas fundamentales, a saber:

-Indubio pro-operario

Según lo establecido en el inciso 3) del artículo 26º de la Constitución peruana y por el artículo II del Título preliminar de la Ley procesal del Trabajo, precisa que, en casos de dudas insalvables sobre el sentido de una norma en el ámbito laboral, debe optarse por una interpretación más favorable para el trabajador, por lo que, encuentra su aplicación en el caso que se encuentre más de un sentido interpretativo razonable respecto de alguna normatividad legal. Castillo (2007)

Aunado a ello, tiene equivalentes en otras ramas del derecho que comparten el mismo enfoque, como in dubio contra stipulatorem como excepción en el Derecho Civil, la interpretación favorable al consumidor, el indubio pro reo en el Derecho Penal y, principalmente, el in dubio pro homine, que promueve elegir la interpretación más beneficiosa para los derechos de la persona, pudiendo subsumir a los anteriores. Neves (2012)

No obstante, es importante aclarar que esta aplicación no puede utilizarse para modificar el alcance de una norma, ni para completar o suplir la falta de una norma. Además, se requieren dos condiciones para su operatividad: primero, que realmente exista una duda respecto al alcance legal de la norma; y segundo, que no entre en conflicto con la intención manifestada en la ley, ya que siempre prevalece la

interpretación de la ratio legis que guía una disposición legal. Zavala (2011)

Además, se debe tener en cuenta que, será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma, y nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa (Puntriano et al., 2009). En este sentido, la duda insalvable se presenta cuando los métodos tradicionales de interpretación no pueden resolver de manera inequívoca el sentido de la norma. Por lo tanto, este principio actúa como un mecanismo de cierre, asegurando que, en situaciones de incertidumbre normativa, se protejan los derechos e intereses de los trabajadores dentro del marco legal laboral peruano.

-Norma más favorable al trabajador

La regla de la norma más favorable en el derecho laboral peruano se distingue del principio de in dubio pro-operario en su enfoque, ya que no concierne a la interpretación de normas, sino a su aplicación. Esta norma establece que cuando hay disposiciones legales divergentes que podrían aplicarse a una misma circunstancia laboral, el juez debe elegir aquella que proporcione mayores ventajas o derechos al trabajador.

A palabras de Díaz & Benavides (2013) esta regla se aplicará cuando haya varias normas o disposiciones que puedan regir un caso laboral específico. En tal situación, las autoridades administrativas y judiciales deberán optar por la que ofrezca mayores beneficios al trabajador. La necesidad de aplicar este criterio se vuelve más apremiante en contextos donde la legislación no está sistematizada o cuando falta una Ley General del Trabajo o un Código Laboral. No obstante, se debe tener en cuenta que puede ser normas del mismo rango y ámbito; normas de igual jerarquía, pero de diferentes ámbitos; o normas de distintos rango y ámbito. En cualquiera de estos casos, lo que se debe hacer es optar por la norma que ofrezca mayores ventajas para el trabajador.

-La condición más beneficiosa

La regla de la condición más beneficiosa implica que una situación previamente reconocida debe ser interpretada de manera que resulte más favorable al trabajador en comparación con una nueva norma que se vaya a aplicar. Esto ocurre cuando se introducen nuevas disposiciones que modifican las condiciones laborales, asegurándose que al aplicarlas no se perjudiquen los derechos que el trabajador ya tenía, dado que

las leyes no están diseñadas para recortar esos derechos.

Asimismo, para Zavala (2011) deben cumplirse ciertos requisitos, como que se trate de condiciones laborales claras; que, al compararlas, efectivamente resulten más ventajosas para el trabajador; y que dichos derechos le hayan sido reconocidos, lo que implica que el trabajador debe haber cumplido con los requisitos necesarios para recibir el beneficio. Cabe destacar que el trabajador puede llegar a un acuerdo con el empleador para renunciar a dicho derecho.

Por lo que, esta regla puede aplicarse en diversos escenarios: la conservación de condiciones establecidas unilateralmente por el empleador, en el contrato individual de trabajo, en acuerdos colectivos o en normativas legales. En el caso de condiciones derivadas de decisiones unilaterales del empleador o del contrato individual de trabajo, es posible modificarlas mediante un acuerdo entre ambas partes, incluso si este acuerdo implica una modificación desfavorable, siempre y cuando sea resultado de una negociación libre y voluntaria.

c) Tratamiento jurídico del principio protector en el derecho comparado Argentina

De acuerdo con Dobarro (2015) en Argentina el principio protectorio es el que sustenta su disciplina, fundamenta toda la normativa laboral y está consagrado en el artículo 14 Bis de la Constitución Nacional, ha sido fortalecido desde la reforma constitucional de 1994, mediante el cual determina límites a la posición dominante que se encuentra el empleador, precisando que el trabajo en sus diversas formas va a estar protegido contra despido, abusos, etc.

Chile

En lo que respecta a este país, Sepulveda & Sepulveda (2021) precisa que en el artículo 19, apartado 16 de la Constitución Política de la República de 1980, depone una serie de disposiciones relacionadas con los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Este apartado, se titula "La libertad de trabajo y su protección", afirmando que la constitución garantiza estos derechos.

A su vez, el Código del Trabajo contiene diversas disposiciones que hacen referencia explícita a la protección de los trabajadores en un contexto preciso. La primera y más relevante se encuentra al inicio del Libro Segundo, titulado "De la

protección a los trabajadores", particularmente en el artículo 184, el cual establece las responsabilidades del empleador en relación con la integridad de los trabajadores, así como las entidades administrativas encargadas de supervisar dichas responsabilidades y sus facultades.

Colombia

En el marco legal nacional, Ballesteros (2015) menciona que se encuentra consagrado en la Constitución y en las leyes. Específicamente, el artículo 25 de la Carta Magna establece que "El trabajo es un derecho y una obligación de carácter social, el cual recibe una protección especial por parte del Estado en todas sus formas. Cada individuo tiene el derecho a acceder a un empleo en condiciones dignas y equitativas".

Además, desde la perspectiva legal, este principio ha sido elaborado en el artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo. Por ende, varias instancias judiciales han señalado que, para asegurar el empleo en condiciones adecuadas y equitativas, conforme lo dicta la Constitución, es esencial armonizarlo con lo estipulado en el artículo 53 de la Carta Magna, que enumera los principios fundamentales que rigen el ámbito laboral. Ballesteros (2015)

España

En España, el principio protector está reconocido en su ordenamiento jurídico laboral como un pilar fundamental en las relaciones laborales, por ejemplo, en su Constitución en el articulado 22° y en el Estatuto de los Trabajadores establecen una serie de derechos y garantías para los trabajadores, incluyendo el derecho a la negociación colectiva, la protección contra el despido arbitrario y la igualdad de trato en el empleo.

