

SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA

ID : 789678
M. PONENTE : AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
NUIP : T 1100102030002022-01739-00
NÚMERO DE PROCESO : T 1100102030002022-01739-00
NÚMERO DE PROVIDENCIA : STC13012-2022
CLASE DE ACTUACIÓN : ACCIÓN DE TUTELA - PRIMERA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA : SENTENCIA
FECHA : 29/09/2022
DECISIÓN : CONCEDE TUTELA
ACCIONADO : SALA CIVIL FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA Y JUZGADO SEGUNDO PROMISCOUO DE FAMILIA DE CARTAGO, VALLE DEL CAUCA
ACCIONANTE : MARITZA GALEANO VICTORIA

ASUNTO:

SUPUESTOS FÁCTICOS: La accionante, solicita la protección de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, que consideró vulnerados con la decisión del Tribunal Superior de Buga, de confirmar la providencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Cartago, mediante la cual declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia, con fundamento en que el domicilio conyugal se encontraba en Estados Unidos de América. Afirma la actora, que se desconoció la existencia de un doble domicilio, puesto que tiene una casa amoblada donde llega varias veces al año, un vehículo, que visitaban con regularidad el país para cuidar sus inversiones, además de visitar su familia, y que los bienes conseguidos como pareja están todos en Colombia. Añadió que el juzgador accionado, dejó de analizar que es la parte más débil en el proceso, como quiera que los bienes en Colombia se encuentran a nombre de su cónyuge y es quien los administra e incluso a simulado su donación. **PROBLEMA JURÍDICO:** ¿La sentencia del Tribunal Superior de Buga, que confirma la decisión del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Cartago, Valle del cauca, de declarar probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia, dentro del proceso de divorcio instaurado por la accionante, cuyo domicilio conyugal se encontraba

fijado en los Estados Unidos de América, vulnera su derecho al debido proceso?

TEMA: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional de la acción ante vía de hecho

Tesis:

«Al tenor del artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo instituido para la protección de los derechos fundamentales, cuando sean conculcados o seriamente amenazados por la acción o la omisión ilegítima de una autoridad o, en determinadas hipótesis, de los particulares, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

De la misma forma, se ha señalado que, en línea de principio, esta acción no procede respecto de providencias judiciales, salvo que el funcionario adopte una decisión por completo desviada del camino previamente señalado, sin ninguna objetividad, a tal extremo que configure el proceder denominado "vía de hecho", situación frente a la cual se abre camino el amparo para restablecer los derechos fundamentales conculcados, siempre y cuando se hayan agotado las vías ordinarias de defensa judicial, dado el carácter subsidiario y residual de la tutela y, por supuesto, se observe el requisito de la inmediatez connatural a su ejercicio».

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de divorcio: vulneración del derecho por parte de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Buga, al confirmar la decisión que declara probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia, desconociendo las pruebas que demuestran la duplicidad de domicilio de los cónyuges, en Colombia y en el extranjero

DERECHO CIVIL / FAMILIA - Matrimonio - Divorcio y separación de cuerpos, sus causas y efectos - Divorcio de matrimonio realizado en el extranjero: normativa aplicable

DERECHO CIVIL / FAMILIA - Matrimonio - Divorcio y separación de cuerpos, sus causas y efectos - Divorcio de matrimonio realizado en el extranjero - Domicilio conyugal: definición

DERECHO CIVIL / PERSONAS - Atributos de la persona - Domicilio: definición legal y doctrinal

DERECHO CIVIL / PERSONAS - Atributos de la persona - Domicilio: elementos fundamentales (c. j.)

DERECHO CIVIL / PERSONAS - Atributos de la persona - Domicilio - Elementos: formas de probarlos

DERECHO CIVIL / PERSONAS - Atributos de la persona - Domicilio - Elementos - Presunción del ánimo de permanencia: casos y exclusiones (c. j.)

DERECHO CIVIL / PERSONAS - Atributos de la persona - Domicilio - Pluralidad de domicilios: configuración

DERECHO CIVIL / PERSONAS - Atributos de la persona - Domicilio - Elementos- Presunción del ánimo de permanencia: la tenencia de un establecimiento durable, destinado exclusivamente a la explotación económica, da lugar a la presunción

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de divorcio: vulneración del derecho con la decisión del Tribunal Superior de Buga, de confirmar la decisión que declara probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia, desconociendo la facultad de la actora de elegir el lugar para impetrar la disolución del vínculo matrimonial

Tesis:

«La queja de Maritza Galeano Victoria recae en la providencia de 25 de marzo de la presente anualidad de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Buga, que confirmó la decisión que dictó el 23 de septiembre de 2021 el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, de declarar probada la excepción previa de "falta de jurisdicción" alegada por el demandado, dentro del proceso de divorcio que aquella promovió contra Rómulo Gutiérrez, porque en sentir de la actora, ambos tenían domicilio en Colombia o cuando menos ella lo tenía, o si quiera residencia.

3. En la decisión cuestionada, la Colegiatura citó el contenido del artículo 28 del Código General del Proceso, y estableció que la pareja se conoció en uno de los viajes del demandado a Colombia y se fueron ambos, junto con la hija de la aquí accionante, a vivir a Estados Unidos, fijando su residencia en ese país "pues allá vivieron juntos, allá él trabaja como electricista, ella como docente escolar y la hija se encuentra realizando sus estudios universitarios. Sin embargo, la pareja viajaba frecuentemente a Cartago, dos veces al año, quedándose por días, aunque no más de un mes, dijeron ambos; venían a mitad de año y volvían en diciembre".

En seguida citó el artículo 163 del Código Civil y señaló que "en este caso

es irrefutable que -de consuno- los cónyuges se fueron a vivir a Estados Unidos de América hace más de diez años y a Colombia solo venían de vacaciones dos veces al año, pero es en el exterior donde convivieron, allá trabajan, aunque tuvieran el proyecto de establecerse en Colombia para pasar su vejez. Recordemos, a propósito, que la regla especial del domicilio conyugal solo permite entender por tal el lugar donde los consortes conviven de consuno, así sea que tengan una vivienda propia en otro lugar a la cual llegan cuando viajan de vacaciones.

Incluso, todos los hechos de la demanda se desarrollaron en el exterior y aunque se declaró que antes de la pandemia mundial causada por el Covid-19 la pareja estaba en Colombia, solo fue de paso, pues apenas temieron que iban a cerrar las fronteras, como en efecto sucedió, se devolvieron a su domicilio conyugal en Estados Unidos de América en donde se separaron de hecho, siendo ese el último lugar de convivencia”.

A continuación, el Tribunal consideró que “no interesa el lugar donde los consortes tienen los bienes de fortuna o aquél donde se ubica su familia extensa, solo se entiende como domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en este caso, la familia nuclear estuvo siempre radicada en Estados Unidos de América donde 1) el marido trabaja como electricista independiente, 2) la mujer se desempeña como docente escolar y 3) la hija de ella estudia su carrera universitaria

Se repite, así la pareja tuviese una vivienda propia que ocuparían en temporada de vacaciones cuando vienen a Colombia, su domicilio conyugal aparece radicado en Estados Unidos de América, donde convivieron, sin importar que en sus planes estuviese radicarse en Colombia o que aquí disponían de un vehículo para movilizarse durante las vacaciones, pues lo que determina el domicilio conyugal es el lugar donde la pareja vive de consuno, no donde permanecen por temporadas cortas o donde quisieran radicarse a futuro (...)

Estando claro que el último domicilio conyugal no fue en Colombia, la declaración de falta de jurisdicción y el consecuente rechazo de la demanda reclaman confirmación, pues tampoco es posible adscribir la competencia por la regla general como pasa a mostrarse”.

Por esa senda, el juzgador citó un pronunciamiento emitido al respecto por esta Corporación y memoró que “repara el extremo apelante que el juez no tuvo en cuenta, cuando menos, que los consortes tenían dos domicilios, enfatizando que el ánimo de permanecer en Cartago se advierte por sus frecuentes y periódicos viajes, con la compra de los inmuebles, reservado uno para cuando vienen, además de contar con

vehículos propios de transporte y haber intentado emprendimientos aquí”, frente a lo cual razonó que si bien es cierto que una persona puede tener varios domicilios, “(...)la mera residencia no basta para fijar el domicilio porque, además, se requiere el ánimo de permanecer allí”, aserto que sustentó en un pronunciamiento doctrinario, para después precisar que “la eventualidad en la que demandante y demandado vienen, regularmente, a Colombia (dos veces al año) y se queden en una vivienda propia que tienen dispuesta para estos efectos no hace presumir su ánimo de permanencia ni constituye un modo de adquirir el domicilio civil, cuando está claro que esto lo hacen solo en sus viajes de vacaciones, conservando su residencia doméstica permanente en el exterior donde convivió la familia nuclear: el marido, la mujer y la hija de ella; eso es precisamente lo que advierte el art. 79 del Código Civil.

