

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN EL
DERECHO DE FAMILIA**

ÁNGELA MARÍA MORENO SALAZAR

DIRECTOR:

EDGAR GERMÁN SALAZAR COBO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE CIENCIA JURÍDICA
CARRERA DE DERECHO
SANTIAGO DE CALI, 2021**

Dedicado a:

Mis padres, que siempre han creído en mí, su apoyo incondicional aún desde la distancia me ha impulsado a dar y ser mi mejor versión, con gratitud y templanza.

A mis tías, que me enseñaron el verdadero valor y la importancia de una familia.

Resumen

El principio de la primacía de la realidad se fundamenta en la preeminencia de los hechos sobre las formalidades pactadas dentro de un contrato de trabajo. Este principio es primordialmente aplicado al derecho laboral, en donde la constitución y las leyes la sustentan, sin embargo, la aplicación de este principio no puede ser exclusiva de una competencia jurisdiccional, por el contrario, de ser un principio constitucional, debe albergar la posibilidad de aplicarse en otras ramas del derecho, por ejemplo, en el derecho de familia. La aplicación de este principio dentro del derecho de familia es necesaria, toda vez que la familia es una institución principal de protección especial en la Constitución Política, de manera que de ser aplicado este principio se brindan garantías a las distintas situaciones jurídico-familiares que se presentan en la actualidad.

Abstract

The principle of the primacy of reality is based on the pre-eminence of the facts over the formalities agreed within an employment contract. This principle is primarily applied to labor law, where the constitution and the laws support it, however, the application of this principle cannot be exclusive of a jurisdictional competence, on the contrary, if it is a constitutional principle, it must contain the possibility to be applied in different jurisdictions, for example, in family law. The application of this principle within family law is necessary, since the family is a main institution and has a special protection in the Constitution, if this principle is applied it will protect and provide guarantees to the different family situations that arise in the present day.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	5
Planteamiento del problema	6
Objetivos	8
Metodología	8
Capítulo I: Principio como concepto jurídico	9
i. <i>Lo que ha sido entendido jurisprudencialmente por el principio de la primacía de la realidad</i>	17
Capítulo II: Aplicación del principio de la primacía de la realidad en las distintas ramas del derecho	19
i. <i>La definición del principio de la primacía de la realidad por la competencia laboral</i>	21
Capítulo III: Aplicación del principio de la primacía de la realidad en el derecho de familia	26
i. <i>Situaciones donde se observa el uso del principio.</i>	30
Conclusiones	36
Bibliografía	39

INTRODUCCIÓN

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, así lo establece el artículo 42 de la Constitución Política Nacional de 1991. Es reconocida como la institución más importante del ordenamiento jurídico, y por esto goza de protección constitucional y legal.

La protección constitucional que se le brinda a la familia hace referencia al concepto propio de familia, los sujetos que la componen y la vinculación de estos. De este modo, el legislador y la Corte Constitucional como máxima entidad judicial, en ejercicio y uso de las facultades de guardianas de la Constitución, se ha encargado de interpretar el componente legal del sistema jurídico colombiano para armonizarlo con el contenido dogmático de la constitución misma y así poder brindar una protección efectiva e integral a los sujetos que la integran, en este caso a la familia como institución y base de la sociedad.

Ahora bien, dentro de la constitución y su parte dogmática, existe el principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Este principio se establece como garante de las relaciones laborales, que de existir discrepancia con lo pactado entre las partes y lo que se evidencia en la realidad se entenderá como real lo que ocurre de manera perceptible y manifiesta dentro de una relación laboral, aunque cambie su denominación o se niegue la existencia de esta.

Dicho principio constitucional es aplicado de manera exclusiva a la rama laboral. Lo que crea la incertidumbre de conocer si mencionado principio en virtud de la

Constitución y su contenido tajante permite entonces la interpretación de este dentro del derecho de familia.

Planteamiento del problema

En primer lugar, es necesario referirse a los principios como normas jurídicas, los cuales, desde la teoría general del derecho planteada por Norberto Bobbio (Pérez, 1997) son formas que asumen ciertas disposiciones del ordenamiento jurídico las cuales actúan como metanormas, sirviendo como reglas orientadoras tanto para el conocimiento, la interpretación y para la aplicación de las demás normas jurídicas. Así mismo, también se ha entendido que los principios sirven como *ratio legis* de las normas, es decir, como objeto o finalidad perseguida por las normas las cuales orientan su interpretación.

De acuerdo con la concepción iuspositivista, los principios provienen de la actividad del legislador, dado que es este quien define los principios como normas tácitas a partir de un proceso de abstracción y generalización de las normas particulares del ordenamiento jurídico y es el mismo legislador quien determina su papel como fuentes del derecho (Pérez, 1997). Se entiende que los intérpretes de la norma deben ceñirse y respetar lo dispuesto por los principios previamente establecidos por el legislador, por ser estos criterios de validez e importantes factores de interpretación y decisión.

Lo anterior conduce al objeto del presente trabajo, el cual es la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Constitución

Política de 1991, en virtud del cual se le otorga mayor valor a la realidad objetiva de la labor desempeñada por el trabajador por encima de la forma en que este fue vinculado o la modalidad contractual adoptada, más allá de cualquier denominación empleada para el contrato (Obando, 2010).

La aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas permite que se prefieran los datos y hechos que ofrece la realidad de la relación jurídica por encima de la apariencia contractual y las formalidades con las que hayan contratado las partes, aun cuando la realidad del negocio contradiga los documentos suscritos por las partes (Castaño, Castaño, González, 2007). Por lo tanto, corresponde al juzgador la tarea de analizar la naturaleza y modalidad de las prestaciones ejecutadas, así como las relaciones existentes entre las partes a fin de determinar la auténtica naturaleza jurídica del acto cumplido y otorgar las garantías y protecciones irrenunciables que concede la protección de la relación laboral (Cabanellas, 1960; Castaño, Castaño, González, 2007).

Así las cosas, en materia laboral la aplicación del principio de primacía de la realidad se ha convertido en una herramienta fundamental para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de los trabajadores, y en especial, para la materialización de la dignidad humana (Barrera y Moreno, 2018). Sin embargo, aparentemente la Constitución Política de 1991 ha destinado su aplicación únicamente al derecho laboral, por lo que vale la pena entrar a estudiar si la aplicación de este principio puede ser trasladado a otras áreas del derecho, en especial, al derecho de familia.

Objetivos

Con lo expuesto, se proponen los siguientes objetivos para el desarrollo del presente trabajo de investigación:

Objetivos específicos

1. Exponer lo que se entiende por principios como normas jurídicas.
2. Describir la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas en diferentes ramas del derecho.
3. Aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas en el derecho de familia.

Metodología

El presente trabajo se expondrá de manera inicial a través de una investigación de tipo descriptiva e interpretativa si es viable la utilización del principio de la primacía de la realidad en el derecho de familia.