Finalmente, los países mencionados comparten el principio protector en sus respectivos ordenamientos jurídicos laborales. En Perú, el principio protector se manifiesta a través de disposiciones constitucionales y legales que buscan garantizar la protección de los derechos de los trabajadores, especialmente en casos de interpretación de normas laborales y resolución de conflictos laborales, por lo que, la aplicación concreta del principio protector puede variar según el contexto y la jurisprudencia de cada país.

d) El principio protector en la jurisprudencia nacional

- Análisis Jurídico de la Casación 574-2017, Lima

Mediante la Casación 574-2017-Lima, emitida por la Corte Suprema en Lima, se realizó un exhaustivo análisis del principio protector en el contexto laboral. En relación con este aspecto, el principio protector implica equilibrar la desigualdad presente en la realidad de los individuos implicados en la relación laboral. Concretamente, este principio abarca tres directrices: a) el principio a favor del trabajador; b) la aplicación de la normativa más favorable; y c) la aplicación de la condición más beneficiosa.

Ahora bien, parafraseando el séptimo fundamento que se destaca principalmente de la presente casación, se nos aclara que, en el ámbito de las relaciones laborales, el empleado emerge como la parte vulnerable en contraste con el empleador, quien ostenta una clara supremacía económica debido a su posición como propietario o controlador de los medios de producción. En este contexto surge el principio protector, consagrado en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, interviene en favor del trabajador mediante una asimetría legal que busca contrarrestar la disparidad existente en la realidad laboral, con el objetivo de prevenir posibles abusos por parte del empleador y nivelar la balanza en dicha relación laboral.

Finalmente, podemos decir que el enfoque de la Corte Suprema se centró en el principio pro-operario y su utilización en la interpretación de la normativa; de esta manera, se estableció que este principio será empleado en situaciones de duda en torno al significado de la norma.

1.2.2. Licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado

a) Generalidades de la Ley N° 31602

La Ley N° 31602 del Perú, promulgada el 17 de diciembre de 2022, establece el derecho a los trabajadores del sector privado a una licencia remunerada de cinco días calendarios en caso de fallecimiento de familiares directos como cónyuge, padres, hijos o hermanos, esta disposición permite que los empleados puedan ausentarse para enfrentar el duelo y atender los tramites derivados de la pérdida.

Además, la normativa contempla la posibilidad de extender la licencia cuando el fallecimiento ocurre en una localidad distinta al lugar de trabajo del empleado, según Cuadro General de Términos de la Distancia aprobado por la Resolución Administrativa N° 288-2015-CE-PJ, garantizando así que el trabajador reciba tiempo

adicional para trasladarse sin que su remuneración se vea afectada.

La ley también preserva cualquier beneficio de licencia más favorable que los trabajadores hayan obtenido previamente por acuerdo colectivos o decisiones unilaterales del empleador. En su reglamento, se detallan pautas claras para conceder esta extensión de manera justa y equitativa, tomando en cuentas las circunstancias geográficas particulares.

Finalmente, el trabajador debe notificar al empleador sobre su uso de esta licencia, indicando la duración de la misma y presentando pruebas de parentesco y, si aplica, de distancia geográfica. El empleador tiene derecho a verificar que la licencia se use de acuerdo con sus fines, mientras el trabajador debe cooperar con el proceso de fiscalización, manteniendo un balance entre sus derechos y las necesidades operativas de la empresa.

b) Licencias laborales de connotación familiar.

- Licencia por adopción:

En relación con esta licencia, Tarazona (2020) señala que la adopción de un menor de edad conlleva variaciones significativas en la estructura familiar, generando cambios emocionales y psicológicos tanto en los adoptantes como en el adoptado. Ante esta situación, es necesario un periodo para fortalecer el vínculo paternofilial, lo que contribuye a una mejor adaptación y condición familiar.

Asimismo, esta licencia otorga al trabajador un permiso remunerado de 30 días naturales, siempre y cuando el niño adoptado sea menor de 12 años, siendo computables dentro de un año calendario y se conceden independientemente de los trámites administrativos o judiciales que deba realizar el trabajador. Además, se deben cumplir ciertos requisitos, entre los cuales el trabajador debe notificar explícitamente su intención de hacer uso de la licencia con al menos 15 días naturales de antelación a la entrega física del menor. El incumplimiento de esta comunicación en el plazo establecido impedirá que el trabajador pueda disfrutar de dicha licencia, sin embargo, en el caso de que ambos cónyuges sean trabajadores, la licencia será otorgada a la cónyuge femenina. Tarazona (2020)

Licencia por paternidad

El fundamento de la presente licencia se basa en el derecho del empleado a ausentarse con motivo del alumbramiento de su cónyuge o conviviente, con derecho a remuneración, relacionándose dicha licencia con la noción de promoción y fortalecimiento del crecimiento familiar, mediante la atención a las necesidades y obligaciones familiares inherentes a dicha situación.

Este beneficio se extiende de acuerdo con Valderrama & Tarazona (2018) a los ámbitos público, privado y militar, y tiene un carácter inalienable, lo que indica que no puede ser modificado o sustituido por una compensación en efectivo u otro privilegio, de acuerdo con su naturaleza intrínseca. Asimismo, se especifica que, si los trabajadores han adquirido derechos en este ámbito antes de la entrada en vigor de la ley, estos se conservarán siempre que resulten más favorables.

En cuanto a la extensión temporal, se conceden 10 días calendario seguidos en situaciones de parto natural o por cesárea, sin embargo, en circunstancias más complejas como partos prematuros y múltiples, la duración se prolonga a 20 días calendario seguidos. En el caso de nacimientos con enfermedad congénita terminal o discapacidad grave, así como en situaciones de complicaciones graves en la salud de la madre, el periodo de licencia se extiende a 30 días calendario seguidos. Además, el trabajador debe notificar al empleador su decisión de hacer uso de la licencia con una anticipación de al menos 15 días naturales antes de la fecha probable de parto, especificando el período de la licencia. No obstante, el incumplimiento de este plazo no resulta en la pérdida del derecho. Tarazona (2020)

Si el trabajador se encuentra en período de vacaciones u otra situación que implique la suspensión temporal del contrato de trabajo, no procederá el otorgamiento de la licencia, asimismo, la remuneración correspondiente al trabajador durante los días de licencia es igual a 10 remuneraciones diarias del trabajador. Además, esta licencia se considera como tiempo efectivamente laborado para el cálculo de varios beneficios, tales como la compensación por tiempo de servicios, gratificaciones y vacaciones, salvo en el caso de utilidades. (Tarazona, 2020, p. 32)

Licencia por maternidad

Este derecho deriva del proceso biológico de la gestación, permitiendo a la madre disfrutar de un período de descanso antes y después del parto, conforme a esto, la trabajadora gestante tiene derecho a un total de 98 días naturales de descanso, divididos en 48 días prenatales y 49 días postnatales. No obstante, este período puede extenderse

en treinta días adicionales en casos de parto múltiple o si el recién nacido presenta una discapacidad, siempre y cuando se presente la certificación médica correspondiente. Chaname (2021)

En cuanto a la acumulación del descanso, según lo Tarazona (2020), aunque la normativa estipula que son 49 días de descanso postnatal, los días de descanso prenatal pueden ser diferidos, total o parcialmente, para ser gozados en conjunto con los días de descanso postnatal. Esta solicitud de acumulación debe realizarse con al menos dos meses de anticipación al parto, especificando la cantidad de días de descanso prenatal que se desean acumular al período postnatal, adjuntando el certificado médico correspondiente que garantice que esta acumulación no afectará ni a la madre ni al concebido, tampoco se requiere la aceptación del empleador para esta solicitud de acumulación.