Por el contrario, y con base en el art. 80 del Código Civil, en este caso debe presumirse que ambos tienen el ánimo de permanecer en Estados Unidos de América, por el hecho de laborar -ambos- allá hace varios años, él como contratista independiente y ella como profesora escolar; incluso, los mismos refirieron tener su estatus migratorio regularizado, siendo él ciudadano y ella residente de esa nación extranjera, por lo que es allí donde se presume su domicilio, conforme lo determina el art. 82 ib (...)

Quede claro: la profesión de docente escolar y el oficio de electricista demandante y demandado las ejercen respectivamente en el exterior, por lo que a voces del art. 78 del C.C., eso “determina su domicilio civil o vecindad”.

De lo antelado resaltó que, “venir de vacaciones a Colombia y quedarse en casa propia no constituye ánimo de permanencia, ni siquiera puede estimarse como el asiento principal de sus negocios, pues los litigantes se dedican a la prestación de servicios de mantenimiento eléctrico y docencia, los que cumplen en el exterior, siendo la única actividad productiva que tienen en Colombia el alquiler de una casa que no administran personalmente”.

Finalmente, el Tribunal concluyó que había lugar a confirmar la decisión de primera instancia, con sustento en el siguiente recuento: “1) como los cónyuges de consuno se fueron a vivir a los Estados Unidos de América, donde convivieron hasta su separación, ese es el domicilio conyugal, conforme lo determina el art. 163 del C.C.; 2) dado que en el exterior es donde demandante y demandado ejercen habitualmente la profesión de docente y el oficio de electricista, esto determina su domicilio civil o vecindad, bajo las precisiones del art. 78 ib.; 3) a partir del art. 79 de la misma obra, quien habite casa propia en Cartago por temporadas, esto

es, dos veces al año, no hace presumir el ánimo de permanecer ni se adquiere domicilio, porque esa condición no muda su hogar doméstico en el extranjero donde reside la familia nuclear: el marido, la mujer y la hija de esta; 4) en los términos del art. 80 siguiente, se presume que el ánimo de permanecer se enmarca en el exterior donde la demandante ha aceptado el empleo fijo de docente escolar y en el que el demandado labora independientemente como electricista, sin que se pueda inferir lo mismo por el hecho de tener en Colombia una casa en arriendo que no administran personalmente; 5) Con base en lo dispuesto en el art. 81 ib., cuando el matrimonio decidió -de consuno- radicarse en el exterior no conservaron per se domicilio civil en Colombia; 6) la presunción de domicilio en el exterior se refuerza, en el marco del art. 82 del C.C., porque ambos tienen estatus migratorio regular, siendo él ciudadano y ella residente de ese país, de allí que antes esas autoridades declararon el ánimo de permanecer en Estados Unidos de América.

Todo lo anterior sin olvidar que la accionante, además de reconocer que actualmente reside en el exterior, indicó en su demanda dos direcciones en Cartago como si fueran la residencia de ambos en Colombia y en las declaraciones de todos los testigos y las propias partes se comprobó que allí ni viven ni han residido como pareja, pues solo son las viviendas de unos familiares de ambos.

Suficiente lo expuesto para concluir que los demandados ni tuvieron como domicilio conyugal anterior la ciudad de Cartago, ni allí fijaron domicilio civil y menos residencia; por lo que, en estos términos, es patente la falta de jurisdicción de los jueces colombianos para resolver sobre el divorcio de dos nacionales, casados en Colombia, pero que hace muchos años fijaron su residencia permanente y su domicilio civil y conyugal en el exterior, precisamente donde se separaron de hecho”.

4. Bajo este panorama concluye la Sala la procedencia del amparo solicitado, porque lo definido por el Tribunal convocado inobservó las pruebas de la existencia de doble domicilio de los extremos del litigio, en Colombia y en el extranjero, lo que habilita al juez nacional para conocer del proceso.

4.1. En la decisión cuestionada el Tribunal accionado estableció que la pareja tiene domicilio conyugal y civil en los Estados Unidos de América, tras determinar que inmediatamente contrajeron matrimonio en Colombia, viajaron y allá establecieron de consuno su hogar, sitio donde desarrollan sus actividades económicas y cuentan con estatus legal, la demandante de residente y el demandado de ciudadano, lo que permite establecer su ánimo de avcinarse en el país del norte del continente, en

aplicación de los artículos 76 y siguientes del Código Civil.

Esta conclusión no merece reproche alguno en este escenario por haber sido extraída del análisis de las pruebas y el atendible entendimiento de las normas que rigen el caso particular, en especial, resalta la Sala, el artículo 163 del Código Civil, subrogado por el artículo 13 de la Ley 1ª de 1976, que establece que "el divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero se regirá por la ley del domicilio conyugal. Para estos efectos, entiéndase por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, se reputa como tal el del cónyuge demandado", lo que entraña una auténtica norma de derecho internacional privado, en la que el régimen familiar colombiano, "...por regla general, defiere a la legislación extranjera "el divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero", cuando quiera que los cónyuges tuviesen su último domicilio conyugal en el exterior -esto es, por la ley del lugar donde los cónyuges vivían de consuno y, en su defecto, el del lugar del cónyuge demandado (art. 13, Ley 1º de 1976)-...", de ahí que la legislación "...reguladora de la procedencia, causa, procedimiento y clase de divorcio (incluyendo en éste, el divorcio por mutuo acuerdo y el divorcio contencioso)" (CSJ., 13 oct. 1999, exp. 7298), será la del domicilio conyugal.

4.2. Empero, no ocurre lo mismo con la conclusión de que también se descartaba el domicilio en Colombia, pues, obra en el expediente sustento de que los extremos, si bien son propietarios aquí de un predio amoblado que solo ocupan cuando vienen al país, ello, aunado a que son dueños de otro inmueble que dedican exclusivamente a arrendarlo, y a la evidenciada actitud de mantener sus vínculos con Colombia, permite en este caso hablar de un doble domicilio, como pasa a exponerse.

4.3. El Código Civil define al domicilio en su artículo 76 como la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella, es un atributo de la personalidad y tiene por objeto vincular a una persona con el lugar donde habitualmente tiene sus principales intereses personales, familiares y económicos, es decir, es el "asiento jurídico de una persona".

Ha dicho la Sala que, "queda mejor perfilada la idea de domicilio si se ve en ella, como advierte el francés Zacharie y lo ratifican numerosos expositores, una "(...) relación jurídica existente entre una persona y el lugar en que esta persona se reputa presente en cuanto al ejercicio de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones, aunque no se encuentre allí en un momento dado, o que ni aún resida en él habitualmente".

(...)

Es un hecho perceptible por los sentidos fácil de demostrar por cualquiera de los medios de prueba que trae la ley de enjuiciamiento. Como dice Luis F. Borja, es "el asiento real, el asiento de hecho de la persona (...) que está en el lugar donde ella mora ordinariamente" " (AC1218-2019).

La Corte ha reiterado invariablemente que el concepto comporta "dos elementos fundamentales: 1. El objetivo, consistente en la residencia, alusiva al vivir en un lugar determinado, hecho perceptible por los sentidos y demostrable por los medios ordinarios de prueba. 2. El subjetivo, consistente en el ánimo de permanecer en el lugar de la residencia, aspecto inmaterial que pertenece al fuero interno de la persona, acreditable por las presunciones previstas por el legislador" (entre otros AC1024-2021),

Sobre la precitada temática en sede de recurso extraordinario de casación se precisó en pretérita ocasión que, "según el artículo 76, la especie de domicilio denominado real, voluntario o de adquisición, "consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, de permanecer en ella". Dos son, pues, los elementos que integran esta especie de domicilio civil, a saber: el corpus y el animus-.

La residencia, es decir, el hecho de vivir en un lugar determinado, o sea el elemento material, como hecho perceptible por los sentidos es fácil de demostrar por varios de los medios probatorios, testimonios, inspecciones judiciales, etc.

