



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado Ponente

SC15573-2016

Radicación n.º 11001-02-03-000-2009-01109-00

(Aprobada en sesión de catorce de septiembre de dos mil dieciséis)

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Se decide el recurso de revisión interpuesto por Germán Henao Fernández respecto de la sentencia de 27 de junio de 2007, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Familia, en el proceso verbal de divorcio de Silvia Marcela Murcia Barragán contra el recurrente.

I. ANTECEDENTES

1. En el proceso citado, conocido en primera instancia por el Juzgado 11 de Familia de Medellín, la allí demandante solicitó el divorcio del matrimonio que había contraído con el recurrente, y, en consecuencia, se disuelva y ordene la liquidación de la sociedad conyugal, se le deje a ella la custodia de los hijos menores, Esteban y Mabel, se imponga al demandado la obligación de alimentos a favor de estos y de aquella por razón de la causal de divorcio, entre otros pronunciamientos.

Como causales de divorcio Silvia Marcela exhortó: grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y padre, así como la separación de hecho por más de dos años. En el sustento fáctico de la demanda, promovida en septiembre de 2006, se anotó, en síntesis, que los cónyuges contrajeron matrimonio civil en agosto de 1996, en la ciudad de Santa Marta, que procrearon dos hijos; por último que el demandado se ausentó del hogar desde 1999, sin tener con él ninguna comunicación personal escrita o telefónica por más de cuatro años. Se agregó que la demandante desconocía el domicilio y lugar de trabajo del enjuiciado, pues la última vez que hablaron le comentó que estaba en Londres (Inglaterra).

2. Sin oposición del emplazado, representado por curador ad litem, el juzgado accedió a las pretensiones mediante sentencia que, en trámite de consulta, fue adicionada por el Tribunal de Medellín, en el sentido de privar al demandado de la patria potestad respecto de sus menores hijos, y, en consecuencia, dejar radicada en la actora la autoridad parental, sin que dicha sanción exonere a aquel de los deberes como padre, aunque conserva el derecho de visitarlos.

II. EL RECURSO DE REVISIÓN

Dijo apoyarse el recurrente, en las causales primera y séptima de revisión.

Para la primera afirmó, en resumen, que con el conocimiento de su cónyuge, Silvia Marcela Murcia Barragán, él viajó a Londres (Inglaterra) en 2000, fue detenido el 23 de octubre de ese año en la isla de Wight de ese país, procesado y condenado a 13 años de prisión, y 15 meses por no poder pagar una multa, los cuales cumplió en varias prisiones, hasta que obtuvo la libertad el 26 de febrero de 2008, previo descuento por trabajo y estudio.

Anotó que lo expuesto por Silvia Marcela en la demanda de divorcio no era cierto, porque conforme a las pruebas que allegan con este recurso, él nunca desatendió a sus hijos, porque no dejó de llamarlos, comunicarse con ellos, vivieron en una casa de su propiedad y subsistieron con los bienes que dejó en Colombia.

Tampoco fue cierta la separación de hecho y falta de comunicación por siete años, pues hay pruebas que demuestran que la ausencia fue desde octubre de 2000, no desde 1999, por fuerza mayor; además de que la relación sentimental se mantuvo por varios años. Hay documentos que demuestran una realidad distinta a la aducida en la demanda de divorcio, y se aportan, como las fotografías de los hijos comunes que Silvia Marcela le envió al lugar de reclusión, con escritos al respaldo de puño y letra de ella, cartas de él a David Henao Saldaña, su hijo de una unión

anterior, cartas de su abogado en Inglaterra, David Lancaster, quien también le informó que se comunicó en varias ocasiones con Silvia Marcela, de manera que ésta mintió, al manifestar que no tenían ninguna relación desde hacía varios años y que desconocía dónde se encontraba para notificarle la demanda de divorcio.

En relación con la causal séptima agregó que pese a tener Silvia Marcela pleno conocimiento de dónde él estaba, pues se comunicaban con frecuencia, en la demanda de divorcio se manifestó desconocer el domicilio o lugar de trabajo de él, *«pero la última vez que él se comunicó con mi mandante le informó que se encontraba en Londres (Inglaterra)»*, afirmación falsa porque ella sabía la penitenciaría en que él se encontraba, ya que dialogaban de forma constante, se enviaban cartas, fotografías, e igualmente había trato con sus familiares, entre ellos, con su hijo David Henao Saldaña. De esa manera, Silvia Marcela buscó sacar provecho de la ausencia obligatoria de su cónyuge, pues faltó a la verdad y engañó a la jurisdicción, al decir que desconocía el domicilio de aquel.