El certificado médico puede ser presentado mediante el certificado de incapacidad temporal por trabajo de maternidad emitido por ESSALUD, o en su ausencia, un documento médico que incluya la fecha probable del parto, este último puede estar contenido en el formato estipulado por el colegio médico del Perú o en el formulario habitual del médico que proporciona la certificación. En casos de parto prematuro, se aplican condiciones especiales, por ejemplo, si ocurre entre las semanas 22 y 30 de gestación, el descanso por maternidad está condicionado a que el recién nacido nazca vivo y sobreviva más de 72 horas. Por otro lado, si el parto ocurre después de las 30 semanas de gestación y el recién nacido no nace vivo, la trabajadora tendrá derecho al descanso por maternidad.

En situaciones de cambios imprevistos en la fecha del parto, como adelantos o retrasos, los días adicionales se acumularán al descanso postnatal o se considerarán como descanso médico por incapacidad temporal para el trabajo, respectivamente. Además, la trabajadora gestante puede hacer uso de su descanso vacacional después de vencido el descanso postnatal, cumpliendo con ciertos requisitos y comunicándolo al empleador con quince días de anticipación, para ello, no se requiere la aprobación del empleador. Finalmente, durante el período de licencia, la trabajadora no prestará servicios y recibirá un subsidio económico otorgado por ESSALUD para compensar la pérdida de ingresos como resultado del parto y las necesidades de cuidado del recién nacido.

Licencia por lactancia

La madre tiene derecho a un permiso por lactancia dentro de su jornada laboral, el cual es de carácter irrenunciable y no puede ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio, como días de descanso acumulados o pago de bonificaciones, se inicia al término de periodo postnatal y se extiende hasta que el hijo cumpla un año. Aunado a ello, de acuerdo a Chaname (2021) la duración de este permiso es de una hora por día en caso de nacimiento de un solo hijo, y de dos horas diarias en caso de nacimiento múltiple, asimismo, este permiso puede ser otorgado de forma continua o fraccionada en periodos iguales, y el horario puede ser coordinado con el empleador, siempre dentro de la jornada laboral, sin embargo, se recomienda que este acuerdo sea documentado por escrito, especificando el horario acordado.

Licencia para asistencia de personas con discapacidad a cargo del trabajador En esta licencia, según lo señalado por Valderrama & Tarazona (2018), se otorga al trabajador la posibilidad de, si es necesario, obtener autorización para cuidar las necesidades médicas y terapia de rehabilitación a hijos o hijas menores con discapacidad, así como a menores con discapacidad bajo su tutela, también, se concede a los trabajadores designados como apoyo para una persona mayor de edad con discapacidad, de acuerdo con el Código Civil, y que se encuentren en una situación de dependencia. Además, este derecho es inalienable y, en caso de que el empleador unilateralmente o mediante un convenio colectivo haya otorgado beneficios en este ámbito, estos permanecen válidos siempre que sean más favorables.

Asimismo, esta licencia está limitada a cincuenta y seis (56) horas por año calendario y las horas extras compensatorias no generan recargos si se limitan al período utilizado por el trabajador, pero cualquier exceso está sujeto a las regulaciones de tiempo extra del sector público o privado. Tarazona (2020)

Con respecto al trámite de la licencia, el trabajador con antelación debe comunicar a su empleador para gozar de este derecho, el plazo es de 07 días naturales al inicio de las terapias de rehabilitación o asistencia médica, incluso debe adjuntar una serie de documentos requeridos. Aunado a ello, se debe precisar que, ante un uso indebido de la licencia, se computara una falta disciplinaria de carácter grave que constituye incumplimiento de obligaciones de trabajo, con ello quebrantando la buena fe laboral.

1.2.3 Instituciones jurídicas del derecho civil ausentes en la regulación de la licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado.

a) Alcances del Concubinato en la legislación peruana

El concubinato en el Perú es una figura legal que permite el reconocimiento de parejas que viven juntas sin casarse, su importancia radica en que refleja la diversidad de las relaciones familiares en la sociedad peruana, promueve el respeto hacia diferentes formas de convivencia y contribuye a la estabilidad económica al permitir la compartición de recursos, por lo que, representa un cambio en las percepciones sobre el compromiso y el amor, destacando que no siempre es necesario un matrimonio formal. Asimismo, Pimentel (2019) resalta que las uniones de hecho, o concubinato, han sido una constante en la dinámica social a lo largo de la historia. Según el autor, hay indicios que sugieren la existencia y regulación de este tipo de unión desde hace más de 2000 años a.C., reflejada en el primer conjunto de leyes registrado en la historia: el Código de Hammurabi.

Aunado a ello, en la sociedad actual, existen diversos modelos de familia, cada uno con sus particularidades, pero todos con la misión común de formar ciudadanos que contribuyan a la sociedad; y como lo afirma (Aguilar, 2015) “La unión de hecho no es un fenómeno exclusivamente del Perú, sino que es un fenómeno universal, y diversas legislaciones la reconocen y le otorgan derechos”; por ello, el Tribunal Constitucional no ha sido indiferente a esta realidad social y, en su jurisprudencia, ha establecido que la formación de un hogar de hecho implica compartir habitación, lecho y techo.

b) Alcance jurídico de la Tutela

En principio, la tutela es una institución jurídica clave en el Perú, diseñada para proteger los derechos y el bienestar de personas que, por diversas circunstancias, no pueden ejercer plena autonomía, como los menores de edad sin padres o personas con discapacidad, este mecanismo asegura que se les asigne un tutor que actúe en su mejor interés, garantizando su cuidado, representación legal y administración de bienes. A palabras de Coca (2020) la tutela es una institución de protección supletoria que, junto a la curatela y el consejo de familia, tiene como objetivo reemplazar o complementar la patria potestad, por lo que, se busca garantizar la protección de los menores de edad que

no están bajo patria potestad, independientemente de si presentan alguna discapacidad o no.

En el contexto peruano, la tutela se enmarca en el derecho de familia y tiene como objetivo principal garantizar la protección y el desarrollo integral de los tutelados, por ende, esta figura del tutor se convierte en un pilar esencial, ya que es la persona encargada de velar por los intereses y derechos del tutelado, actuando en su nombre y tomando decisiones que impactan su vida cotidiana.