Dijo la Corte en 1936: "El primero de los referidos elementos es fácil de establecer. Se trata de un hecho material y tangible que cae bajo el dominio de los sentidos y se prueba sin dificultad por consiguiente. No acontece lo propio con el segundo de dichos elementos: el ánimo de permanecer en el lugar de la residencia". ¿Cómo puede alguien probar cuál es el ánimo de una persona? ¿Qué desea ciertamente? Ello pertenece a su fuero interno y establecer la verdad es legalmente imposible. No se puede esculcar el alma de nadie para ver de probar legalmente lo que está deseando.

Ante tan absoluta imposibilidad probatoria el Código estableció que el ánimo puede ser presunto. Sobre el particular agregó la Corte en fallo citado, "Por eso el legislador se vio obligado a entrar en el terreno de las presunciones, y al efecto —sobre la base de que el ánimo puede ser real o presunto— estableció: Que dicho ánimo se prueba: a) Por la manifestación expresa que se haga ante el respectivo prefecto o corregidor. b) Por las presunciones establecidas en los artículos 79 y

siguientes, que son presunciones legales que admiten prueba en contrario.

Según esos textos legales se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar: Por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; Por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de los que regularmente se conceden por largo tiempo; por otras circunstancias análogas. Y, por el contrario, no se presume este ánimo por el hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, en los siguientes casos:

Si tiene en otra parte su hogar doméstico; Si por otra circunstancia aparece que la residencia es accidental. El artículo 81 —que en realidad era innecesario— propiamente no consagra presunciones, sino que se limita a sacar una consecuencia necesaria de los principios antes expuestos, a saber: que el domicilio no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, si conserva su familia y el asiento principal de sus negocios en el lugar anterior.

Los otros dos textos aludidos (artículos 78 y 80) -no está por demás repetirlo— sólo contienen presunciones sobre la existencia o no existencia del ánimo de permanecer o avecindarse en un lugar, pero sobre la base de que dicho ánimo no es de por sí bastante para el cambio de domicilio, sino que necesita estar acompañado del otro elemento ya mencionado, la residencia en un lugar determinado”

4.4. Sobre el doble avecinamiento, el artículo 83 del Código Civil señala que “cuando ocurran en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo”, norma que si bien posibilita la figura en comento y considera que puede darse dentro del territorio nacional, nada refiere al evento en el que se presente un domicilio en el país y otro en el extranjero, pese a ser sin duda posible, eventualidad ésta que, se resalta, la legislación colombiana no prohíbe.

Sí explicita la norma en comento como requisito para que se presente la duplicidad de domicilios, que se cumplan las circunstancias constitutivas de domicilio civil, esto es, las señaladas en los artículos 77 y siguientes del Código Civil, a que se aludió y fueron analizadas en el pronunciamiento jurisprudencial acabado de citar.

4.5. Bajo este panorama, si bien es cierto y en ello coincide la Sala con la Colegiatura accionada, que por disposición del artículo 79 del Código Civil, en el asunto auscultado no puede presumirse el ánimo de la actora y su cónyuge de permanecer en Colombia, ni por ende de adquirir domicilio civil en el país, por el solo hecho de que son dueños aquí de una vivienda que ocupan de manera periódica, a la par que se determinó que tienen su domicilio conyugal en los Estados Unidos de América, existe prueba en el expediente de que aquellos cuentan con otro inmueble que dedican permanente y únicamente a arrendar para obtener unos ingresos adicionales, lo que encuadra en el requisito de tener un establecimiento durable destinado exclusivamente para explotación económica, de aquellos que hacen presumir el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, en los términos del artículo 80 del Código Civil, y, del mismo modo, obran otras pruebas del fuero interno de los extremos del litigio, que develan su ánimo de permanecer y avecindarse en Colombia.

La existencia y destinación de ese segundo bien, descarta la presunción negativa de domicilio del artículo 79 ibídem, y abre el camino para dejar claro el ánimo de los cónyuges de avecindarse en el país, ya que en este caso el hecho está acompañado de la prueba de la actitud de éstos de no desligarse completamente del territorio, evidenciada no solo en el hecho de venir de forma recurrente y sostenida a un inmueble de su propiedad, específica y únicamente destinado para sus arribos, sino también porque han escogido el país para: llevar a cabo celebraciones familiares (como navidades, festividades de fin de año y la fiesta de 15 años de la hija de la demandante), intentar abrir varios negocios, y abiertamente querer radicarse exclusivamente aquí en el futuro, para jubilarse, tanto así que admiten que sus actuales esfuerzos económicos en el extranjero los han encaminado a lograr tal cometido, lo que en suma muestra el ánimo de tener y conservar el domicilio en Colombia.

Queda así develado el querer de los extremos de tener a Colombia como su otro domicilio, y establecerlo puntualmente en el municipio de Cartago, Valle del Cauca, donde se ubican tanto la residencia que ocupan al venir al país, como el inmueble que dedican a explotación económica, además de ser el sitio donde a lo largo de los años han desarrollado el conjunto de actividades antes enlistadas, que terminaron de develar su intención de avecindarse en dicha ciudad.

4.6. En este orden de ideas, ante la multiplicidad de domicilios verificada en el caso, era potestad de la actora optar por cualquiera de ellos para reclamar la solución de su vínculo matrimonial, sin que el juez pudiera interferir o variar la escogencia».

DERECHO DE LAS MUJERES A LA IGUALDAD PROCESAL - Vulneración del derecho al decidir el proceso sin aplicar la perspectiva de género, desconociendo la situación de desventaja económica de la accionante para instaurar el divorcio ante un juez extranjero

DERECHO DE LAS MUJERES A LA IGUALDAD PROCESAL - Igualdad de trato jurídico - Juzgamiento con perspectiva de género: definición (c. j.)

DERECHO DE LAS MUJERES A LA IGUALDAD PROCESAL - Enfoque de género en la administración de justicia: finalidad (c. j.)

DERECHO DE LAS MUJERES A LA IGUALDAD PROCESAL - Enfoque de género en la administración de justicia: deber del funcionario judicial de analizar el caso desde una perspectiva de género (c. j.)

DERECHO A LA IGUALDAD - Estereotipo de género: concepto (c. j.)

DERECHO DE LAS MUJERES A LA IGUALDAD PROCESAL - Discriminación de género: concepto (c. j.)

Tesis:

«5. Se presenta además la particularidad, de que la demandante afirma no contar con recursos económicos para afrontar el litigio en los Estados Unidos de América, donde no tiene bienes o algún otro activo que le permita respaldar los costos del mismo, siendo de resaltar que el único bien evidenciado como de propiedad de la pareja ubicado en dicho país, y que correspondía a su vivienda familiar, se perdió en un incendio, lo que llevó a establecer el último lugar de habitación de los cónyuges en un inmueble arrendado, circunstancia que deja en evidencia las dificultades que representaría para la actora el elevar sus pedimentos ante el juez extranjero, cuando es posible que el asunto se asuma en Colombia, no solo en garantía de su derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de la demandante, sino también en procura de eliminar la desventaja que para ésta involucran las consecuencias de la decisión cuestionada.

Esta particular situación de desventaja para la actora, sin que lo mismo pueda predicarse de su cónyuge por el hecho de que el juicio se lleve en Colombia, avocaba al juez a analizar la prueba desde una perspectiva garantista de los derechos de aquella, correspondiente con su particular situación y condición, lo cual no se observa sopesado en la decisión criticada, motivo adicional para la intervención del juez de tutela, para que el caso sea asumido por la justicia nacional, pues, “juzgar con

perspectiva de género es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa.

(...) “Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el “enfoque diferencial” es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que “prejuicio o estereotipo” es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar.

“Discriminación de género, entonces, es acceso desigual a la administración de justicia originada por factores económicos, sociales, culturales, geográficos, psicológicos y religiosos, y la Carta Política exige el acceso eficiente e igualitario a la administración de justicia; por tanto, si hay discriminación se crea una odiosa exclusión que menoscaba y en ocasiones anula el conocimiento, ejercicio y goce de los derechos del sujeto vulnerado y afectado, lo que origina en muchas ocasiones revictimización por parte del propio funcionario jurisdiccional.