3. Notificada la demandada en este asunto de revisión, por medio de aviso, guardó silencio, aunque después promovió una solicitud de nulidad por indebida notificación, que fue denegada por providencia que se encuentra en firme.

4. Surtidas las etapas correspondientes se corrió traslado para alegar, oportunidad en que el actor en revisión, presentó escrito reiterativo de los argumentos en que se fundó la demanda.

III. CONSIDERACIONES

1. Con arreglo a las pautas de transición traídas en los artículos 624 y 625, numeral 5°, del Código General del Proceso, a este recurso de revisión deben aplicarse las normas del Código de Procedimiento Civil, visto que el mismo fue interpuesto en vigencia de este último.

Eso porque el nuevo ordenamiento entró en vigor el 1° de enero de 2016 (artículo 1° del Acuerdo PSAA15-10392 de 2015), pero los recursos se gobiernan por las reglas en uso cuando se presentan, acorde con el antedicho artículo 624, que modificó el 40 de la ley 153 de 1887, bajo cuyo texto las reglas sobre *«sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir»* (inciso 1°), y agrega en el inciso segundo que no obstante, **«los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones»** (se resaltó).

Norma de transición reiterada en el artículo 625 *ibídem*, que tras fijar los mandatos especiales para el tránsito de algunos procesos, recalcó que sin perjuicio de lo anotado en los numerales anteriores, **«los recursos interpuestos»** y demás actuaciones ya transcritas, *«se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos,...»* (numeral 5).

De ahí que como este recurso fue instado cuando regía el Código de Procedimiento Civil, deben seguirse aplicando las reglas del mismo.

2. Ha reiterado la Sala que el recurso de revisión es un remedio procesal extraordinario y dispositivo, habilitado para casos de excepción en que es forzoso morigerar los efectos de la cosa juzgada material de las sentencias judiciales (*res iudicata pro veritate habetur*), con el fin de que quien tenga interés jurídico en concreto, solicite «*el reexamen de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, siempre que se presente uno cualquiera de los nueve casos enumerados de modo taxativo por el artículo 380 del C. de P. C. y con el exclusivo fin de proseguir el proceso para que pueda fallarse conforme a los dictados de la justicia y respetando, en su esencia, la garantía del debido proceso cuando ésta ha sido quebrantada*». Todo porque la presunción de verdad de la cosa juzgada, requerida para la seguridad jurídica, «*no puede mantenerse cuando, con posterioridad a la producción de la sentencia y con el carácter de auténtica novedad decisiva, aparece un hecho o circunstancia que por sí solo y de manera concluyente demuestra la ostensible injusticia del pronunciamiento, situación esta que la ley encara mediante el recurso de revisión*». (Sentencia No. 237 de 1° de julio de 1988, CXCII, Número 2431, págs. 7 y ss.).

Pero desde luego que, dada su pertenencia a los mecanismos extraordinarios de defensa, el recurso de revisión se caracteriza por su procedencia restringida a determinadas providencias judiciales, durante un lapso de tiempo definido y por los motivos expresamente previstos en

la ley (causales restringidas), de tal manera que no resulta hacedero para replantear la litis ya definida, o controvertir las razones fácticas o jurídicas esbozadas en la decisión impugnada, como así ha decantado desde antaño la jurisprudencia (Sentencia de 10 de diciembre de 1936, G.J. Núm. 1920, pág. 652).

En compendio, el recurso de revisión es para casos de excepcional gravedad, *«...en que la parte interesada ha estado jurídicamente imposibilitada para defenderse»*, pero de ninguna manera es para darle entrada *«a una deficiente defensa en el primer litigio; se trata siempre de circunstancias que han sobrevenido después del fallo y que, por ende, no pudieron entonces ser conocidas y alegadas...»* (Sentencia No. 237 de 1° de julio de 1988, ya citada).