II. Materiales y métodos

En el desarrollo de esta investigación se adoptó el paradigma interpretativo, el cual se basa en reconocer la complejidad inherente a la realidad jurídica y social. Este enfoque cuestiona la búsqueda de causalidad y leyes, privilegiando en cambio la interacción subjetiva-objetiva del conocimiento (Gómez et al., 2010). Aplicado al presente estudio, este paradigma permitió una interpretación detallada de las normativas legales y su aplicación práctica, así como de las implicaciones y percepciones asociadas con la licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado. Además, según lo afirmado por Sánchez et al. (2018), este paradigma facilita una comprensión lógica y teórica del fenómeno investigado, prescindiendo de la necesidad de una explicación o justificación empírica en términos estrictamente científicos.

La metodología adoptada para este estudio es de tipo documental, sustentada en la recopilación, análisis e interpretación de información proveniente de fuentes de tres tipos, normativas, doctrinales y jurisprudenciales, con el objetivo de dar una alternativa de solución a la problemática. En este sentido, se examinó el contenido normativo que regula el sector privado y la afectación del principio protector en función de los vacíos normativos presentes en la legislación.

El presente estudio utilizó técnicas cualitativas adecuadas para el paradigma interpretativo. Entre estas técnicas, se destaca el análisis de contenido, el cual se aplica de manera sistemática a textos legislativos, doctrinales y jurisprudenciales para identificar y categorizar los conceptos clave relacionados con la afectación del principio protector en la licencia por fallecimiento. Además, se realiza una comparación normativa entre las legislaciones de diferentes países, como Colombia, Chile, España y Argentina, con el fin de evaluar cómo se protege el principio protector y la licencia por fallecimiento en diversos contextos jurídicos y culturales.

Finalmente, se emplearon técnicas de comprensión lectora como el subrayado, sumillado, parafraseo y resumen; de igual manera se utilizó tablas para definir y analizar las categorías conceptuales. Además, se utilizó el sistema de referencia APA séptima edición para citar fuentes empleadas, así como referencias. Y, en cuanto a la honestidad intelectual se empleó el software Tunninting, una herramienta para la detección del plagio, lo que hace es resaltar cuando existe un error en la cita o falta en la misma, para que evidentemente se reconozca aquello lo que los autores han mencionado sobre el tema, y obviamente le da credibilidad a la investigación propia al trabajo.

III. Resultados y discusión

En el presente capítulo se presenta los resultados obtenidos después de la recopilación de información, en ese sentido se comenzó por **analizar** la presencia del principio protector en las diversas licencias laborales de connotación familiar, asimismo, se **analizó** las deficiencias en la regulación de la ley de licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado. Por último, con el objetivo de responder el problema formulado al inicio del estudio, se **determinó** la afectación del principio protector en la licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado.

3.1. Análisis de la presencia del principio protector en las diversas licencias laborales de connotación familiar.

En este apartado se analizará la presencia del principio protector en las distintas licencias laborales discutidas en el marco teórico, en ese sentido, se estudió la teoría de los derechos fundamentales, concepción de Robert Alexy (1993), donde sostiene que los derechos fundamentales no solo son garantías abstractas, sino que deben aplicarse de manera efectiva para proteger la dignidad y el bienestar de las personas, especialmente en situaciones de vulnerabilidad, lo que implica que deben llevarse a cabo en la mayor medida posible dentro de las restricciones legales y prácticas actuales.

Una de las licencias analizadas en este estudio es la licencia por adopción, un beneficio laboral que concede a los trabajadores un periodo de descanso remunerado después de adoptar a un menor con el propósito de permitir que los nuevos padres fortalezcan el vínculo familiar y se adapten a su nueva dinámica. Esta licencia se relaciona estrechamente con el principio protector, debido que, salvaguarda tanto a la familia como al menor adoptado, buscando asegurar un entorno saludable para el niño y facilitar su integración en el nuevo hogar al garantizar tiempo para la vinculación inicial.

Asimismo, es relevante considerar las implicaciones de género en esta licencia, porque la

disposición que otorga la licencia a la cónyuge femenina cuando ambos cónyuges son trabajadores puede interpretarse bajo el prisma del principio protector, dado que, tradicionalmente, las mujeres han asumido roles primarios en el cuidado de los hijos. Esta medida asegura que al menos uno de los padres pueda dedicarse plenamente al cuidado del menor en los primeros días críticos tras la adopción, aunque también puede abrir debates sobre la igualdad de género y la corresponsabilidad parental.

Otro tipo de licencia de connotación familiar que resulta útil analizar es la licencia por paternidad, el cual es un permiso laboral remunerado que se concede para que el trabajador se ausente de su centro de labores tras el nacimiento de su hijo, permitiéndole participar en los cuidados iniciales y fortalecer el vínculo familiar; en ese sentido, el principio protector se hace presente a partir que otorga al trabajador ciertas ventajas que podemos evidenciar en las siguientes dimensiones, primero promoviendo el bienestar familiar al permitir al trabajador atender sus responsabilidades sin pérdida de ingresos, a su vez, resulta irrenunciable e insustituible, garantizando su respeto y protección efectiva; y por último, permite una planificación adecuada mediante el cómputo del inicio de la licencia y la comunicación anticipada.

En lo que respecta a la licencia por maternidad, la cual se fundamenta en otorgar un período de descanso a las trabajadoras gestantes antes y después del parto, permitiéndoles recuperarse y cuidar al recién nacido; en el caso de esta licencia el principio protector se hace presente en diversas formas, por ejemplo, ante la necesidad relacionada a la salud de la trabajadora y cuidado inicial del bebé; también, ante la flexibilidad de acumular días de descanso prenatal al postnatal según sus necesidades e incluso a través del subsidio económico, otorgado por ESSALUD para compensar la pérdida de ingresos durante el periodo de licencia, de una u otra forma estas manifestaciones equilibra necesidades biológicas y sociales con las obligaciones laborales.

Aunado a ello, otras de las licencias con gran relevancia es la licencia por lactancia, otorgándole a la trabajadora un permiso diario remunerado para amamantar a su bebé durante el primer año de vida, y en casos de nacimientos múltiples, se conceden dos horas diarias; en ese sentido, el principio protector se hace presente al promover el bienestar del niño, asegurando que reciba la nutrición y el cuidado necesario durante su primer año de vida, e incluso apoya a la madre trabajadora permitiéndole cumplir con sus responsabilidades maternas sin sacrificar su empleo ni sus ingresos, garantizando con ello condiciones laborales dignas que permiten la conciliación de la vida laboral y familiar.