“Es muy común encontrar problemas de asimetría y de desigualdad de género en las sentencias judiciales; empero, no se puede olvidar que una sociedad democrática exige impartidores de justicia comprometidos con el derecho a la igualdad y, por tanto, demanda investigaciones, acusaciones, defensas y sentencias apegadas no solo a la Constitución sino a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales aceptados por Colombia que los consagran” (negrilla del texto original).

6. Total que, por la posibilidad de la actora de escoger entre los dos domicilios que tienen ella y su cónyuge, en Colombia y en los Estados Unidos de América, aunado a las dificultades que en el caso particular le representaría a aquella acudir a la justicia extranjera a exponer su caso, se justifica que sea el juez nacional quien asuma el litigio, situación que, al así no haber sido advertida por el estrado cognoscente, justifica la

intervención sobre el particular de la justicia constitucional».

**ACLARACIÓN
HILDA**

**DE
GONZÁLEZ**

**VOTO
NEIRA**

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de divorcio: vulneración del derecho por parte de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Buga, al confirmar la decisión que declara probada la excepción previa de falta de competencia, desconociendo las pruebas que demuestran la duplicidad de domicilio de los cónyuges, en Colombia y en el extranjero

DERECHO PROCESAL - Demanda y contestación - Contestación - Excepciones previas - Excepción de falta de competencia: improcedencia del recurso de apelación contra el auto que declara probada la excepción

DERECHO PROCESAL - Medios de impugnación - Recurso de apelación - Examen preliminar: cargas procesales del apelante (c. j.)

DERECHO PROCESAL - Medios de impugnación - Recurso de apelación - Examen preliminar: deber del superior funcional de devolver al inferior el expediente, cuando encuentra inadmisibile el recurso, después de realizar el examen preliminar (c. j.)

DERECHO PROCESAL - Medios de impugnación - Recurso de apelación: improcedencia del recurso contra el auto que declara probada la excepción previa de falta de competencia (c. j.)

Tesis:

«(...) un argumento me lleva a aclarar mi posición y, es precisamente, el concerniente a la no procedencia del recurso de apelación del auto de 23 de septiembre de 2021 que declaró probada la excepción de “falta de competencia”, decisión que, de conformidad con el artículo 139 del Código General del Proceso no admite recurso alguno.

Así lo dejó sentado esta Sala en el fallo STC 7179-2022 (8 jun.):

(...) 2. En el caso en estudio, se observa que el señor Norberto Daniel Carranza Ruiz dirige su reclamo constitucional, contra los autos proferidos, por el Juzgado Veinticuatro de Familia de Bogotá [9 de agosto de 2021] y por el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial [17 de febrero de 2022], por medio de los cuales, en el proceso de divorcio objeto de análisis, se declaró probada la excepción previa de falta de competencia propuesta por la cónyuge demandada y, en la segunda, se mantuvo esa providencia en sede de apelación

(...).

4.1 Contrastado lo anterior con el asunto que ocupa la atención de la Sala, se advierte que, de haberse efectuado por el Tribunal un riguroso examen preliminar en los términos del artículo 325 del Código General del Proceso, otra hubiese sido la conclusión, puesto que, para que el recurso de apelación sea atendido por el Superior, el apelante debe cumplir ciertas cargas procesales, a saber:

i) Interposición (...). ii) Sustentación de la impugnación (...). iii) Traslado (...). iv) Procedencia: Que el auto atacado sea apelable de conformidad con el listado del artículo 321 del Código General del Proceso, o que así lo establezca alguna norma especial.

4.2 En ese orden, de lo evidenciado, claramente se desprende que para resolver una apelación de auto según lo establece el estatuto procesal vigente, debe el superior funcional -una vez recibe el expediente- efectuar el "examen preliminar", si lo considera inadmisibile así lo decidirá y lo devolverá al inferior o, de lo contrario, lo resolverá de plano y por escrito.

5. Ahora bien, en este particular asunto como quedó visto, el funcionario accionado se apartó del trámite previsto por el legislador para los recursos de apelación de auto, con lo que incurrió en el mencionado defecto procedimental, pues de manera irreflexiva y sin efectuar el referido "examen preliminar", procedió a resolverlo de plano, sin tomar en cuenta, además, que el artículo 139 del Código General del Proceso, dispone que, cuando se declara la incompetencia para conocer de un asunto, dicha determinación "no admite recurso", porque de haberlo hecho, otra hubiera sido la decisión adoptada (...).

Dejo de esta manera aclarado mi voto».

ACLARACIÓN DE VOTO
MARTHA PATRICIA DE GUZMÁN ÁLVAREZ

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de divorcio: vulneración del derecho por parte de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Buga, al confirmar la decisión que declara probada la excepción previa de falta de competencia, desconociendo las pruebas que demuestran la duplicidad de domicilio de los cónyuges, en Colombia y en el extranjero

DERECHO PROCESAL - Medios de impugnación - Recurso de apelación: improcedencia del recurso contra el auto que declara probada la

excepción previa de falta de competencia

DERECHO PROCESAL - Demanda y contestación - Contestación - Excepciones previas - Excepción de falta de competencia: improcedencia del recurso de apelación contra el auto que declara probada la excepción

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de divorcio: defecto procedimental absoluto con la decisión de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Buga, que confirma la prosperidad de la excepción previa de falta de competencia, sin efectuar el examen preliminar sobre la procedencia del recurso de apelación, conforme lo previsto en el artículo 325 del CGP

Tesis:

«(...) a mi juicio, nada de fondo debía resolver el Tribunal, porque conforme con el sistema procesal colombiano, si bien, la decisión de declarar fundada la excepción previa de falta de competencia fue impugnada, no está prevista frente a esa decisión su apelabilidad.

Considero que, de haber efectuado el Tribunal Superior de Buga un riguroso examen preliminar del asunto en los términos del artículo 325 del Código General del Proceso, y haber analizado la procedencia del recurso acogiendo el canon 321 ejusdem esto es, que el auto atacado sea apelable de conformidad con el listado allí indicado, o que así lo establezca alguna norma especial, otra hubiese sido la decisión allí adoptada.

Así, observo que el Tribunal se apartó del trámite previsto por el legislador para los recursos de apelación de auto, con lo que incurrió en defecto procedimental absoluto, pues, como se anotó omitió efectuar el "examen preliminar", procedió a resolver la apelación, sin tomar en cuenta, además, que el artículo 139 del Código General del Proceso, dispone que, cuando se declara la incompetencia para conocer de un asunto, dicha determinación "no admite recurso"».

SALVAMENTO	DE	VOTO
LUIS	ALONSO	RICÓ
		PUERTA

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de divorcio: razonabilidad de la decisión del Tribunal Superior de Buga, de confirmar la providencia emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Cartago, que rechaza la demanda de divorcio formulada por la accionante, como consecuencia de declarar probada la excepción previa de falta de jurisdicción

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional de la acción ante vía de hecho

Tesis:

«La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil ha sostenido que las decisiones judiciales, por regla general, son ajenas a la acción consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, excepto en eventos en los que resultan manifiestamente arbitrarias, esto es, producto de la mera liberalidad, a tal punto de que configuren una vía de hecho, bajo los presupuestos generales de viabilidad que, en todo caso, deben ser acreditados, excepto cuando se trata de evitar la consumación de un perjuicio irremediable».

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de divorcio: el ejercicio del principio de autonomía e independencia judicial no vulnera el debido proceso

Tesis:

«(...) verificadas las consideraciones esgrimidas por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en el proveído de 25 de marzo de 2022, a través del cual ratificó el rechazo de la demanda de divorcio formulada por la gestora, como consecuencia de la prosperidad de la excepción de falta de jurisdicción, no se evidencia la configuración de una vía de hecho, ni la conculcación de las garantías esenciales invocadas, como pasa a explicarse.

En efecto, el ad quem sostuvo inicialmente que, contrastada la previsión del artículo 28 del Código General del Proceso sobre la competencia territorial, con los elementos de convicción adosados a la foliatura, “se sabe que el demandado ya estaba viviendo en Estados Unidos de América cuando, en un viaje de los frecuentes que realizó a Colombia, para visitar a su familia, se conoció con la demandante Maritza en Cartago. Aquí iniciaron su relación y se casaron, y tan pronto a ella le dieron la visa correspondiente, se fueron juntos a vivir al exterior, con la hija de ella. En Estado Unidos de América fue donde los consortes fijaron su residencia, pues allá vivieron juntos, allá él trabaja como electricista, ella como docente escolar y la hija se encuentra realizando sus estudios universitarios”.