Para ello, primeramente, se realiza un análisis de los principios como normas jurídicas, partiendo del concepto mismo de principio establecido por la doctrina iuspositivista.

Posteriormente, se lleva a cabo una revisión de la definición y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Se utiliza el buscador de jurisprudencia de cada una de las referidas cortes teniendo como criterio los términos “principio primacía realidad” en sentencias y sentencias de unificación.

Finalmente, a través del método interpretativo, se busca atribuir, descifrar y analizar el significado del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas. Para ello, inicialmente se hace una revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y posteriormente se propone la extensión de la aplicación del principio dentro del Derecho de familia.

Capítulo I: Principio como concepto jurídico

En el presente capítulo inicialmente se abordará lo que se entiende por el concepto “principio” como norma jurídica a partir de una concepción iuspositivista del Derecho.

Primeramente, es necesario referirse al concepto de principios dentro del Derecho para la doctrina positivista, según la cual los principios son aquellos que históricamente se han utilizado de base para las normas posteriormente codificadas, es decir que son postulados que deben inspirar todo el orden jurídico (Blanco, 2002). Adicionalmente, afirma Ortega y Gasset que el término principio señala la causa, el origen o el inicio de algo, pues es aquella norma superior que va primero en el ordenamiento jurídico y por ende, sirve como criterio de las demás normas jurídicas (Pérez, 1997).

Así pues, desde una visión iuspositivista del Derecho, los principios son aquellos que se encuentran previamente establecidos por el legislador y este los define como normas tácitas inducibles a través de un proceso de abstracción y generalización de las normas particulares del ordenamiento jurídico, en

consecuencia, de esto es el legislador quien determina su papel como fuentes del derecho (Pérez, 1997).

Para Kelsen (Kelsen, 2009) cuando se desea que los hombres actúen de manera determinada, el derecho cumple con la función de establecer una sanción para la conducta contraria. Las normas jurídicas prohíben o prescriben una conducta, por ello, en los códigos penales definen las conductas penales que conllevan una consecuencia jurídica pero no prohíben expresamente la comisión de un delito. Por otro lado, se encuentra que se establecen normas jurídicas que prescriben una conducta determinada sin que la comisión de la misma sea la condición de una sanción. Es lo que se conoce como un elemento jurídicamente indiferente. Por esta razón, Kelsen dispone que las normas jurídicas siendo parte de la esfera del derecho deberán definir concretamente una conducta y la condición de sanción jurídica que acarrea en caso de incurrir en él.

De modo que, las normas jurídicas se conforman por silogismos. Dicho postulado consiste en una premisa mayor o normas primarias, una premisa menor o normas secundarias y la conclusión. La premisa mayor relaciona el hecho ilícito y la sanción, ésta ordena el comportamiento de una persona; la premisa menor es aquella que prescribe la conducta que evita la sanción, define cómo una persona debe de actuar y así evitar la consecuencia jurídica plasmada; la conclusión y finalidad del derecho se basa en que un sujeto de derechos debe de actuar conforme a lo ordenado por la autoridad. La primera premisa expresa la misma idea de la segunda, pero sancionándola, lo que para Kelsen se entiende como un orden coactivo con carácter de sanción.

Por otro lado, para Hart (1961), existen dos grandes categorías de normas en el derecho, las cuales son: las normas primarias, las cuales imponen una obligación a sus destinatarios, y las normas secundarias, que están compuestas por las normas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación, estas, en términos generales, indican la forma en que las normas primarias pueden ser creadas, eliminadas o modificadas, y también la manera como se puede verificar su cumplimiento, así como la respuesta ante su incumplimiento.

De lo anterior es relevante mencionar que la regla de reconocimiento es el medio para determinar la certeza de las reglas primarias de obligación, es decir, esta permite determinar cuáles son los criterios últimos de validez dentro del sistema jurídico a fin de reconocer la validez de una norma (Ramírez, 2004). Esto es de gran importancia, debido a que Hart sostiene que los jueces identifican los principios a través de los criterios dados por la regla de reconocimiento (Gutiérrez, 2016).

Así pues, la importancia de haber un vacío normativo que no es obtenido silogísticamente en un caso concreto, la solución será por medio de la interpretación discrecional de los jueces que se hará a partir del reconocimiento de principios expresos y no expresos.

Los principios expresos (como dice Gutiérrez, 2016) son aquellos que se formulan de manera explícita en una disposición constitucional o legislativa, mientras que los principios no expresos no tienen disposición alguna, por el contrario, de no elaborarse o constituirse por los intérpretes, estos no actúan como legisladores,

sino que asume que ese principio se encuentra latente y se sobreentiende dentro del discurso de las fuentes.

La conexión de estos principios radica en la actividad e interpretación que le dan los jueces, es decir, el reconocimiento de tales principios se dará a conocer en la aplicación de cada caso en concreto. Es aquí cuando, de no existir norma aplicable o ésta sea vaga, se remite a la discrecionalidad del juez y por ende se tienen en cuenta los principios expresos y no expresos contenidos en el ordenamiento jurídico.

Dichos principios se obtienen mediante un proceso de abstracciones lógicas sucesivas del derecho positivo, es decir que se crean a través de la actividad de los jueces y sirven de fundamento para el derecho positivo. Así pues, la identificación de los principios no expresos se realiza a través de la interpretación que hacen los jueces, también llamada por Kelsen como la función creadora de principios.

Al respecto de esta distinción, vale la pena mencionar que, a diferencia de las reglas, los principios pueden conjugarse con otros principios que maten su alcance. Igualmente, resulta importante tener en cuenta la jerarquía de los principios a la hora de aplicarlos debido a que no todos poseen la misma relevancia. Por esta razón, cuando se genera un conflicto entre varios principios que pueden ser aplicados para la resolución de un caso concreto, los intérpretes de la norma deben ponderar su respectiva importancia, así como su grado de adecuación a la situación específica (Pérez, 1997).

Es preciso indicar que, para la teoría iuspositivista planteada por Kelsen y Hart, la distinción entre normas y principios es una cuestión de grado, la cual radica en su contenido. Partiendo del entendido de que los principios pueden determinar el resultado dentro de un caso en el que sean aplicables, mientras que las reglas no. Sin embargo, los criterios para reconocer las normas y principios como parte del sistema jurídico son los mismos, siendo estos elementos de carácter formal (Gutiérrez 2016).

Adicionalmente, se hace necesario traer a colación la definición de principios que hace Dworkin (1984), quien es el principal opositor de Hart. Para este, un principio es un estándar que debe ser observado por el hecho de ser una exigencia de la justicia, de la equidad o de alguna dimensión de la moralidad, aclarando que de la aplicación de los principios no se derivan consecuencias jurídicas.

Para Alvarado (2010), el concepto de principio se refiere a una forma de enunciados, así como a las normas que en ellos se contienen o incluso a algunas normas sin disposición, que se caracterizan por su contenido y estructura. Así las cosas, los principios son considerados como criterios de constitucionalidad de las normas jurídicas, y sirven como principales criterios de validez material, ayudando a la consecución de la plenitud del ordenamiento jurídico, fungiendo como importantes factores de decisión (Vélez, 2016).