Y, como última licencia materia de análisis, es la de asistencia a personas con discapacidad,

la cual permite al trabajador ausentarse durante la jornada laboral hasta 56 horas anuales; este derecho se fundamenta en este principio, a través de múltiples beneficios, debido que, primero asegura que los trabajadores puedan cumplir con sus responsabilidades familiares sin detrimento de su estabilidad laboral y económica, también facilita el apoyo necesario a personas con discapacidad, promoviendo su inclusión y bienestar; y sostiene el vínculo familiar, permitiendo que el trabajador brinde el cuidado y soporte requerido.

En el marco de los antecedentes investigados, destaca con particular relevancia el estudio desarrollado por Monsalve (2019), debido que en su tesis de pregrado, abordó de manera integral el espectro de licencias y permisos laborales, entre ellas las de connotación familiar-paternidad, maternidad, etc-; donde en las mismas existen brechas significativas en la implementación de las mismas y sugiere que, si bien constituye herramientas fundamentales para la conciliación de la vida laboral y familiar, requieren de mejoras para garantizar su mayor eficiencia, con ello dejando en claro una mejor protección al trabajador. En definitiva, el análisis de las diversas licencias laborales de connotación familiar revela una clara presencia del principio protector del derecho laboral, porque este principio se manifiesta como un mecanismo esencial para contrarrestar el desequilibrio inherente en la relación laboral. Por ello, a través de las licencias por adopción, paternidad, maternidad, lactancia y asistencia a personas con discapacidad, se evidencia cómo el principio protector deliberadamente genera un desequilibrio a favor del trabajador, siendo que estas licencias no persiguen una igualdad absoluta, sino que reconocen la necesidad de otorgar ventajas específicas al trabajador para salvaguardar su dignidad, bienestar familiar y estabilidad laboral. Así, se reafirma que el derecho laboral, a través de estas licencias, busca conscientemente una desigualdad compensatoria en favor del trabajador, reconociendo y mitigando su posición de vulnerabilidad frente al empleador.

3.2 Análisis de las deficiencias en la regulación de la ley de licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado.

La licencia por fallecimiento de un familiar es un derecho laboral fundamental que permite a los trabajadores ausentarse temporalmente de sus responsabilidades para enfrentar el duelo y los trámites derivados de la muerte de un familiar. Sin embargo, en el sector privado, la regulación de este tipo de licencia presenta varias deficiencias que se analizarán a continuación:

3.2.1. La forma de pago de la licencia por fallecimiento de una familiar en los casos de trabajadores con remuneración variable principal.

Es importante distinguir entre dos tipos de trabajadores con remuneraciones variables, el

primero con **remuneración principal variable**, que corresponde a quienes, como comisionistas o destajeros, dependen exclusivamente de este tipo de ingresos, sin contar con una base fija mensual y con **remuneración complementaria variable**, lo cual aplica a trabajadores que sí perciben una remuneración básica, y adicionalmente ingresos variables como comisiones, horas extras, entre otros.

Una de las principales deficiencias identificadas en la normativa vigente radica en la ausencia de un criterio claro para el cálculo del pago de la licencia por fallecimiento de un familiar, en los casos en que el trabajador percibe una remuneración de carácter principal variable. Este tipo de licencia como ya conocemos constituye una suspensión imperfecta del contrato de trabajo, lo que implica que el empleador debe seguir pagando la remuneración durante su duración. Sin embargo, el problema surge cuando dicha remuneración no es fija ni constante, sino que fluctúa en monto y frecuencia.

La remuneración imprecisa se caracteriza por su variabilidad, manifestándose tanto en los montos percibidos como en la irregularidad de los periodos en los que se generan ingresos. Ejemplos de estas remuneraciones son las comisiones (pagos por unidad de servicio) y los destajos (pagos por unidad de producción realizada). Según García et al. (2014) dentro de la remuneración en función de la regularidad o periodicidad de su otorgamiento se encuentran las variables o imprecisas, definiéndolas aquellas donde “existen certeza, únicamente, sobre la posibilidad de su otorgamiento, más no sobre la oportunidad exacta ni el monto al que ascenderán”.

En este contexto, proponemos mejorar la forma de cálculo y por tanto de pago de los trabajadores que reciben remuneración variable principal, por lo que, la legislación debería ser modificada con la finalidad de dar cabida a la posibilidad de que los trabajadores que tienen remuneración variable principal puedan ser calcula en función de un promedio, por ende, resulta razonable que se utilice un promedio de los ingresos obtenidos en un periodo reciente (semanas o meses anteriores) como base para el cálculo de la remuneración durante la licencia. Esto garantizaría una compensación justa, en concordancia con los ingresos reales del trabajador, y evitaría que el cálculo se haga tomando como referencia únicamente el salario mínimo, lo cual sería desproporcionado e injusto en aquellos casos en que el trabajador usualmente percibe montos superiores.

3.2.2. El reconocimiento del Concubinato en la Ley de Licencia por Fallecimiento de un Familiar en el Sector Privado.

En el Perú, el Concubinato es una institución reconocida por la Constitución y la

legislación civil, mediante el cual se refiere a la relación de convivencia libre y estable entre un hombre y una mujer, sin que exista un vínculo matrimonial formal, pero con características similares a las de un matrimonio, logrando esta figura a lo largo del tiempo experimentar una evolución significativa a nivel mundial, reflejando cambios en las estructuras familiares y las relaciones interpersonales, tendencia que se evidencia claramente en el contexto nacional, donde según datos de la SUNARP (2024), solo en enero del presente año se registraron 341 uniones de hecho, manteniendo un incremento sostenido desde 2019, demostrando con ello la creciente preferencia de las parejas peruanas por este tipo de institución.

Para ello, se consideró la teoría reguladora, y dentro de esta corriente teórica podemos considerar a Rodríguez (2003), quien precisa que “las parejas de hecho se inscriben hoy en día dentro de lo que cabría denominar normalidad social”, si bien es cierto, esta posición revela que es irrazonable ignorar el concubinato como hecho real, además de que esta teoría sostiene que el reconocimiento legal de las uniones de hecho no infringe el orden público, la moral ni las buenas costumbres, esto se debe a que estas uniones entre hombre y una mujer, sin impedimentos matrimoniales, pueden formalizarse en matrimonio en cualquier momento. Además, el reconocimiento del concubinato en licencias de connotación familiar, como la asistencia a familiares en delicado estado de salud, establece un precedente importante que podría extenderse a otras licencias laborales, como la licencia materia de análisis, generando con ello una comprensión más integral de las diversas formas de familia en la sociedad peruana.

Por otro lado, el reconocimiento del concubinato como causal de licencia es fundamental para evitar dejar esta decisión al criterio del empleador, porque puede que, al no estar explícitamente establecido en la norma, el empleador pueda otorgarle el permiso, pero no la remuneración y eso genera afectación económica también. Aunque existen vías interpretativas, una regulación expresa garantizaría seguridad jurídica y trato digno, evitando discriminaciones de hecho.