3. Revisado el presente asunto, de inmediato queda al descubierto que al recurrente le fueron violentadas las garantías básicas del derecho de defensa, en el proceso de divorcio seguido en su contra, por haber acaecido allí el evento de falta de notificación y emplazamiento en debida forma, conforme a la causal séptima del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, a la sazón vigente, motivo suficiente para invalidar la actuación, sin que sea menester entrar en los pormenores de la otra causal invocada.

Ocurrió que a la hora de su vinculación al proceso se cayó en falencia originada en la información que la entonces demandante suministró para esos efectos, pues comprobado quedó en este trámite que ella sabía, a ciencia cierta, cuál era el lugar de ubicación del recurrente para que pudiera ser enterado del proceso, no obstante que se decidió por el atajo

de ocultar esa circunstancia, y así tomar el sendero facilista de seguir la tramitación a espaldas del mismo.

4. Justamente, como se adelantó, en la demanda de divorcio, presentada el 12 de septiembre de 2006, expresó la parte demandante que el demandado estaba ausente, sin ninguna comunicación «*en los últimos cuatro (4) años*», porque se desconocía su domicilio y lugar de trabajo y que la última vez, él le comunicó a la actora que estaba en Londres (folio 7 del cuaderno ppal. de ese proceso), y en el aparte de notificaciones, se solicitó su emplazamiento (folio 19 ibidem).

Se precisó luego de la inadmisión de la demanda, que las causales invocadas eran: el grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y padre del encausado, como también la separación de hecho por más de dos años, que venía desde 1999, «*la cual se ha vuelto completa y total desde el 2002 por cuanto no ha habido ningún tipo de comunicación entre ellos*», a más de que aquel desde 1999 «*se ha desentendido completamente de sus obligaciones y deberes como marido y padre*» (folio 12 de ahí mismo).

Con todo, las pruebas aducidas en este procedimiento extraordinario, que se glosan luego, demuestran que la realidad era distinta, examinado que si bien hubo separación de hecho entre los consortes, fue por la detención y condena del marido en país extranjero, hecho conocido por la mujer, a más de que había comunicación entre ellos, por correo y por vía telefónica.

4.1. Entre los medios de convicción que sobre el punto hay, pueden citarse las fotografías de los menores hijos

comunes que, según se afirmó en la demanda de revisión, fueron remitidas por la aquí enjuiciada al recurrente a su lugar de cautiverio, con notas de puño y letra de ella.

En el reverso de las mismas se lee: «*Amorcito: esta fue en Semana Santa que los lleve unos días a Cartagena*» (folio 40 del cuaderno de revisión); «*Mi vidita: 02-21A. Esta es una foto como la que tenía Esteban envejecida como Dama Antigua*» (folio 42 ídem); «*Amor: Ella fue la reina del carnaval del 2003 en el Colegio IDPHU*» (folio 43); «*Amorcito: Cumpleaños del 30 de Julio del 2002 cumplió 7 años “Amorcito”*» (folio 44); «*Amorcito: 31 de octubre del 2002 en el colegio IDPHU el día de las brujitas*» (folio 45).

Esos documentos, a estas alturas, deben tenerse por auténticos y son prueba suficiente de la comunicación que había entre ellos, pues habiéndose afirmado que fueron manuscritos por la convocada a este trámite, al no haberse impugnado tuvieron el reconocimiento implícito preceptuado en los artículos 252, numeral 3, y 276 del Código de Procedimiento Civil.

4.2. Están varias declaraciones recibidas por despacho comisorio que diligenció el Juzgado 02 de Familia de Santa Marta.

Así, Germán Jesús De La Rosa Pacheco declaró que conoció al recurrente y Silvia Marcela viviendo como pareja, por cuanto trabajó en la fábrica que el primero tenía en Santa Marta, quien un día se fue de viaje, y la Sra. Marcela le dijo que estaba preso y no volvería. Explicó que le consta que el aquí querellante llamaba a Marcela y le escribía, desde el

lugar de reclusión en el exterior, y en general que ella sabía dónde estaba aquel (folios 204 a 206 de la revisión).

David Henao Saldaña, hijo del recurrente, quien narró en forma pormenorizada que cuando su padre viajó a Gran Bretaña estuvo detenido en algunas cárceles de allá, pero se comunicaba constantemente con él, con la demandada Silvia Marcela Murcia y los hijos de aquél con ésta, quien estaba enterada de la reclusión de su marido, así como de los lugares en que se encontraba (folios 207 a 209).