Ahora bien, Norberto Bobbio ha entendido que los principios son formas que asumen ciertas disposiciones del ordenamiento jurídico las cuales actúan como reglas orientadoras tanto para el conocimiento, la interpretación y para la aplicación de las demás normas jurídicas del ordenamiento. De igual forma, los

principios sirven como objeto o finalidad que deben perseguir las demás normas, es decir, que los principios orientan la interpretación de las demás normas como *ratio legis* (Pérez 1997).

Para Bobbio (1987) los principios dentro del Derecho son las normas fundamentales y más generales que se pueden encontrar dentro del ordenamiento jurídico. Así pues, Bobbio (1987) establece que se debe acudir a estos ante la ausencia de una norma destinada a regular una determinada situación, es decir, ante la presencia de lagunas normativas o ante la vaguedad de una norma.

De manera que, a la hora de aplicar una norma, el juez debe seguir criterios tales como el jerárquico, cronológico, o el de especialidad los cuales serán de su libre apreciación, no obstante, de no resultar suficientes para la resolución del conflicto jurídico, podrá el juez integrar el ordenamiento recurriendo a los principios del Derecho. Esto, de acuerdo con Bobbio (1987), se considera como una actividad interpretativa discrecional que debe realizar el operador jurídico en aplicación del método de autointegración del ordenamiento a fin de resolver los vacíos normativos.

De los anteriores conceptos se puede entender que los intérpretes de la norma deben ceñirse y respetar lo dispuesto por los principios, sin importar que estos sean expresos o no expresos, debido a que los principios constituyen criterios de validez e importantes factores de interpretación y decisión.

Una vez claro el concepto de principio, es preciso trasladarse al ordenamiento jurídico colombiano, el cual en el preámbulo y en el primer título de la Constitución Política de 1991 se evidencia el alto contenido axiológico del mismo.

Los principios juegan un papel importante en la Carta Magna debido a que están dirigidos a los operadores jurídicos para que sean utilizados como criterios para las decisiones judiciales y como base para las demás normas del ordenamiento jurídico, es decir, que constituyen una importante herramienta para la administración de justicia. En ese mismo sentido, hay que señalar que los principios son normas que cuentan con una gran especificidad y tienen una gran eficacia, de manera que pueden ser aplicados de manera directa e inmediata por los intérpretes de la norma (Blanco, 2002).

Así pues, Blanco (2002) atribuye a los principios dentro de la Constitución Política de 1991 tres funciones principales, siendo estas: la creativa, la interpretativa o hermenéutica y la integrativa. En primer lugar, la función creativa consiste en servir como fuentes del ordenamiento jurídico, dirigiendo la función legislativa, ejecutiva y jurisdiccional del Estado.

En cuanto a la función interpretativa o hermenéutica de los principios, los principios son un instrumento base para la interpretación de las normas jurídicas, toda vez que permiten resolver los problemas de las antinomias y otras fallas en el ordenamiento jurídico. Esta función se encuentra estrechamente relacionada con la función integrativa de los principios, la cual señala que a través de la utilización de los principios se pueden superar las lagunas del ordenamiento (Blanco, 2002).

La sentencia T - 406 de 1992 conceptúa como principio, una pauta de interpretación ineludible, por el simple hecho de hacer parte de la Constitución y dentro de ella estar constituida toda fuerza normativa que se consagra en el artículo cuarto de la carta nacional (Corte Constitucional, Sentencia 406, 1992).

Los principios constitucionales se diferencian de los valores como fines, porque al consagrar una definición jurídica supone en sí misma una delimitación política, lo que conlleva a la restricción de la interpretación lo que hace que los principios sean normas de aplicación inmediata tanto para el legislador como para el juez constitucional.

En síntesis, los principios y derechos fundamentales del Estado colombiano solo adquieren sentido en la parte dogmática de la Constitución. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, son entendidos y justificados como parte instrumental de los principios y valores constitucionales. De forma que, no es posible interpretar los conceptos y procedimientos fijados en la Constitución sin tener en cuenta los contenidos materiales que son los principios y derechos fundamentales que se encuentran en él. (Corte Constitucional, Sentencia 406, 1992)

Un principio constitucional no se debe desconocer en beneficio de otra norma o principio legal. Es decir, ninguna puede suplir la otra, lo que puede ocurrir es que se requiera de una u otra para fundamentar la decisión judicial.

Con base en lo anterior, los principios son normas fundamentales y generales, las cuales sirven como herramientas dirigidas a los operadores jurídicos que permiten solucionar problemas de interpretación y adecuación de las normas, y que además sirven como base para toda la estructuración del ordenamiento jurídico en sí mismo.

Adicionalmente, lo anterior tiene una estrecha relación con la teoría pura del Derecho planteada por Kelsen, la cual indica que el Derecho es un sistema jerárquico; la validez de una norma se da por una norma superior que determina las condiciones en las que deben derivarse normas inferiores. Así pues, dicha cadena de validez configura la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, la cual termina encabezada por una norma fundamental (Serrano, 2012). Nace entonces la importancia de la obediencia hacia la constitución, siendo la norma fundamental, y todas las normas emanadas de ella, como para el caso concreto, los principios.

Lo que ha sido entendido jurisprudencialmente por el principio de la primacía de la realidad

Es necesario entender en primer lugar el concepto de principio que ha manejado las Altas Cortes a través de los años, ya que de este se desprende sus diversas aplicaciones en las distintas ramas del derecho colombianas.

Se reconoce a los principios y las reglas como categorías de normas jurídicas. Se entiende que ambas pueden clasificarse dentro del mismo concepto toda vez que el principio (carácter general) y la regla (carácter específico) afirman lo que es o

debe de ser. De modo que estas se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que exigen un comportamiento determinado.

La diferencia radica en que los principios son normas de organización, en el que se unifica cada una de las instituciones jurídicas que le dan valor al derecho, por medio de preceptos éticos y de justicia, mientras que las reglas constituyen normas de conducta que sostienen imperativos hipotéticos que según lo que exijan deben de ser cumplidos sin importar el modo fáctico o jurídico en el que se producen. (Corte Constitucional Sala Plena, Sentencia C-818, 2005).

También se plantea que, si bien los principios y las reglas tienen una gran diferencia, los principios en sí mismos no están contruidos bajo el precepto – sanción, sino que son mandatos de optimización que deben de ser cumplidos en la medida de lo posible, a diferencia de las reglas, ya que estas sí ofrecen una respuesta particular en un caso específico. El juez entonces para resolver determinado asunto recurre a los principios en su razonamiento jurídico por medio de un proceso de armonización, y que a su vez es usual que para la solución de un caso concreto existan alternativas diversas para la decisión, por tanto, se esté ante una colisión de principios y reglas. Lo anterior hace parte del campo de trabajo del juez quien deberá adoptar una regla particular de derecho y obtener la decisión judicial o *ratio decidendi* para el problema jurídico planteado. (Corte Constitucional Sala Plena, Sentencia C-634, 2011).

La Corte Suprema de Justicia, se refiere al vocablo principio como diacrónica, originaria o estructural y sincrónica, es decir, un elemento formativo integrante y

esencial, como la parte más importante. Por lo que, al hablar de principios generales del derecho, se constituyen como reglas universales, abstractas que irradian todo el ordenamiento jurídico y por consiguiente la actividad de los jueces en su función de administrador de justicia. Los principios entonces sirven como creadores, integrantes e interpretadores del sistema jurídico. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, Sentencia 14027-01, 2012, p. 14).

Luego, los principios actúan como la imagen de un derecho ideal en el que han apuntado los ordenamientos jurídicos históricos. Estos principios actúan como verdaderas normas jurídicas puesto que cumplen con la función integradora. Dicha función se activa cuando se da una falta o vacío en la ley, en estos casos y a pesar de ser fuentes verdaderas, tienen una naturaleza subsidiaria. (Corte Constitucional, Sentencia C-284, 2015).

Los principios incorporados en la Carta Política Nacional teniendo una función integradora, permite superar la indeterminación normativa y dotar de sentido a las normas constitucionales, las cuales podrán ofrecer una mejor resolución a los casos complejos frente a los cuales no parecía tener una respuesta a *prima facie*. (Corte Constitucional, Sentencia C-027, 2018).

Por lo tanto, los principios son normas jurídicas construidas de manera silogística, su aplicación por parte de los operadores jurídicos va acorde a la interpretación normativa de las premisas planteadas, se hace entonces necesario observar si el principio de la primacía de la realidad es aplicable en las distintas ramas del derecho en consonancia con la jurisprudencia y la doctrina.

Capítulo II: Aplicación del principio de la primacía de la realidad en las distintas ramas del derecho

Conforme al capítulo anterior, desde el iuspositivismo se expuso la importancia de comprender la norma jurídica como el principio o base de un ordenamiento jurídico. Sus mecanismos, aplicación e interpretación deben de ser siempre dentro de un marco jurídico trazado y es por esto que, es menester traer a colación lo que las ramas del derecho han establecido jurisprudencial y doctrinalmente con respecto al principio en mención.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas es aquel por medio del cual de existir discordancia entre lo plasmado en documentos y la realidad se dará prelación a lo que ocurre fácticamente, es decir, se preferirá los hechos reales ocurridos por encima de lo pactado contractualmente.

A partir de la definición anterior se puede entender que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas supone que el intérprete de la norma, es decir, el juez, deba preferir la realidad de los hechos y la prevalencia de los derechos de las personas ante una situación en la que se demuestre que existe diferencia o discrepancia con lo pactado entre partes. Se trata de una condición *sine qua non* que resuelve las dudas en la forma de aplicar normas constitucionales. (Bonilla, 2018). Es el verdadero reconocimiento de los derechos que existen y la legalidad que comprende la aplicación del principio conforme a la voluntad de partes y los arreglos que realizan en la vida cotidiana.

La aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las diferentes formas en que la sociedad puede manifestarse está a cargo de la actividad de los jueces y su interpretación. Acorde a las posturas Hart-Kelsenianas expuestas, la discrecionalidad del juez es la forma más lógica de resolver conflictos normativos cuando se presencie una vaguedad o diferencia entre la realidad y los hechos, con base en las normas jurídicas y principios que regulan los comportamientos humanos.

Las ramas del derecho tienen la aplicación del principio de la primacía de la realidad de diferentes formas, y es frecuentemente utilizado para la protección de los derechos fundamentales de quienes se ven afectados por una disposición contractual que no corresponde con la realidad de la relación de las partes o la naturaleza del negocio jurídico, entre otras cosas.

Habiendo dejado claro el concepto general del principio de primacía de la realidad sobre las formas se hace necesario observar su aplicación en las distintas legislaciones del ordenamiento jurídico colombiano a partir de una revisión jurisprudencial y normativa del tema, siendo subdividido en el siguiente acápite.

La definición del principio de la primacía de la realidad por la competencia laboral

El artículo 53 de la Carta Política Nacional consagra los principios mínimos fundamentales del trabajo, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas es uno de ellos, y este se sustenta en la existencia de una relación laboral que se convalida por una situación real. El principio pretende principalmente

demostrar la existencia de un contrato de trabajo, la verdadera relación jurídica que sostenga el patrono y el trabajador debe de primar sobre las formas jurídicas aparentes. (Corte Constitucional, Sentencia T-290, 2006)

Asimismo, se establece en primer lugar sobre los sujetos de relaciones laborales, puesto que de esta legislación proviene el principio mismo. Por tanto, lo previsto en el artículo 53 de la Carta Política opera plenamente en los eventos en los que se celebraron contratos de prestación de servicios para esconder una verdadera relación laboral.

El efecto garante del principio se concreta en la protección del derecho al trabajo y todas las garantías laborales, también a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que se hayan querido ocultar. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 3419-14, 2017).

El artículo 53 de la Constitución Política hace una mención del referido principio, indicando que su aplicación se da entre los sujetos de las relaciones laborales, sin ahondar en especificaciones acerca del mismo. Por lo tanto, a partir de su consagración como principio constitucional del derecho laboral, el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo estableció la teoría del contrato realidad según la cual, para que exista un contrato de trabajo se requiere de la concurrencia de tres elementos: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

En ese mismo sentido, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo trae una presunción, según la cual se presume que toda relación de trabajo personal está

regida por un contrato de trabajo. Así pues, de acuerdo con lo dispuesto en la referida norma, con la presencia de los elementos propios del contrato de trabajo presume su existencia, a pesar de lo que las partes hayan acordado.

Con lo anterior se entiende que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas es un principio constitucional del derecho laboral que tiene su fundamento en la Constitución Política de 1991, y del mismo se derivaron la presunción del contrato de trabajo y la teoría del contrato realidad, los cuales son utilizados por los jueces a la hora de proteger los derechos de quienes se han visto afectados por un acuerdo de voluntades que no corresponde con la realidad de los hechos.

La jurisprudencia ha tratado el tema indicando que este principio implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, garantizando los derechos de los trabajadores en caso de verse afectados o desmejorados de sus condiciones por formalidades contractuales.

Ahora, si la realidad es lograr demostrar que quien ejerce una profesión de manera libre y desarrolla un contrato con apariencia civil o comercial bajo sometimiento de otra persona natural o jurídica, entonces se configura la existencia evidente de una relación laboral (Corte Constitucional, Sentencia C-665, 1998).

Teniendo en cuenta los elementos esenciales anteriormente mencionados que conforman un contrato de trabajo, se plantea una presunción legal en virtud de la cual se asume que toda relación de trabajo la cual contenga estos elementos

estará regido por el contrato de esta índole (Corte Constitucional, Sentencia T-290, 2006).

Cuando los sujetos laborales presten servicio de manera libre, bajo condiciones de subordinación, sin tener en cuenta el acto o la causa que le da origen, tiene indiscutiblemente un carácter de relación de trabajo y a ella se deberá de aplicar las disposiciones legales correspondientes tales como las normas del estatuto del trabajo y los tratados que versen sobre la materia (Corte Constitucional, Sentencia T-029, 2016).

Así pues, aplicando este principio se establece tácitamente que existe sin lugar a duda una relación laboral con los componentes legales correspondientes. Por eso es que, la valoración judicial se hace necesaria, sobre todo en el caso de las profesiones liberales ya que estas nos sirven como indicadores para establecer cuándo es posible que se concrete una relación de trabajo, a sabiendas de que este tipo de actividades tiene por esencia la dificultad de imponer reglas laborales ante la autonomía intelectual que se requiere (Corte Suprema de Justicia, Sentencia T-021, 2018).

Doctrinalmente, se ha entendido un concepto claro del principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Los autores han ahondado en el tema debido a la necesidad de su aplicación en favor de las partes para lograr balancear la situación real con la intención contractual.

El principio de primacía de la realidad sobre las formas establecidas ha sido reconocido en el ámbito del derecho laboral como una verdadera protección para

el trabajador, a fin de que este no se vea desprotegido o vulnerado en sus derechos mediante la adopción de una forma contractual que no sea acorde con la realidad. De acuerdo con este principio, se preferirá la realidad de la labor empírica desempeñada por el trabajador sobre la forma de vinculación que se pretenda en el contrato (Cortés, 2018).

Las circunstancias que generan los cambios de lo convenido entre trabajador y empleador se da gracias a una apreciación equivocada o mal intencionada de alguna de las partes, lo cual distorsiona el contrato de trabajador. Es por esto que, Obando Garrido (2010) afirma que la forma de vinculación de un trabajador no es lo que determina en pleno sus derechos ya que es mucho más importante la realidad objetiva que en últimas es la que consolida la relación laboral y los derechos laborales que de ahí se desprenden.

Para el autor Francisco Escobar (1991), la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas implica que, deben preferirse los datos que ofrece la realidad por sobre aquéllos que figuren formalmente en acuerdos o documentos, puesto que dicho postulado da prevalencia al aspecto fáctico o probatorio que el puramente legal. Así pues, al presentarse un conflicto entre la realidad y la forma jurídica del contrato de trabajo, prevalecerán los hechos, la práctica (Barona, 2010; Lafont, 2009).

Hidalgo y Goyes (2012) establecen que el referido principio no es un mecanismo por medio del cual una persona contratada bajo una modalidad distinta a una relación laboral adquiera la calidad de trabajador, sino que es un principio derivado

del principio general del derecho de la buena fe, el cual busca hacer prevalecer las condiciones reales de trabajo sobre las condiciones formalmente pactadas.

De acuerdo con Estrada y Huamán (2019), el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas constituye un criterio de interpretación el cual tiene como objeto erradicar las apariencias formales y ponderar la realidad de los hechos, sin embargo, hasta tanto no se pruebe que la conducta de las partes constituye una realidad jurídica diferente a lo plasmado formalmente, las estipulaciones contractuales seguirán conservando su validez.

Sin embargo, la aplicación del principio de la primacía de la realidad parece estar sujeta únicamente a la rama del derecho laboral debido a que su desarrollo normativo ha sido únicamente en esta área, tanto al interior del Código Sustantivo del Trabajo como dentro de la Constitución misma, la cual lo ubica dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho laboral.

Por esta razón, se hace necesario observar la definición y aplicación que le ha dado la doctrina y la jurisprudencia al principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas, teniendo claro esto, es imprescindible indicar que el fundamento de este estudio es buscar la resolución de la incógnita sobre la aplicación del principio en mención dentro de la legislación de familia en Colombia, ya que solamente ha sido expuesto dentro de la competencia laboral.

Capítulo III: Aplicación del principio de la primacía de la realidad en el derecho de familia

Si bien es cierto la jurisprudencia y la doctrina juegan un papel fundamental a la hora de construir el concepto de principio de la primacía de la realidad, éste sólo ha sido referido e interpretado conforme a la legislación laboral sin brindar cabida a otras ramas del derecho, en específico, en la legislación de familia. En este capítulo se exponen los argumentos de la importancia y extensión de la aplicación dentro del marco jurídico familiar.

Así mismo, la metodología que se emplea para este estudio jurídico es de tipo deductivo, en el cual con la información recopilada se realizará razonamientos con conclusiones lógicas respecto a la aplicación del principio en mención dentro de los casos de derecho de familia.

En el entendido de que la Constitución Política de Colombia consagra en sí misma una división de partes: La introductoria, dogmática y orgánica. Los principios y normas jurídicas pertenecen a la parte dogmática.

El artículo 42 de la Carta Magna, es un principio constitucional perteneciente a la parte dogmática de la Constitución que expresa que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y esta es merecedora de protección legal y especial.

Igualmente, el artículo 44 del mismo tratado, hace referencia a los derechos fundamentales de los niños y menciona un listado de principios constitucionales que lo protegen haciendo hincapié en que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Principios constitucionales como: el derecho a la intimidad personal y familiar, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión, hacen parte del

conjunto de derechos entendidos como familiares y sostienen una especial protección. Estos principios constitucionales son de gran envergadura para la jurisdicción de familia toda vez que son la base axiológica-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo (Corte Constitucional, Sentencia C-406, 1992).

Sin embargo, la familia y las normas jurídicas que le atañen recogen una salvaguarda singular por medio de distintos mecanismos jurídicos dentro del ordenamiento jurídico. Es decir, al ser un principio constitucional la familia requiere de una protección especial.

Ahora bien, al tener en cuenta de donde proviene el carácter de principio dentro de la Constitución, con base en las definiciones de los anteriores capítulos, el principio de primacía de la realidad se encuentra inscrito en el artículo 53 de la Constitución Política. El artículo en mención es el único que registra el principio "primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" dentro de todo el conjunto normativo.

Como se evidencia, el principio referido corresponde a la parte dogmática de la normatividad, y es considerado un principio constitucional. La aplicación de este principio es exclusiva de las relaciones laborales que de ahí se desprendan, no incluye ni infiere su aplicación a otra legislación que no sea la laboral.

Se denota un vacío normativo puesto que el principio al ser constitucional se sobreentiende que puede ser aplicado a cualquiera de las ramas del derecho en

Colombia, pero no es así. Por esa razón, dicho principio constitucional al encerrar su aplicación únicamente a la jurisdicción laboral y teniendo en cuenta los conceptos anteriormente explicados, no cumpliría con su función autointegradora de las normas jurídicas dentro de un ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional afirma que es necesario llevar a cabo la labor de la interpretación, aplicando el criterio de armonización a los principios constitucionales y así maximizar su efectividad a la hora de aplicar normas alegadas. (Corte Constitucional, Sentencia C-1287, 2001). Es por esto que, de manera deductiva se afianza la idea que, el principio de primacía de la realidad sobre las formas debe de ser aplicado no solo en la legislación laboral sino en el derecho de familia.