En línea con esta problemática, es relevante señalar que, en muchos otros países, este tipo de relación ha sido incorporada en las normativas laborales sobre licencia por duelo, por ejemplo, en España, Argentina y Uruguay, el concubinato está ampliamente reconocido, permitiendo a los trabajadores en unión de hecho acceder a las mismas licencias por duelo que aquellos casados. Asimismo, en una sociedad donde cada vez más personas optan por convivir sin casarse, la protección de estos vínculos en el ámbito laboral es esencial para garantizar que los derechos fundamentales, como el acceso a una licencia por duelo, sean universales y no exclusivos de un modelo de familia tradicional.

3.2.3. Importancia de la Incorporación de la Tutela en la Licencia por Fallecimiento de un Familiar en el Sector Privado.

Para empezar, sobre esta figura nuestro Código Civil señala explícitamente que al menor se le nombrara a un tutor que cuide de su persona y bienes, en esa medida la tutela en el Perú es una institución jurídica establecida para proteger a personas menores de edad que han quedado sin la protección de sus padres, ya sea por fallecimiento o por la pérdida de la patria potestad. Así, la tutela es asignada a un tutor, quien asume la responsabilidad no solo de administrar los bienes del tutelado, sino también de procurar su bienestar, brindándole cuidado personal, protección física y apoyo emocional.

En la misma línea, Varsi (2012) refiere que la tutela tiene como finalidad nombrar a una persona “tutor”, a efectos que cuide de la persona y de sus bienes del menor que carece de padre, por lo tanto, suple esta figura a la patria potestad. Sin embargo, actualmente la ley laboral que otorga licencia por duelo considera únicamente los vínculos de consanguinidad o afinidad (como padres, hijos, cónyuges, hermanos), pero no contemplan las relaciones de tutela, lo que conlleva esta omisión a que puede generar una situación de desprotección para los tutores que, al perder a una persona bajo su responsabilidad, se ven emocional y legalmente afectados de manera similar a un padre o madre biológico, lo que implica que los tutores podrían verse obligados a acudir a sus labores sin contar con el tiempo necesario para enfrentar el duelo o atender los asuntos legales y emocionales que acompañan la pérdida de un menor o persona bajo su cuidado.

Por lo tanto, en un país donde muchas familias son recompuestas o donde personas ajenas a la familia biológica asumen roles de cuidado, es indispensable que la legislación laboral se adapte para reflejar la diversidad de formas de protección y cuidado existentes, porque incluir la tutela en la licencia por duelo sería una forma de reconocer y proteger a aquellos que han asumido una responsabilidad vital en la vida de los menores o incapacitados, garantizando que puedan contar con el tiempo necesario para procesar la pérdida y resolver los asuntos inherentes a dicha situación.

De hecho, a nivel internacional varios países ya han incorporado la tutela en sus normativas laborales, como es el caso de España, por ejemplo, en donde su Estatuto de los Trabajadores contempla el derecho a licencia por fallecimiento no solo de familiares consanguíneos, sino también de aquellos bajo tutela. En la misma línea Francia, también reconoce la relación de tutela, permitiendo que los tutores tomen licencias por duelo en caso del fallecimiento de la persona a su cargo, queda claro, que estas legislaciones reflejan un

entendimiento moderno de las relaciones familiares y de cuidado, que van más allá del modelo tradicional, y reconocen el valor de las personas que asumen el rol de tutor en la vida de quienes dependen de su protección.

Finalmente, si bien la ley reconoce ciertos vínculos familiares tradicionales como causales para la licencia por fallecimiento, excluir relaciones como la tutela o el concubinato deja fuera a trabajadores que sí cumplen funciones afectivas y de cuidado equivalentes. Esta exclusión genera una desigualdad jurídica que afecta el equilibrio entre vida laboral y familiar, lo cual es precisamente lo que el principio protector busca compensar. Por lo tanto, es imperativo que se realicen reformas legislativas que aborden estos vacíos normativos, garantizando así que todos los trabajadores tengan acceso a licencias justas y dignas, independientemente de su situación familiar o tipo de remuneración.

3.3. Determinación de las razones por las que se considera que existe una afectación al principio protector en la Ley N°31602.

El principio protector es uno de los pilares fundamentales del derecho laboral, tiene como objetivo salvaguardar los derechos de los trabajadores, quienes se encuentran en una posición de desventaja frente a los empleadores, en base a ello, se estudió la teoría del principio protector, concepción de Américo Pla (1998), quien señaló que este principio “responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador”.

En el contexto de la licencia por fallecimiento de un familiar, la ley laboral debería proporcionar una protección más efectiva que refleje este principio, sin embargo, la escueta regulación existente presenta serias limitaciones que afectan directamente la aplicación del mismo, considerándose este principio como aquel que combate la desigualdad social, desigualdad que claramente tiene que ver con la inferioridad económica, jerárquica.

No obstante, conocemos que, una de las reglas de este principio, es el indubio pro operario, pero nos preguntamos porque estas deficiencias no pueden ser resueltas bajo esta lógica, y parte de la idea de que, esta regla se aplica exclusivamente cuando existe una verdadera duda insalvable en una interpretación de una norma existente, sin embargo, en el caso de los vacíos normativos- se refieren a la ausencia total de regulación sobre tema específico-, no hay normas aplicables que ofrezcan diferentes interpretaciones, sino que simplemente falta regulación sobre aspectos específicos.

Por ende, si no existe una disposición clara que regule una situación específica-como las que ya se han analizado-, no hay “duda” que resolver, sino vacío legislativo que necesita ser

cubierto, por lo que este principio no reemplaza la creación de reglas claras, tampoco está diseñado para crear nuevas instituciones o derechos que no han sido previsto, esto de acuerdo a lo que nos dice Paredes (2018), que este principio no debe ser aplicado por las autoridades judiciales para crear nuevas instituciones y solo debe utilizarse para aclarar el sentido de normas ya existentes.

Entonces, si bien el Principio Protector busca generar una desigualdad jurídica para contrarrestar la desigualdad social, su finalidad está estrechamente ligada a la dignidad humana. Por ello, la falta de una regulación legal que contemple estos derechos podría afectar dicha dignidad, especialmente cuando un tutor, curador o concubino no puede acceder a la licencia correspondiente. Ahora bien, se abordará a continuación la normativa internacional que regula dicha licencia materia de análisis:

Tabla 1

Normativa comparada sobre licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado

| País | Normativa | Grado de parentesco | Duración del permiso | Condiciones especiales |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|
| Argentina | Ley N° 20744 (Ley de Contrato de Trabajo), Art. 158 | Cónyuge, conviviente, hijo, padres, hermanos | 3 días corridos (cónyuge/hijos/padres), 1 día (hermanos) | La licencia es pagada |
| Colombia | Artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo. | Cónyuge, familiares (2do grado consanguinidad, afinidad y primero civil | 5 días hábiles | Debe demostrarse con un documento expedido por la autoridad competente |
| Chile | Código del Trabajo, Art. 66 | Cónyuge, conviviente civil, hijos, padres | 7 días corridos (cónyuge/hijos), 3 días hábiles (fallecimiento padres) | Gozan de fuero laboral por un mes tras el fallecimiento |
| España | Artículos 64 y 66-Acuerdo de Funcionarios y Servicios Comunidad de Madrid | Primer grado de consanguinidad o afinidad | 3 días hábiles (mismo lugar) / 5 días hábiles (distinta localidad) | Justificación con documentación al reincorporarse |

Nota: Revisión comparada que muestra la legislación sobre la licencia por fallecimiento de un familiar en diversos países.