Así mismo, agregó que “la pareja viajaba frecuentemente a Cartago, dos veces al año, quedándose por días, aunque no más de un mes, dijeron ambos; venían a mitad de año y volvían en diciembre. Aquí compraron dos inmuebles, uno de los cuales tienen amoblado y reservado para quedarse en él cuando vienen, el otro se comprometió en arrendamiento,

también aquí conservan un carro y una moto para movilizarse, de allí que la demandante sostenga que el ánimo de permanencia lo conservaban en Colombia porque aquí es donde ambos proyectaron pasar la vejez”.

Sobre el particular, con apoyo en el canon 163 del Código Civil, refirió que el domicilio conyugal se encuentra en el lugar donde la pareja vive de consuno, por lo que “es irrefutable que -de consuno- los cónyuges se fueron a vivir a Estados Unidos de América hace más de diez años y a Colombia solo venían de vacaciones dos veces al año, pero es en el exterior donde convivieron, allá trabajan, aunque tuvieran el proyecto de establecerse en Colombia para pasar su vejez. Recordemos, a propósito, que la regla especial del domicilio conyugal solo permite entender por tal el lugar donde los consortes conviven de consuno, así sea que tengan una vivienda propia en otro lugar a la cual llegan cuando viajan de vacaciones”.

En ese sentido, explicó que “no interesa el lugar donde los consortes tienen los bienes de fortuna o aquél donde se ubica su familia extensa, solo se entiende como domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en este caso, la familia nuclear estuvo siempre radicada en Estados Unidos de América donde 1) el marido trabaja como electricista independiente, 2) la mujer se desempeña como docente escolar y 3) la hija de ella estudia su carrera universitaria. Se repite, así la pareja tuviese una vivienda propia que ocuparían en temporada de vacaciones cuando vienen a Colombia, su domicilio conyugal aparece radicado en Estados Unidos de América, donde convivieron, sin importar que en sus planes estuviese radicarse en Colombia o que aquí disponían de un vehículo para movilizarse durante las vacaciones, pues lo que determina el domicilio conyugal es el lugar donde la pareja vive de consuno, no donde permanecen por temporadas cortas o donde quisieran radicarse a futuro”.

Seguidamente, sobre la posibilidad de considerar la existencia de un doble domicilio, el colegiado también replicó que, de acuerdo con el precepto 83 ibídem, “nada se opone a que, a pesar de tener un domicilio conyugal, uno o ambos consortes tenga otro domicilio paralelo, siempre que en ese otro lugar la persona resida con el ánimo de permanencia, según lo define el art. 76 ib.”, no obstante, en este caso “es preciso comprender que la eventualidad en la que demandante y demandado vienen, regularmente, a Colombia (dos veces al año) y se quedan en una vivienda propia que tienen dispuesta para estos efectos no hace presumir su ánimo de permanencia ni constituye un modo de adquirir el domicilio civil, cuando está claro que esto lo hacen solo en sus viajes de vacaciones”.

Por ello, reiteró que, "con base en el art. 80 del Código Civil, en este caso debe presumirse que ambos tienen el ánimo de permanecer en Estados Unidos de América, por el hecho de laborar -ambos- allá hace varios años, él como contratista independiente y ella como profesora escolar; incluso, los mismos refirieron tener su estatus migratorio regularizado, siendo él ciudadano y ella residente de esa nación extranjera, por lo que es allí donde se presume su domicilio, conforme lo determina el art. 82 ib."

Lo anterior, pues, el hecho de que en Cartago tengan algunos negocios o inversiones, "no significa que pueda presumirse el domicilio en Colombia", ya que la regla del artículo 80 ejusdem "se predica cuando se abre una "tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela y otro establecimiento durable, para administrarlo en persona" y aquí la única empresa que se refirió fue el alquiler de una de las casas, pero ni los arriendos los reclamaban los consortes en persona, precisamente por estar radicados en el exterior, quedando el recaudo de los cánones delegado a terceros".

De modo que, en ese contexto, relievó que "ninguno tiene -al menos- residencia en Colombia, porque ambos permanecen en el exterior, de allí que habiendo fijado su domicilio conyugal en Estados Unidos de América -donde vivieron de consuno y en ese lugar permanecen ambos- no hay forma de atribuir competencia a la justicia colombiana aunque, se itera, aquí tengan bienes, pues -en este caso- el ánimo de permanecer está en el mismo lugar donde residen, donde vivió la familia nuclear, donde trabajan hace varios años y donde estudia la hija de la accionante, aunque ambos consortes hubiesen planeado, a futuro, volver a Colombia".

Con todo, compendió que:

"1) como los cónyuges de consuno se fueron a vivir a los Estados Unidos de América, donde convivieron hasta su separación, ese es el domicilio conyugal, conforme lo determina el art. 163 del C.C.; 2) dado que en el exterior es donde demandante y demandado ejercen habitualmente la profesión de docente y el oficio de electricista, esto determina su domicilio civil o vecindad, bajo las precisiones del art. 78 ib.; 3) a partir del art. 79 de la misma obra, quien habite casa propia en Cartago por temporadas, esto es, dos veces al año, no hace presumir el ánimo de permanecer ni se adquiere domicilio, porque esa condición no muda su hogar doméstico en el extranjero donde reside la familia nuclear: el marido, la mujer y la hija de esta; 4) en los términos del art. 80 siguiente, se presume que el ánimo de permanecer se enmarca en el exterior donde la demandante ha aceptado el empleo fijo de docente escolar y en el que el demandado labora independientemente como electricista, sin que se pueda inferir lo mismo por el hecho de tener en Colombia una casa en arriendo que no

administran personalmente; 5) Con base en lo dispuesto en el art. 81 ib., cuando el matrimonio decidió -de consuno- radicarse en el exterior no conservaron per se domicilio civil en Colombia; 6) la presunción de domicilio en el exterior se refuerza, en el marco del art. 82 del C.C., porque ambos tienen estatus migratorio regular, siendo él ciudadano y ella residente de ese país, de allí que antes esas autoridades declararon el ánimo de permanecer en Estados Unidos de América”.

Conforme con ello, la citada resolución no podría calificarse como infundada o arbitraria, ya que no se constató la configuración de ninguna causal específica de procedencia excepcional del amparo; siendo claro, entonces, que el reclamo de la gestora no debió respaldarse en esta sede excepcional, pues, se itera, con independencia de que se prohijaran íntegramente o no esos argumentos, para la viabilidad del auxilio era necesario que la determinación se encontrara afectada por errores superlativos y desprovistos de todo fundamento objetivo, situación que no ocurrió en este caso.

Sobre el particular, la Sala ha recalcado que:

“(…) el mecanismo de amparo constitucional no está previsto para desquiciar providencias judiciales con apoyo en la diferencia de opinión de aquéllos a quienes fueron adversas, obrar en contrario equivaldría al desconocimiento de los principios de autonomía e independencia que inspiran la función pública de administrar justicia y conllevaría a erosionar el régimen de jurisdicción y competencias previstas en el ordenamiento jurídico a través del ejercicio espurio de una facultad constitucional, al que exhorta el promotor de este amparo” (CSJ STC, 15 feb. 2011, rad. 01404-01, reiterado, entre otras, en STC, 24. sep. 2013, rad. 02137-00).

Recuérdese que, de acuerdo con los precedentes de esta Corporación, “no se puede recurrir a la acción tutelar para imponer al fallador una determinada interpretación de las normas procesales aplicables al asunto sometido a su estudio o una específica valoración probatoria, a efectos de que su raciocinio coincida con el de las partes” (CSJ STC, 18 abr. 2012, rad. 0009-01; citada entre muchas otras, en la STC7535-2022, 15 jun., rad. 01788-00).

3. Conclusión.

Por lo expuesto, respetuosamente estimo que, en el sub-lite, debió denegarse la protección deprecada, pues las consideraciones del tribunal denunciado para ratificar el rechazo de la demanda, dada la prosperidad de la citada excepción de falta de jurisdicción, se muestran razonables y

ajustadas a las pruebas analizadas en esa causa.

En los anteriores términos dejo fundamentado mi salvamento de voto, con la comedida reiteración de respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil».

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO
FRANCISCO TERNERA BARRIOS**

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de divorcio: vulneración del derecho con la decisión del Tribunal Superior de Buga, de confirmar la decisión que declara probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia, desconociendo la facultad de la actora de elegir el lugar para impetrar la disolución del vínculo matrimonial

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Obligación de la Sala mayoritaria de estudiar la procedencia del recurso de apelación contra el auto proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Cartago, que declara probada la excepción de jurisdicción y competencia, conforme con el artículo 139 del CGP

Tesis:

«(...) consigno mi salvamento parcial. Sea lo primero indicar que me encuentro conforme con el tema de fondo decidido en la determinación adoptada por la Sala: ante el doble domicilio verificado en el caso en concreto, era potestad de la actora optar por cualquiera de estos para reclamar la disolución de su vínculo matrimonial. Así y todo, considero que la Sala también debió estudiar la viabilidad del recurso de apelación: frente al auto proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Cartago. Todo lo anterior, según los términos escogidos por el artículo 139 del Código General del Proceso».

CONSIDERACIONES:

1. Al tenor del artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo instituido para la protección de los derechos fundamentales, cuando sean conculcados o seriamente amenazados por la acción o la omisión ilegítima de una autoridad o, en determinadas hipótesis, de los particulares, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

De la misma forma, se ha señalado que, en línea de principio, esta acción no procede respecto de providencias judiciales, salvo que el funcionario adopte una decisión por completo desviada del camino previamente señalado, sin ninguna objetividad, a tal extremo que configure el proceder

denominado «vía de hecho», situación frente a la cual se abre camino el amparo para restablecer los derechos fundamentales conculcados, siempre y cuando se hayan agotado las vías ordinarias de defensa judicial, dado el carácter subsidiario y residual de la tutela y, por supuesto, se observe el requisito de la inmediatez connatural a su ejercicio.

2. La queja de Maritza Galeano Victoria recae en la providencia de 25 de marzo de la presente anualidad de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Buga, que confirmó la decisión que dictó el 23 de septiembre de 2021 el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, de declarar probada la excepción previa de «falta de jurisdicción» alegada por el demandado, dentro del proceso de divorcio que aquella promovió contra Rómulo Gutiérrez, porque en sentir de la actora, ambos tenían domicilio en Colombia o cuando menos ella lo tenía, o si quiera residencia.

3. En la decisión cuestionada, la Colegiatura citó el contenido del artículo 28 del Código General del Proceso, y estableció que la pareja se conoció en uno de los viajes del demandado a Colombia y se fueron ambos, junto con la hija de la aquí accionante, a vivir a Estados Unidos, fijando su residencia en ese país «pues allá vivieron juntos, allá él trabaja como electricista, ella como docente escolar y la hija se encuentra realizando sus estudios universitarios. Sin embargo, la pareja viajaba frecuentemente a Cartago, dos veces al año, quedándose por días, aunque no más de un mes, dijeron ambos; venían a mitad de año y volvían en diciembre».

En seguida citó el artículo 163 del Código Civil y señaló que «en este caso es irrefutable que -de consuno- los cónyuges se fueron a vivir a Estados Unidos de América hace más de diez años y a Colombia solo venían de vacaciones dos veces al año, pero es en el exterior donde convivieron, allá trabajan, aunque tuvieran el proyecto de establecerse en Colombia para pasar su vejez. Recordemos, a propósito, que la regla especial del domicilio conyugal solo permite entender por tal el lugar donde los consortes conviven de consuno, así sea que tengan una vivienda propia en otro lugar a la cual llegan cuando viajan de vacaciones.

Incluso, todos los hechos de la demanda se desarrollaron en el exterior y aunque se declaró que antes de la pandemia mundial causada por el Covid-19 la pareja estaba en Colombia, solo fue de paso, pues apenas temieron que iban a cerrar las fronteras, como en efecto sucedió, se devolvieron a su domicilio conyugal en Estados Unidos de América en donde se separaron de hecho, siendo ese el último lugar de convivencia».

A continuación, el Tribunal consideró que «no interesa el lugar donde los consortes tienen los bienes de fortuna o aquél donde se ubica su familia extensa, solo se entiende como domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en este caso, la familia nuclear estuvo siempre radicada en Estados Unidos de América donde 1) el marido trabaja como electricista independiente, 2) la mujer se desempeña como docente escolar y 3) la hija de ella estudia su carrera universitaria

Se repite, así la pareja tuviese una vivienda propia que ocuparían en temporada de vacaciones cuando vienen a Colombia, su domicilio conyugal aparece radicado en Estados Unidos de América, donde convivieron, sin importar que en sus planes estuviese radicarse en Colombia o que aquí disponían de un vehículo para movilizarse durante las vacaciones, pues lo que determina el domicilio conyugal es el lugar donde la pareja vive de consuno, no donde permanecen por temporadas cortas o donde quisieran radicarse a futuro (...)

Estando claro que el último domicilio conyugal no fue en Colombia, la declaración de falta de jurisdicción y el consecuente rechazo de la demanda reclaman confirmación, pues tampoco es posible adscribir la competencia por la regla general como pasa a mostrarse».

Por esa senda, el juzgador citó un pronunciamiento emitido al respecto por esta Corporación y memoró que «repara el extremo apelante que el juez no tuvo en cuenta, cuando menos, que los consortes tenían dos domicilios, enfatizando que el ánimo de permanecer en Cartago se advierte por sus frecuentes y periódicos viajes, con la compra de los inmuebles, reservado uno para cuando vienen, además de contar con vehículos propios de transporte y haber intentado emprendimientos aquí», frente a lo cual razonó que si bien es cierto que una persona puede tener varios domicilios, «(...)la mera residencia no basta para fijar el domicilio porque, además, se requiere el ánimo de permanecer allí», aserto que sustentó en un pronunciamiento doctrinario, para después precisar que «la eventualidad en la que demandante y demandado vienen, regularmente, a Colombia (dos veces al año) y se quedan en una vivienda propia que tienen dispuesta para estos efectos no hace presumir su ánimo de permanencia ni constituye un modo de adquirir el domicilio civil, cuando está claro que esto lo hacen solo en sus viajes de vacaciones, conservando su residencia doméstica permanente en el exterior donde convivió la familia nuclear: el marido, la mujer y la hija de ella; eso es precisamente lo que advierte el art. 79 del Código Civil.

Por el contrario, y con base en el art. 80 del Código Civil, en este caso debe presumirse que ambos tienen el ánimo de permanecer en Estados

Unidos de América, por el hecho de laborar -ambos- allá hace varios años, él como contratista independiente y ella como profesora escolar; incluso, los mismos refirieron tener su estatus migratorio regularizado, siendo él ciudadano y ella residente de esa nación extranjera, por lo que es allí donde se presume su domicilio, conforme lo determina el art. 82 ib (...)

Quede claro: la profesión de docente escolar y el oficio de electricista demandante y demandado las ejercen respectivamente en el exterior, por lo que a voces del art. 78 del C.C., eso "determina su domicilio civil o vecindad"».

De lo antelado resaltó que, «venir de vacaciones a Colombia y quedarse en casa propia no constituye ánimo de permanencia, ni siquiera puede estimarse como el asiento principal de sus negocios, pues los litigantes se dedican a la prestación de servicios de mantenimiento eléctrico y docencia, los que cumplen en el exterior, siendo la única actividad productiva que tienen en Colombia el alquiler de una casa que no administran personalmente».

Finalmente, el Tribunal concluyó que había lugar a confirmar la decisión de primera instancia, con sustento en el siguiente recuento: «1) como los cónyuges de consuno se fueron a vivir a los Estados Unidos de América, donde convivieron hasta su separación, ese es el domicilio conyugal, conforme lo determina el art. 163 del C.C.; 2) dado que en el exterior es donde demandante y demandado ejercen habitualmente la profesión de docente y el oficio de electricista, esto determina su domicilio civil o vecindad, bajo las precisiones del art. 78 ib.; 3) a partir del art. 79 de la misma obra, quien habite casa propia en Cartago por temporadas, esto es, dos veces al año, no hace presumir el ánimo de permanecer ni se adquiere domicilio, porque esa condición no muda su hogar doméstico en el extranjero donde reside la familia nuclear: el marido, la mujer y la hija de esta; 4) en los términos del art. 80 siguiente, se presume que el ánimo de permanecer se enmarca en el exterior donde la demandante ha aceptado el empleo fijo de docente escolar y en el que el demandado labora independientemente como electricista, sin que se pueda inferir lo mismo por el hecho de tener en Colombia una casa en arriendo que no administran personalmente; 5) Con base en lo dispuesto en el art. 81 ib., cuando el matrimonio decidió -de consuno- radicarse en el exterior no conservaron per se domicilio civil en Colombia; 6) la presunción de domicilio en el exterior se refuerza, en el marco del art. 82 del C.C., porque ambos tienen estatus migratorio regular, siendo él ciudadano y ella residente de ese país, de allí que antes esas autoridades declararon el ánimo de permanecer en Estados Unidos de América.