A pesar de que, dicho principio no se encuentra expresamente constituido para ser aplicado en la legislación familiar, la ausencia de este postulado no puede ser tomado como excusa para no llevar a cabo su aplicación aún cuando la jurisprudencia nacional hace manifiesto el criterio de armonización de los principios y su efectividad legal.

De no aplicarse este principio constitucional dentro del derecho de familia significaría una indudable vulneración de derechos, deberes y obligaciones consagrados en la Constitución misma, aún sabiendo la importancia que tiene la familia como base de la sociedad.

Por otro lado, en el derecho laboral se usa el principio dándole prevalencia a la realidad sobre las formalidades que hayan pactado las partes, se aplica dentro del

contrato realidad donde un juez es quien determina el uso y aplicabilidad del principio. Ahora bien, en el derecho de familia, si bien las figuras jurídicas son diferentes y las situaciones sociales se manifiestan de diversas formas, esto no es motivo de discriminación de su correcta aplicación.

La redefinición y extensión de la interpretación de la ley, reconocer en mayor o menor medida que el juez es un creador de derecho, que es este quien administra justicia más que limitarse a una función automática e irreflexiva basada en silogismos, lo que le compete hacer es brindar un juicio de valor al resolver cada caso en concreto (Corte Constitucional, Sentencia C-054, 2016).

En el entendido que, una constitución nacional debe de establecer las normas jurídicas que se han de aplicar, lo que para el teórico del derecho Hans Kelsen es la cúspide jerárquica normativa, no se puede hablar de una adjudicación exclusiva de aplicación de las normas jurídicas dentro de un ordenamiento jurídico. En otras palabras, cuando un principio o norma no sea aplicado a otra rama del derecho y por ende existir un vacío normativo, los operadores jurídicamente habilitados los deberán incorporar al sistema (Peces, 1997).

Los principios son importantes porque están dirigidos a los operadores jurídicos para que estos tomen decisiones judiciales, al tener discrecionalidad judicial, Hart indica que, en aquellos casos no previstos ni reglamentados por la ley, el juez puede crear nuevas leyes (Pérez, 2010). Afirma Hart (como dice Pérez, 2010) que el juez no debe hacerlo arbitrariamente, sino que debe de tener razones generales que justifiquen su decisión, y actuando como un legislador escrupuloso al decidir

sobre sus creencias y valores queda autorizado a seguir los parámetros o razones que no estén contemplados por el derecho. El principio es aplicable en el derecho de familia y esto se verifica en el siguiente acápite.

Situaciones donde se observa el uso del principio.

Las Altas Cortes no hacen mención expresa de la aplicación del principio en la legislación de familia en el ordenamiento jurídico, pero su aplicación es necesaria y de hecho se manifiesta en diferentes escenarios de naturaleza familiar.

Si bien es cierto, dentro del concepto de principio constitucional y el artículo 53 de la Carta Magna, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas es exclusivo de la rama laboral también se puede observar desde las diversas situaciones o figuras jurídicas que hacen parte de la legislación de familia.

Desde 1990 la situación legal de las uniones concubinarias había presentado dos avances importantes, el primero la expedición de la Ley 54 de 1990, por medio de la cual se creó el régimen legal de las parejas que vivían en unión libre, y segundo, con la expedición de la Constitución de 1991 que previó protección a la familia constituida a través de vínculos naturales. Sin embargo, a pesar de la implementación de las mencionadas normas, la interpretación jurisprudencial de las Altas Cortes resultó fundamental para su aplicación (Palacio y Pérez, 2017).

En su jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia indicó una definición actual del concubinato estableciendo que, siendo una institución claramente diferenciada de la unión marital de hecho, se define como una unión de hecho no matrimonial de

convivencia afectiva, consentida y de contenido sexual, sin necesidad de contener características del contrato de matrimonio las cuales consisten en la continuidad, estabilidad, permanencia y relaciones sexuales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC8225, 2016, p. 14).

De este modo se incluyeron dentro de las uniones concubinarias aquellas relaciones con convivencia permanente no matrimoniales, y que no reúnen los requisitos de la Ley 54 de 1990. Esto resulta de gran importancia toda vez que las relaciones familiares como el matrimonio, la unión marital de hecho y el concubinato generan no solo efectos sociales sino también a nivel patrimonial.

De conformidad con el artículo 42 de la Constitución Política de 1991 y en concordancia con el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia determinó que las relaciones concubinarias son una familia *sui generis* la cual debe ser protegida, debido a que a pesar de que estas no generan una sociedad patrimonial, gananciales ni una sociedad universal, sí pueden dar lugar al nacimiento de una sociedad de hecho (Escobar, 2016).

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia indicó que para la configuración de la sociedad de hecho entre concubinos será suficiente con que exista una unión de esfuerzos de los dos concubinos con la intención de obtener un lucro o ganancia común, para dar por cumplido el elemento de *affectio societatis*, es decir, el ánimo de asociarse con el propósito de obtener utilidades y repartírselas, para

lo cual los dos hacen aportes de capital o de industria (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia AC2958, 2014).

De acuerdo con lo anterior, la configuración de una sociedad de hecho se da dentro del concubinato cuando se cumplen con los siguientes requisitos: a) los aportes recíprocos por cada una de las partes; b) el *animus lucrandi* participación en las utilidades y pérdidas; c) el *animus* o *affectio societatis*, es decir, intención de colaborar en un proyecto o empresa común (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia AC2958, 2014; Escobar, 2016).

Es importante aclarar que la Corte Suprema de Justicia afirmó que es permitida la coexistencia entre sociedades de hecho y sociedades patrimoniales, sin que ello desdibuje su naturaleza propia, identidad y autonomía; por lo tanto, para la liquidación de una sociedad de hecho deberá tenerse en cuenta el criterio de la causalidad (Escobar, 2016).

Así pues, la Corte Constitucional ha sido enfática en la necesidad de garantizar la igualdad de trato y condiciones tanto a las familias conformadas por vínculos jurídicos como por vínculos naturales. Por esta razón, también han sido objeto de protección las sociedades civiles de hecho concubinarias surgidas entre parejas del mismo sexo.

Entonces, si bien en el desarrollo jurisprudencial de la sociedad concubinaria de hecho las Altas Cortes no se han referido propiamente al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se puede interpretar que el reconocimiento de los

derechos de este tipo de uniones ha implicado una primacía de la realidad de las relaciones y vínculos surgidos, por encima de cómo se les denomine.