La comparación entre Argentina, Colombia, Chile y España, detallada en la tabla 1, evidencia que la licencia por fallecimiento de un familiar es una práctica común en la legislación laboral de estos países, con enfoques diversos pero alineados en garantizar un periodo de duelo para los trabajadores. Estas normativas se ajustan a la realidad social contemporánea al incluir figuras jurídicas como el concubinato, por ende, al contemplar diferentes grados de parentesco y variaciones en la duración del permiso, estos marcos legales buscan equilibrar las necesidades emocionales del trabajador con las exigencias del entorno laboral, reflejando un avance hacia una mayor sensibilidad y flexibilidad en la legislación laboral.

En esa medida, las razones por las que se considera que existe una afectación a dicho principio son por no considerar figuras jurídicas como tutela o concubinato cuando los trabajadores tienen esta condición, implicando un desconocimiento de las realidades familiares contemporáneas, que, aunque estas relaciones no se ajusten al concepto tradicional de familia, generan vínculos afectivos y obligaciones similares a las de un matrimonio formal o una filiación legal; y por no haber establecido como se deberá realizar el cálculo para el pago de esta licencia cuando estemos ante trabajadores que perciben una remuneración principal variable, toda vez, que el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, sostiene que el Estado tiene la obligación de proteger a los trabajadores y promover su progreso económico-social, asimismo, establece en su párrafo tercero que ninguna relación laboral puede limitar los derechos constitucionales ni afectar la dignidad del trabajador.

Finalmente, el indubio pro operario exige que una norma presente una duda insalvable, permitiendo aplicar la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda insalvable. Sin embargo, en el análisis de la Ley N° 31602 y sus disposiciones, no encontramos duda insalvable que justifique su aplicación, por ello, este principio resulta insuficiente para resolver los vacíos en la legislación laboral peruana, especialmente respecto a trabajadores cuya situación jurídica no ha sido regulada.

Conclusiones

- El resultado del análisis de la regulación nacional sobre licencias de connotación familiar como adopción, paternidad, maternidad, lactancia y asistencia a personas con discapacidad, muestra cómo el principio protector inspira una desigualdad compensatoria en favor del trabajador, reconociendo y mitigando su posición de vulnerabilidad frente al empleador. Asimismo, se evidencia que lo común en estas licencias es su función de garantizar al trabajador un acceso prioritario a beneficios específicos; lo que asegura la protección de su dignidad y bienestar en momentos de vulnerabilidad, equilibrando así las necesidades familiares y laborales de forma adecuada.
- El análisis de las deficiencias que presenta la Ley N° 31602 revela problemas que afectan a los trabajadores en diversas situaciones, como es el caso, de la falta de ausencia en la normativa, especialmente en lo que respecta la forma de pago de la licencia por fallecimiento de una familiar en los casos de trabajadores con remuneración variable principal. Además, la omisión del reconocimiento del concubinato y tutela, dejando a muchos sin el respaldo necesario en momentos críticos, que en medida pueden ser aprovechadas por el empleador, por lo que, al ser figuras jurídicas parte de la realidad nacional, demanda de una atención por parte de las autoridades laborales para su consideración.
- Si el principio protector del derecho al trabajo ampara a la parte más débil a través de la desigualdad jurídica por el respeto a la dignidad humana, entonces las razones por las que se considera que existe una afectación a dicho principio son por no considerar a figuras como tutela y concubinato cuando los trabajadores tienen esta condición, además de la afectación económica que significaría no saber cómo calcular el pago de los días de licencia en caso de existir remuneración principal variable. Sin embargo, el indubio pro operario está diseñado para beneficiar al trabajador en situaciones de duda insalvable, pero su aplicación es insuficiente en ausencia de una norma específica.

Recomendaciones

Se recomienda la propuesta de reforma legislativa para la Ley N° 31602, incorporar las figuras jurídicas del concubinato y tutela, para ampliar su cobertura y asegurar que los trabajadores que se encuentran en estas relaciones familiares no tradicionales puedan acceder a la licencia por fallecimiento.

Se recomienda a los empleadores del sector privado, en caso no existir una modificatoria de la Ley N° 31602, se considere como parte de sus documentos de gestión interna, la implementación de este tipo de licencia por fallecimiento para aquellos trabajadores con familiares bajo tutela y concubinato.

Se recomienda a los trabajadores del sector privado, en caso no existir una modificatoria de la Ley N° 31602, que, a través de sus organizaciones sindicales, deberían hacer parte de su pliego de reclamo y de la negociación colectiva, la propuesta para que el convenio colectivo incluya en el otorgamiento de la licencia por fallecimiento a figuras jurídicas como tutela y concubinato.

Referencias

- Abando, C. (2009). Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Grijley E.I.R.L.
- Arellano & Benfeld. (2017). Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral: Otra mirada al caso Kronos. *Revista Chile de derecho y tecnología*, 06(2).
- Arevalo, J. (2018). Los principios del proceso laboral. *LEX*, 16(22), 12-14. <https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1657/1804>
- Aguilar, B. (2015). Las uniones de hecho: implicancias jurídicas y las resoluciones del Tribunal Constitucional. *Revista del Instituto de la familia*, 04 (01), 24-25. <https://acortar.link/y50N7>
- Alexy, R. (1998). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37294.pdf>
- Arnau, L., & Sala, J. (23 de abril de 2020). *La revisión de la literatura científica: Pautas, procedimientos y criterios de calidad*. https://ddd.uab.cat/pub/recdoc/2020/222109/revliltcie_a2020.pdf
- Ballesteros, C. (2015). Vigencia de los principios del derecho laboral en un mundo globalizado. Aplicación al caso colombiano. *Revista Udem*. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1285/1249>
- Castillo, V. (2007). *El ABC del Derecho Laboral*. San Marcos E.I.R.L.
- Casación Laboral N°574-2017 (Lima). (17 de abril de 2017). Corte Suprema de Justicia de la República: Segunda sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. <https://acortar.link/QF9tKG>
- Chaname, R. (2007). *La Constitución Política comentada*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Coca, S. (2020). *Derecho de familia: ¿qué es la tutela?*. La pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/tutela-familia-derecho-civil/>
- Código Civil Peruano. (2024, agosto 15). *Código Civil peruano [actualizado 2024]*. LP. <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>
- Código del Trabajo [Cod.]. (13 de mayo de 1931). https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-117137_galeria_02.pdf
- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29). Organización Internacional del Trabajo. (Año de adopción: 1930).
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949) (núm.