Todo lo anterior sin olvidar que la accionante, además de reconocer que actualmente reside en el exterior, indicó en su demanda dos direcciones en Cartago como si fueran la residencia de ambos en Colombia y en las declaraciones de todos los testigos y las propias partes se comprobó que allí ni viven ni han residido como pareja, pues solo son las viviendas de unos familiares de ambos.

Suficiente lo expuesto para concluir que los demandados ni tuvieron como domicilio conyugal anterior la ciudad de Cartago, ni allí fijaron domicilio civil y menos residencia; por lo que, en estos términos, es patente la falta de jurisdicción de los jueces colombianos para resolver sobre el divorcio de dos nacionales, casados en Colombia, pero que hace muchos años fijaron su residencia permanente y su domicilio civil y conyugal en el exterior, precisamente donde se separaron de hecho».

4. Bajo este panorama concluye la Sala la procedencia del amparo solicitado, porque lo definido por el Tribunal convocado inobservó las pruebas de la existencia de doble domicilio de los extremos del litigio, en Colombia y en el extranjero, lo que habilita al juez nacional para conocer del proceso.

4.1. En la decisión cuestionada el Tribunal accionado estableció que la pareja tiene domicilio conyugal y civil en los Estados Unidos de América, tras determinar que inmediatamente contrajeron matrimonio en Colombia, viajaron y allá establecieron de consuno su hogar, sitio donde desarrollan sus actividades económicas y cuentan con estatus legal, la demandante de residente y el demandado de ciudadano, lo que permite establecer su ánimo de acercarse en el país del norte del continente, en aplicación de los artículos 76 y siguientes del Código Civil.

Esta conclusión no merece reproche alguno en este escenario por haber sido extraída del análisis de las pruebas y el atendible entendimiento de las normas que rigen el caso particular, en especial, resalta la Sala, el artículo 163 del Código Civil, subrogado por el artículo 13 de la Ley 1ª de 1976, que establece que «el divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero se regirá por la ley del domicilio conyugal. Para estos efectos, entiéndase por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, se reputa como tal el del cónyuge demandado», lo que entraña una auténtica norma de derecho internacional privado, en la que el régimen familiar colombiano, «...por regla general, defiere a la legislación extranjera “el divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero”, cuando quiera que los cónyuges tuviesen su último domicilio conyugal en el exterior -esto es, por la ley del lugar donde los cónyuges vivían de consuno y, en su defecto, el del lugar del cónyuge demandado

(art. 13, Ley 1° de 1976)-...», de ahí que la legislación «...reguladora de la procedencia, causa, procedimiento y clase de divorcio (incluyendo en éste, el divorcio por mutuo acuerdo y el divorcio contencioso)» (CSJ., 13 oct. 1999, exp. 7298), será la del domicilio conyugal.

4.2. Empero, no ocurre lo mismo con la conclusión de que también se descartaba el domicilio en Colombia, pues, obra en el expediente sustento de que los extremos, si bien son propietarios aquí de un predio amoblado que solo ocupan cuando vienen al país, ello, aunado a que son dueños de otro inmueble que dedican exclusivamente a arrendarlo, y a la evidenciada actitud de mantener sus vínculos con Colombia, permite en este caso hablar de un doble domicilio, como pasa a exponerse.

4.3. El Código Civil define al domicilio en su artículo 76 como la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella, es un atributo de la personalidad y tiene por objeto vincular a una persona con el lugar donde habitualmente tiene sus principales intereses personales, familiares y económicos, es decir, es el "asiento jurídico de una persona".

Ha dicho la Sala que, «queda mejor perfilada la idea de domicilio si se ve en ella, como advierte el francés Zacharie y lo ratifican numerosos expositores, una "(...) relación jurídica existente entre una persona y el lugar en que esta persona se reputa presente en cuanto al ejercicio de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones, aunque no se encuentre allí en un momento dado, o que ni aún resida en él habitualmente".

[1: ZACHARIE, Carl Salomo. Cours de Droit Civil Francais. T. I. §141.][2: CHACÓN, Jacinto. Exposición Razonada y Estudio Comparativo del Código Civil Chileno. Casa Editorial de JJ Pérez. Bogotá. 1895. Pág. 59; CHAMPEU, Edmond/URIBE, Antonio José. Derecho Civil Colombiano. Tomo I. De las Personas. Librairie de la Societé du Recueil Général des Lois et des Arréts. Paris. 1899. Págs. 107; MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Editorial ABC. Bogotá. 1978. Pág. 36; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá. 1962. Pág. 172; Cfr. MATTIROLO, Luis. Tratado de Derecho Judicial Civil. Tomo I. Trad. al castellano de Eduardo Ovejero y Maury. Editorial Reus. Madrid. 1930. Pág. 562; CLARO SOLAR, Luis. Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I. De las Personas. Imprenta El Imparcial. Santiago. 1942. Págs. 193 y ss.] (...)

Es un hecho perceptible por los sentidos fácil de demostrar por cualquiera de los medios de prueba que trae la ley de enjuiciamiento. Como dice Luis

F. Borja, es "el asiento real, el asiento de hecho de la persona (...) que está en el lugar donde ella mora ordinariamente"» (AC1218-2019). [3: Cfr. CSJ SC del 26 de julio de 1982; también: CSJ SC del 31 de agosto de 1936.] [4: BORJA, Luis F. Estudios sobre el Código Civil Chileno. Tomo II. A. Roger y F. Chernoviz Impresores-Editores. Paris. 1901. Pág. 115.]

La Corte ha reiterado invariablemente que el concepto comporta «dos elementos fundamentales: 1. El objetivo, consistente en la residencia, alusiva al vivir en un lugar determinado, hecho perceptible por los sentidos y demostrable por los medios ordinarios de prueba. 2. El subjetivo, consistente en el ánimo de permanecer en el lugar de la residencia, aspecto inmaterial que pertenece al fuero interno de la persona, acreditable por las presunciones previstas por el legislador» (entre otros AC1024-2021),

Sobre la precitada temática en sede de recurso extraordinario de casación se precisó en pretérita ocasión que, «según el artículo 76, la especie de domicilio denominado real, voluntario o de adquisición, "consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, de permanecer en ella". Dos son, pues, los elementos que integran esta especie de domicilio civil, a saber: el corpus y el animus-.

La residencia, es decir, el hecho de vivir en un lugar determinado, o sea el elemento material, como hecho perceptible por los sentidos es fácil de demostrar por varios de los medios probatorios, testimonios, inspecciones judiciales, etc.

Dijo la Corte en 1936: "El primero de los referidos elementos es fácil de establecer. Se trata de un hecho material y tangible que cae bajo el dominio de los sentidos y se prueba sin dificultad por consiguiente. No acontece lo propio con el segundo de dichos elementos: el ánimo de permanecer en el lugar de la residencia". ¿Cómo puede alguien probar cuál es el ánimo de una persona? ¿Qué desea ciertamente? Ello pertenece a su fuero interno y establecer la verdad es legalmente imposible. No se puede esculcar el alma de nadie para ver de probar legalmente lo que está deseando.

Ante tan absoluta imposibilidad probatoria el Código estableció que el ánimo puede ser presunto. Sobre el particular agregó la Corte en fallo citado, "Por eso el legislador se vio obligado a entrar en el terreno de las presunciones, y al efecto —sobre la base de que el ánimo puede ser real o presunto— estableció: Que dicho ánimo se prueba: a) Por la manifestación expresa que se haga ante el respectivo prefecto o corregidor. b) Por las presunciones establecidas en los artículos 79 y

siguientes, que son presunciones legales que admiten prueba en contrario.

Según esos textos legales se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar: Por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; Por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de los que regularmente se conceden por largo tiempo; por otras circunstancias análogas. Y, por el contrario, no se presume este ánimo por el hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, en los siguientes casos:

Si tiene en otra parte su hogar doméstico; Si por otra circunstancia aparece que la residencia es accidental. El artículo 81 —que en realidad era innecesario— propiamente no consagra presunciones, sino que se limita a sacar una consecuencia necesaria de los principios antes expuestos, a saber: que el domicilio no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, si conserva su familia y el asiento principal de sus negocios en el lugar anterior.

Los otros dos textos aludidos (artículos 78 y 80) -no está por demás repetirlo— sólo contienen presunciones sobre la existencia o no existencia del ánimo de permanecer o avecindarse en un lugar, pero sobre la base de que dicho ánimo no es de por sí bastante para el cambio de domicilio, sino que necesita estar acompañado del otro elemento ya mencionado, la residencia en un lugar determinado» [5: CSJ SC del 26 de julio de 1982.]

4.4. Sobre el doble avecinamiento, el artículo 83 del Código Civil señala que «cuando ocurran en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo», norma que si bien posibilita la figura en comento y considera que puede darse dentro del territorio nacional, nada refiere al evento en el que se presente un domicilio en el país y otro en el extranjero, pese a ser sin duda posible, eventualidad ésta que, se resalta, la legislación colombiana no prohíbe.

Sí explicita la norma en comento como requisito para que se presente la duplicidad de domicilios, que se cumplan las circunstancias constitutivas de domicilio civil, esto es, las señaladas en los artículos 77 y siguientes del Código Civil, a que se aludió y fueron analizadas en el pronunciamiento jurisprudencial acabado de citar.

4.5. Bajo este panorama, si bien es cierto y en ello coincide la Sala con la Colegiatura accionada, que por disposición del artículo 79 del Código Civil, en el asunto auscultado no puede presumirse el ánimo de la actora y su cónyuge de permanecer en Colombia, ni por ende de adquirir domicilio civil en el país, por el solo hecho de que son dueños aquí de una vivienda que ocupan de manera periódica, a la par que se determinó que tienen su domicilio conyugal en los Estados Unidos de América, existe prueba en el expediente de que aquellos cuentan con otro inmueble que dedican permanente y únicamente a arrendar para obtener unos ingresos adicionales, lo que encuadra en el requisito de tener un establecimiento durable destinado exclusivamente para explotación económica, de aquellos que hacen presumir el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, en los términos del artículo 80 del Código Civil, y, del mismo modo, obran otras pruebas del fuero interno de los extremos del litigio, que develan su ánimo de permanecer y avecindarse en Colombia.

La existencia y destinación de ese segundo bien, descarta la presunción negativa de domicilio del artículo 79 ibídem, y abre el camino para dejar claro el ánimo de los cónyuges de avecindarse en el país, ya que en este caso el hecho está acompañado de la prueba de la actitud de éstos de no desligarse completamente del territorio, evidenciada no solo en el hecho de venir de forma recurrente y sostenida a un inmueble de su propiedad, específica y únicamente destinado para sus arribos, sino también porque han escogido el país para: llevar a cabo celebraciones familiares (como navidades, festividades de fin de año y la fiesta de 15 años de la hija de la demandante), intentar abrir varios negocios, y abiertamente querer radicarse exclusivamente aquí en el futuro, para jubilarse, tanto así que admiten que sus actuales esfuerzos económicos en el extranjero los han encaminado a lograr tal cometido, lo que en suma muestra el ánimo de tener y conservar el domicilio en Colombia.

Queda así develado el querer de los extremos de tener a Colombia como su otro domicilio, y establecerlo puntualmente en el municipio de Cartago, Valle del Cauca, donde se ubican tanto la residencia que ocupan al venir al país, como el inmueble que dedican a explotación económica, además de ser el sitio donde a lo largo de los años han desarrollado el conjunto de actividades antes enlistadas, que terminaron de develar su intención de avecindarse en dicha ciudad.

4.6. En este orden de ideas, ante la multiplicidad de domicilios verificada en el caso, era potestad de la actora optar por cualquiera de ellos para reclamar la solución de su vínculo matrimonial, sin que el juez pudiera interferir o variar la escogencia.

5. Se presenta además la particularidad, de que la demandante afirma no contar con recursos económicos para afrontar el litigio en los Estados Unidos de América, donde no tiene bienes o algún otro activo que le permita respaldar los costos del mismo, siendo de resaltar que el único bien evidenciado como de propiedad de la pareja ubicado en dicho país, y que correspondía a su vivienda familiar, se perdió en un incendio, lo que llevó a establecer el último lugar de habitación de los cónyuges en un inmueble arrendado, circunstancia que deja en evidencia las dificultades que representaría para la actora el elevar sus pedimentos ante el juez extranjero, cuando es posible que el asunto se asuma en Colombia, no solo en garantía de su derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de la demandante, sino también en procura de eliminar la desventaja que para ésta involucran las consecuencias de la decisión cuestionada.

Esta particular situación de desventaja para la actora, sin que lo mismo pueda predicarse de su cónyuge por el hecho de que el juicio se lleve en Colombia, avocaba al juez a analizar la prueba desde una perspectiva garantista de los derechos de aquella, correspondiente con su particular situación y condición, lo cual no se observa sopesado en la decisión criticada, motivo adicional para la intervención del juez de tutela, para que el caso sea asumido por la justicia nacional, pues, «juzgar con perspectiva de género es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa.

(...) “Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar.

“Discriminación de género, entonces, es acceso desigual a la administración de justicia originada por factores económicos, sociales, culturales, geográficos, psicológicos y religiosos, y la Carta Política exige el acceso eficiente e igualitario a la administración de justicia; por tanto, si hay discriminación se crea una odiosa exclusión que menoscaba y en ocasiones anula el conocimiento, ejercicio y goce de los derechos del sujeto vulnerado y afectado, lo que origina en muchas ocasiones revictimización por parte del propio funcionario jurisdiccional.

“Es muy común encontrar problemas de asimetría y de desigualdad de género en las sentencias judiciales; empero, no se puede olvidar que una sociedad democrática exige impartidores de justicia comprometidos con el derecho a la igualdad y, por tanto, demanda investigaciones, acusaciones, defensas y sentencias apegadas no solo a la Constitución sino a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales aceptados por Colombia que los consagran” (negrilla del texto original). [6: CSJ STC, 21 feb. 2008, rad. 207-00544-01. Reiterada en fallos de 28 may. 2019, rad. 2019-00131-01; 22 jul. 2020, rad. 2020-00070-01; 11 nov. 2020, rad. 2020-02944-00; y 18 dic. 2020, rad. 2020-03320-00.]

6. Total que, por la posibilidad de la actora de escoger entre los dos domicilios que tienen ella y su cónyuge, en Colombia y en los Estados Unidos de América, aunado a las dificultades que en el caso particular le representaría a aquella acudir a la justicia extranjera a exponer su caso, se justifica que sea el juez nacional quien asuma el litigio, situación que, al así no haber sido advertida por el estrado cognoscente, justifica la intervención sobre el particular de la justicia constitucional.

7. En consonancia con lo expuesto, se accederá a la protección reclamada.

PARTE RESOLUTIVA: En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, concede el resguardo solicitado. En consecuencia, dispone:

Primero: Ordenar a la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la fecha en la cual le sea devuelto el expediente del proceso verbal de divorcio que Maritza Galeano Victoria promovió contra Rómulo Gutiérrez Osorio, deje sin efecto el proveído de 25 de marzo de 2022, mediante la cual resolvió el recurso de apelación contra lo decidido el 23 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Cartago, y las actuaciones que dependan de aquella, y en un

término no superior a diez (10) días, emita una nueva providencia, teniendo en cuenta las consideraciones contenidas en la parte motiva de este fallo.

Por Secretaría remítasele copia de esta determinación.

Segundo: Ordenar al Segundo Promiscuo de Familia de Cartago, Valle del Cauca, remitir de inmediato al Tribunal acusado y en un término no superior a un día, el expediente del proceso declarativo antes individualizado, para que dicha Colegiatura dé cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal anterior.

Tercero: Comuníquese por el medio más expedito a los interesados y, si la decisión no es impugnada, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

SALVAMENTO / ACLARACIÓN / ADICIÓN DE VOTO: SALVAMENTO DE VOTO: LUIS ALONSO RICO PUERTA
SALVAMENTO DE VOTO: FRANCISCO TERNERA BARRIOS
ACLARACIÓN DE VOTO: HILDA GONZÁLEZ NEIRA
ACLARACIÓN DE VOTO: MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