Por otro lado, la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas se puede deducir e interpretar en distintas situaciones familiares. Debido a los continuos cambios en la vida, los padres de familia deciden separarse, ya sea de un vínculo matrimonial o una unión marital de hecho, y de tener un hijo en común se deben realizar acuerdos con respecto a la vida del menor, su crecimiento y desarrollo físicos y mentales dentro de una sociedad.

La custodia en Colombia hace referencia al cuidado de los niños, niñas y adolescentes que por ley les corresponde a los padres, que en caso de ser un hijo extramatrimonial la tendrá el padre que conviva con el menor de edad. El artículo 23 del código de Infancia y Adolescencia define la custodia y cuidado personal que tienen todos los menores como aquella que los padres en forma permanente y solidaria deben asumir directa y oportunamente para su debido desarrollo integral. La obligación del cuidado personal se extiende a las personas de los ámbitos familiar, social, institucional y representantes legales, no es exclusivo de quienes viven con el menor únicamente.

El mencionado principio entra a regir cuando se tenga incertidumbre del padre a quien le corresponde la custodia y cuidado personal del menor. Se emplearán medios probatorios oportunos y suficientes que determinarán la asignación del menor al padre que el juzgador observe que cumple con los requisitos pertinentes para el debido desenvolvimiento del hijo dentro de una sociedad. Será carga

probatoria de cada padre demostrar su debida atención y preocupación concerniente al desarrollo del menor.

Ahora bien, la custodia se refiere en cabeza de quién quedará el debido cuidado del hijo, pero, si bien es cierto, este requiere de asistencia económica para su sostenimiento propio dado que no puede facilitar medios económicos por sí mismo.

En Colombia, el derecho de alimentos es aquel que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria está entonces en cabeza de la persona que, por mandato legal, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos. (Corte Constitucional, Sentencia C-156, 2003).

La Corte Constitucional clasifica el derecho de alimentos como una obligación de carácter especial, en cuanto contiene características y requisitos particulares. Su naturaleza de carácter civil; los principios de solidaridad, equidad, protección de la familia, necesidad y proporcionalidad; su finalidad asistencial de prestación de alimentos por parte del deudor alimentario al beneficiario o alimentario; el carácter patrimonial, y el bien jurídico protegido, la vida, la subsistencia del alimentario y en consecuencia los demás derechos fundamentales que le emanen. (Corte Constitucional, Sentencia C-017, 2019).

El código de Infancia y Adolescencia indica en su artículo 24 la definición de alimentos. Se entiende que los alimentos son una obligación de dar, que tiene como fundamento el emplear medios para lograr el debido desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral cultural y social de los hijos menores. Para ello se debe de tener en cuenta la capacidad económica del alimentante y la necesidad del alimentario.

Debido a que, en la actualidad, muchos padres se separan, pero conservan un hijo menor en común, a este no se le puede desproteger ni privar de una adecuada calidad de vida. Por ello, la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas indicaría por medios probatorios de indicios o presunciones legales la obligación del alimentante y la necesidad del alimentario.

En el entendido que en Colombia no se tiene configurado porcentualmente montos específicos, acorde a edades o cualquier denominación orientadora para una asignación alimentaria, el principio en mención sería un coadyuvante dentro de un proceso alimentario, en donde se deba indicar la realidad de lo que el alimentante devenga y las necesidades en las que incurre el menor alimentario. También, si al transcurrir el tiempo las condiciones del alimentante o alimentario se ven modificadas o alteradas, el principio es aplicable en estos casos en pro de restablecer un equilibrio entre las partes.

Con todo lo anterior se observa cómo el desarrollo de las Altas Cortes ha buscado proteger los derechos patrimoniales y personales, que teniendo en cuenta las situaciones jurídico-familiares, los cambios en la sociedad, y la importancia de

tener como prevalencia lo que ocurre en la realidad más allá de las formalidades, lo factible es lo que debe de primar a la hora de impartir justicia, siendo la familia el núcleo fundamental de una sociedad.

Conclusiones

El concepto de familia en Colombia se define de manera precisa como, *núcleo fundamental de la sociedad*, lo que quiere decir que de ahí se desprende cualquier concepto de colectividad, agrupación, entidad, institución o corporación en el sistema jurídico.

El derecho de familia brinda una protección legal al concepto de familia constitucional, como principio jurídico de vital importancia y de alta envergadura que merece todo amparo o defensa que le sea atribuida.

Ahora bien, con respecto al primer capítulo se puede concluir que, desde la óptica iuspositivista los principios son premisas que inspiran un ordenamiento jurídico. Estas premisas o proposiciones son el origen de todo sistema jurídico. Contienen un carácter coercitivo puesto que al pertenecer a la jurisdicción de un país son exigibles para el cumplimiento de los mandatos legales, y en caso de tener un vacío normativo, sirve como integrante de leyes sea por medios doctrinales o jurisprudenciales.

Asimismo, los principios como normas jurídicas atienden al origen de la esfera del derecho. Son los principios los que indican las fuentes de aplicación de lo que se encuentra estipulado como ley y la aplicación de esta.

Son los jueces quienes a través de su actividad judicial pueden crear derecho. De tener una norma jurídica como principio aplicable a una legislación específica, pueden evaluar si es pertinente su aplicación a otra rama del derecho, lo cual podrá llevarse a cabo por medio de un proceso de incorporación plena de la constitución.

Cuando dentro del ordenamiento jurídico, no se encuentre positivizado una norma jurídica en sí, los operadores jurídicos podrán por medio de la discrecionalidad judicial salirse de los parámetros que no estén en el derecho, siempre que éste justifique con bases legales, de manera congruente y suficiente, los motivos de su nueva adecuación.

Por lo tanto, se denota el primer objetivo específico, dado que se expuso lo que se entiende por principios como normas jurídicas, su análisis correspondiente y sus alcances dentro de un reglamento jurídico.

Por otro lado, el capítulo segundo describe la aplicación de la primacía sobre las formas establecidas en diferentes ramas del derecho exponiendo así el segundo objetivo específico, que en este caso las legislaciones primordiales son: la rama laboral y la rama del derecho de familia.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas en la rama laboral es primordial en este estudio, puesto que es el artículo 53 de la constitución política donde se menciona este principio por vez primera dentro del conjunto normativo colombiano. Lo que inspira a la investigación de este trabajo de grado bajo la incertidumbre y desconocimiento de la aplicación en otra rama del derecho.

La rama del derecho de familia es legislación aplicable del mencionado principio toda vez que la familia a través del tiempo ha demostrado cambios y evoluciones las cuales el derecho debe de ceñirse. Posturas como los nuevos conceptos de familia que se conforman entre parejas del mismo sexo, una madre o padre solteros, abuelos o abuelas con nietos menores de edad, padres adoptantes e hijos adoptivos, representantes legales, o cualquier vinculación natural o jurídica, no se pueden excluir de la aplicación de principios constitucionales aduciendo que no están establecidos en una norma taxativa del conjunto legal. Es aquí donde el principio de la primacía de la realidad entra en vigor para suplir todos aquellos vacíos normativos que en virtud de los cambios conceptuales de familia pueden ser discriminados y excluidos de su debida protección legal especial.

Se ilustra la necesidad de la aplicación del principio a través de la interpretación judicial, puesto que es indiscutible los cambios que se van presentando a diario con el concepto de familia y a esta institución no se puede desproteger por las variaciones que sostiene la cotidianidad del ser humano en sociedad.

El capítulo tercero demuestra la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas dentro del derecho de familia, y a su vez se cumple con el tercer objetivo específico, puesto que hace hincapié en la necesidad de la aplicación del principio conforme a la legislación de familia.

De manera constitucional, doctrinal y jurisprudencial se percibe que el principio de la primacía de la realidad es de necesaria inclusión dentro del sistema normativo. Si bien es cierto, el principio en mención hace parte del acápite dogmático de la constitución, no solo la inclusión del principio cumpliría con la integración y

aplicación plena de la constitución, sino que también afectaría de manera indudable los derechos fundamentales que de ahí se emanen.

Su carácter principal no debe de ser dubitado a la hora de aplicarse. Jurisprudencial y doctrinalmente su aplicación es amparada dado que se refiere a la base de la sociedad que es conformada en primer lugar por la familia.

Lo que conlleva a concluir que, la familia en Colombia tiene la máxima protección legal. Los principios que en la constitución se establezcan son aplicables a la legislación de familia, pero, de no estarlo, los jueces que son creadores de derecho por medio de un proceso de integración normativa podrán suplir y llenar aquellos vacíos que eviten el quebrantamiento y violación de principios fundamentales para el debido funcionamiento de una sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarado, P. (2010). Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional. *Revista Derecho del Estado – Universidad Externado de Colombia*, 25, 193-219.

Barona, R. (2010). Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. *Criterio jurídico garantista*, 2(2), 252-264.

Blanco, G. (2002). Los principios generales del Derecho en la Constitución de 1991. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, 17, 248-262.

Bobbio, N. (1987). *Teoría general del Derecho*. Editorial Temis: Bogotá.

Castaño, P. A., Castaño, F., y González, C. (2007). *El principio de la primacía de la realidad en el sector público*. (Trabajo de grado). Universidad Libre Seccional Pereira, Colombia. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16514/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20PRIMACIA%20C3%8CA.pdf?sequence=1&isAllowed=1>

Y

Congreso de la República. (24 de julio de 2000). Código Penal Colombiano. (Ley 599 de 2000). DO 44.097.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (26 de julio de 2018). Sentencia 00799, Radicación No. 68001-23-31-000-2010-00799-01. (M.P. César Palomino Cortés).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (25 de agosto de 2016). Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, Radicación No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. (M.P. Carmelo Perdomo Cuéter).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (5 de septiembre de 2012). Sentencia 00482 Radicado No. 15001-23-31-000-2007-00482-01(0508-11). (M.P. Alfonso Vargas Rincón).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (29 de marzo de 2001). Sentencia 2773-00 Radicado No. 76001-2331-000-24604-01(2773-00). (M.P. Ana Margarita Olaya Forero).

Corte Constitucional. (15 de febrero de 2010). Sentencia T-098. (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

Corte Constitucional. (16 de abril de 2008). Sentencia C-336. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional. (3 de octubre de 2007). Sentencia C-811. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional. (19 de marzo de 1997). Sentencia C-154. (M.P. Hernando Herrera Vergara).

Corte Constitucional. (9 de agosto de 1995). Sentencia T-355. (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de junio de 2016). Sentencia SC8225 Radicación No. 68755-31-03-002-2008-00129-01. (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (3 de junio de 2014). Sentencia AC2958 Radicación 50001-31-03-002-2004-00225-01. (M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (3 de junio de 2014). Sentencia AC2958 Radicación 50001-31-03-002-2004-00225-01. (M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez).

Corte Constitucional, (5 de junio 1992) Sentencia T-406, 1992, (M.P. Ciro Angarita Baron)

Cortés, M. (2018). El Principio de la primacía de la realidad como garante de los derechos laborales de los trabajadores oficiales vinculados mediante contratos de prestación de servicios. *Revista Verba Iuris*, 13(40), 111-127.

Cortés, M. (2018). El Principio de la primacía de la realidad como garante de los derechos laborales de los trabajadores oficiales vinculados mediante contratos de prestación de servicios. *Revista Verba Iuris*, 13(40), 111-127.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel. Recuperado de

https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/Descargue-en-PDF-Lo-s-Derechos-en-serio-de-Ronal-Dworkin-Legis.pe_.pdf

Escobar, F. (1991). Principios del Derecho Laboral en la Nueva Constitución Nacional. *Actualidad Laboral – Legis*, 48, 12

Escobar, N. (2016). El concubinato y el nacimiento de la sociedad de hecho.

Asuntos Legales. Recuperado de

<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/el-concubinato-y-el-nacimiento-de-la-sociedad-de-hecho-2408631#:~:text=La%20Corte%20Suprema%20de%20Justicia,estabilidad%2C%20permanencia%20en%20la%20vida>

- Estrada, J., y Huamán, M. (2019). Aplicación del principio de primacía de la realidad en los procesos de alimentos. (*Tesis de grado*). Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú.
- Gutiérrez, C. (2016). Principios y positivismo jurídico. ¿Cuál es su relación? *Heurística*, 75.
- Hart, H. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Hidalgo, M., y Goyes, I. (2012). ¿Los principios del derecho laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia?. *Entramado*, 8(2), 168-183. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v8n2/v8n2a12.pdf>
- Lafont, F. (2009). Tratado de Derecho Laboral Individual. Bogotá: Editorial Ediciones Ciencia y Derecho.
- Pérez, A. (1997). Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico? *Revista de Estudios Políticos*, (98).
- Palacio, D., y Pérez, M. (2017). *Situación jurídica del concubinato en Colombia a partir de la Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes*. (Tesis de grado). Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.
- Presidencia de la República. (27 de marzo de 1971). Código de Comercio. [Decreto 410 de 1971]. DO: 33.339.

Péces-Barba, G. (s.f.) Prólogo a J. Santamaría Ibeas. Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Pérez Jaraba, D. (2010) Principios y reglas. Examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart. Revista de estudios jurídicos Universidad de Jaén, España.
Versión electrónica: rej.ujaen.es

Ramírez, J. (2004). La regla de reconocimiento, una somera visión de las tesis de Hart y Lipkin. *Lecciones y ensayos*, (79).

Serrano, E. (2012). Teoría de la Constitución, positivismo y derechos fundamentales. *Andamios*, 9(18), 59-87.

Suárez, A. (2018). Los derechos de la sociedad de hecho civil concubinaria en parejas del mismo sexo en Colombia. *Hipótesis libre*, 13.

Vélez, S. (2016). Los principios generales del derecho en el artículo 230 de la Constitución Política. ¿Normas morales o normas jurídicas?. *Revista Opinión Jurídica*, 15(30), 47-66.