98).

Organización Internacional del Trabajo. (Año de adopción: 1949).

Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100). Organización Internacional del Trabajo. (Año de adopción: 1951).

Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 23. (29 de diciembre de 1993).
<https://acortar.link/DlajB>

Constitución de la Nación Argentina [Const.] Art. 14. (01 de mayo de 1853).
https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_la_nacion_argentina.pdf

Constitución de la República de Chile [Const.] Art. 19 (21 de octubre de 1880).
<https://goo.su/GfUPk>

Constitución Política de la República de Colombia [Const.] Art. 25, 54. (04 de julio de 1991).
https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=4125

Cybulkiewicz, D. (2020). *El proceso ejecutivo laboral: Un enfoque crítico de la práctica judicial* [Tesis título profesional, Universidad Nacional de Colombia]. Repositorio de la Universidad Nacional de Colombia <https://acortar.link/5VxFqL>

Díaz, T., & Benavides, C. (2013). *Derecho individual del trabajo*. Grijley E.I.R.L.

Diez, M. (2019). *Los principios del Derecho Laboral*. Revista de la facultad de derecho de México(273). <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/68617>

Dobarro, V. (2015). *El derecho del trabajo: Principios generales e institutos fundamentales*. <https://acortar.link/j61Khd>

García, A., Valderrama, L., & Paredes, B. (2014). *Remuneraciones y Beneficios sociales*. El Búho E.I.R.L.

Gómez Mendoza, M., Pierre Deslauriers, J., & Alzate Piedrahita, M. (2010). *Cómo hacer tesis de maestría y doctorado*. Ecoe ediciones.

Guevara, A. (2020). *Modificatoria del artículo 12° del derecho legislativo 728 para incorporar la licencia por matrimonio para el trabajador del régimen laboral privado* [Tesis para optar el título de abogado, Universidad Señor de Sipán]. Repositorio de la Universidad Señor de Sipán <https://acortar.link/MhRlgp>

Ley N° 31602, Ley de licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado (05 de noviembre de 2022). <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2122112-2>

Monsalve, C. (2019). *La regulación adecuada de las licencias laborales remuneradas y no remuneradas en el Perú* [Tesis para optar el título de abogado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. Repositorio de la Universidad Pedro Ruiz Gallo

<https://acortar.link/YG8Zko>

Neves, J. (2012). *Introducción al Derecho del Trabajo*. (2ª ed.). Fondo Editorial PUCP.

Paredes, J. (2018). *Los principios del derecho del trabajo: el principio protector*. La pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/principios-derecho-trabajo-principio-protector/>

Pimentel, M. (2019). *Consecuencias Jurídicas De La Aplicación De La Ley N° 30007 En la Convivencia Sucesiva y Paralela [Tesis para maestría, Universidad nacional de Cajamarca]*. Repositorio de la Universidad nacional de Cajamarca <https://acortar.link/JUioZE>

Pla, A. (1998). *Los principios del Derecho de trabajo*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, p.61.

Puican, L. J. (2022). *La aplicación del principio protector frente a la falta de regulación de la discriminación indirecta en las relaciones laborales* [Tesis para optar el título de abogado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. <https://goo.su/WHHx>

Putriano, C., Mesinas, F., Abanto, C. & Gonzales, C. (2009)=*El Derecho Laboral y Previsional en la Constitución*. Gaceta Jurídica S.A.

Quintero, N. (2020). *Aplicación práctica de los principios rectores del Derecho Laboral [en materia probatoria cuando se rija por el Código General del Proceso* [Tesis en maestría, Universidad de Colombia]. <https://acortar.link/KS870w>

Rodríguez, R. (2003). La competencia para legislar sobre parejas de hecho. *Derecho privado y Constitución*, (17). <https://recyt.fecyt.es/index.php/DPC/article/view/105857/77084>

Rojas, G. E. (2021). *Regulación normativa del contrato de trabajo a tiempo parcial y la transgresión del principio protector en el Perú* [Tesis título profesional, Universidad Cesar Vallejo]. Repositorio de la Universidad Cesar Vallejo <https://acortar.link/ws5t14>

Sanchez, H., Reyes, C., & Mejia, K. (2018). *Manual de términos en investigación científica, tecnológica y humanística*. Bussiness Support Aneth S.R.L. <https://www.urp.edu.pe/pdf/id/13350/n/libro-manual-de-terminos-en-investigacion.pdf>

Sepulveda, M. & Sepulveda, J. (2021). *El principio protector en relación a la flexibilidad laborla en Chile*. [Universidad Finis Terrae]. Repositorio de la universidad Finis Terrae <https://acortar.link/cXHZvW>

Tarazona. M. (2020). *Licencias laborales*. El Buho E.I.R.L.

Valderrama. L. & Tarazona. M. (2018). *Licencias Laborales*. El Buho E.I.R.L. Varsi. E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia*. El Buho E.I.R.L.

Zavala, A. (2011). *El ABC del Derecho Laboral y procesal Laboral*. San Marcos E.I.R.L

Anexo
Matriz de Consistencia

| | | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|------------------------|
| LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: | Ordenamiento Jurídico | | |
| TEMA: | El principio protector y su presencia en la ley de Licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado. | | |
| PROBLEMA: | ¿Cuáles son las razones por las que se considera que existe una afectación al principio protector en la ley de licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado? | | |
| TESISTA: | Jenny Abigail Malhaber Chirinos | ORIENTADOR | Guillermo Chira Rivero |
| CATEGORÍAS CONCEPTUALES | OBEJTIVOS | | |
| 1. Principio Protector 2. Licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado | GENERAL: | | |
| | Determinar las razones por las que se considera que existe una afectación al principio protector en la ley de licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado. | | |
| | ESPECÍFICOS: | | |
| | <ul style="list-style-type: none"> • Analizar la presencia del principio protector en las diversas licencias laborales de connotación familiar. • Analizar las deficiencias que presenta la ley de licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado. | | |
| APORTE | Determinar las razones por las que se considera que existe una afectación al principio protector en la ley de licencia por fallecimiento de un familiar en el sector privado. | | |
| HIPÓTESIS | <p>Si el principio protector del derecho al trabajo ampara a la parte más débil a través de la desigualdad jurídica por el respeto a la dignidad humana, entonces las razones por las que se considera que existe una afectación a dicho principio son las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por no considerar a figuras como tutela y concubinato cuando los trabajadores tengan esta condición 2. Por no haber establecido como se deberá realizar el cálculo para el pago de esta licencia cuando estemos ante trabajadores que perciben una remuneración principal variable. | | |