En torno a la cercanía de este declarante con el reclamante, por ser su hijo, cabe anotar que analizada su versión con la estrictez que para estos eventos aconseja la sana crítica, se mantiene la credibilidad en lo básico, esto es, que la reclusión de aquel era conocida por toda la familia, incluyendo la cónyuge, así como la comunicación que entre todos mantuvieron durante ese tiempo, a más de que el deponente expuso las situaciones de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los hechos que informó.

4.3. También se allegaron las copias de una actuación penal seguida por la Fiscalía Local de Santa Marta, donde obra la declaración de indagatoria de Silvia Marcela Murcia, previo decreto probatorio en este trámite y orden de agregación al expediente (auto de 4 de julio de 2013, folio 458 del expediente de revisión). En esa ocasión la implicada rindió explicaciones sobre lo sucedido con su marido, el recurrente, quien fue detenido y condenado en Londres, dejó ver que se comunicaba con él, y respecto de los hechos allí debatidos, expresó, entre otros temas, que él la llamó desde allá: *«Otra cosa es que el domingo 5 de septiembre me llamó mi*

esposo de Londres y le comento (sic) que hoy martes tenía que venir a una indagatoria...»; día que debe entenderse fue de 2004, por la fecha en que declaró (folios 307 a 309 del cuaderno de revisión).

5. Esas circunstancias acabadas de comentar, por sí solas, permiten ver la grave falencia ocurrida en el proceso de marras, puesto que la allí actora afirmó el desconocimiento del paradero del demandado, a pesar de que sí lo sabía, motivo que conllevó a su emplazamiento de manera indebida y, por ahí derecho, a que el proceso ingresara en el ámbito de la causal de revisión bajo estudio, vale decir, en nulidad por falta de notificación o emplazamiento en debida forma, con clara percusión en el derecho de defensa del enjuiciado, que así, no pudo ejercer la contradicción como correspondía.

Por demás, para completar la estructuración del estudiado motivo de invalidez, carece de evidencia alguna un posible saneamiento de la nulidad, pues a juzgar por el expediente revisado, el proceso de divorcio se tramitó y finiquitó a mediados de 2007, sin aparecer que el inconforme hubiese participado durante su tramitación.

Agrégrase a lo apuntado que no se expiden copias por la presunta comisión de ilícitos en la actuación de la actora dentro del proceso de divorcio, por sustracción de materia, debido a que desde la demanda de revisión se anunció por el recurrente que se había instaurado la correspondiente denuncia penal, *«por fraude procesal y falsedad testimonial»* contra aquella, según trámite que se adelanta en oficinas de la Fiscalía de Medellín (folio 99 del cuaderno de revisión).

6. De manera que el recurso será despachado favorablemente, con condena en costas para la aquí demandada, de acuerdo con el artículo 392, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil.

No habrá condena en costas a la parte demandante del proceso revisado, de acuerdo con el último inciso del artículo 146 del mismo estatuto, por no aparecer causadas allí para el ahora recurrente.

IV. DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **resuelve:**

Primero.- Declarar fundado el recurso de revisión invocado por Germán Henao Fernández respecto de la sentencia de 27 de junio de 2007, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Familia, en el proceso verbal de divorcio de Silvia Marcela Murcia Barragán contra el recurrente.

Segundo.- En consecuencia, declarar la nulidad de lo actuado en el referido proceso, a partir de la actuación subsiguiente al auto admisorio de la demanda.

Tercero.- Ordenar la cancelación del registro que de la sentencia anulada se hubiere hecho en oficinas notariales y registrales.

Por el juzgado de primera instancia se expedirán las órdenes, constancias, comunicaciones y demás instrucciones para el cabal acatamiento de lo aquí resuelto.

Cuarto.- Condenar en costas del recurso extraordinario a la aquí demandada, Silvia Marcela Murcia Barragán. Para su valoración el magistrado ponente fija la suma de \$3'000.000 como agencias en derecho.

Quinto.- Devuélvase el proceso revisado al despacho judicial de origen, con copia de esta providencia y las constancias pertinentes sobre el resultado de este recurso, y en su oportunidad archívese el expediente que recoge la actuación surtida ante esta Corporación.

ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

(Ausencia justificada)

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA