

bros la felicidad y la salud de los hogares!—Pongamos una cortapisa al mal.

Abordemos el problema de una manera franca y decidida.—Vulgaricemos el conocimiento de esos males en su origen, y no guardemos para conocerlos, sus consecuencias.

Si el Curador puede negar su consentimiento al pupilo para contraer matrimonio, cuando de éste puede tomarse "grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia, o de la prole", por qué razón el Estado no puede constituirse en Tutor o Curador de toda persona, mayor o menor de edad, para impedirle la celebración de un matrimonio que le trae como consecuencia a esa persona grave peligro para su salud o la de su prole?

Una legislación que protege la vida del que está por nacer, pero no se preocupa de que esa vida se radique en un cuerpo sano, es tan inconsecuente como aquella que, no castigando el homicidio, estableciera fuertes sanciones para aquellos que perturbaran la paz de los cadáveres.

Para hombres eruditos y científicos sería difícil, en una humilde conferencia como esta, abarcar todas las facetas del problema.—Para el conferencista, lego y mal preparado, dedicado ordinariamente a otras actividades, resulta completamente imposible.

Por hoy me concreto, Honorables Socios, a lanzar la idea a la consideración del Centro; suplico a todos vosotros, los que simpaticéis con ella, la estudiéis y le hagáis una efectiva propaganda por medio de la Prensa, ya por el sistema de conversaciones, y, en fin, por todos los medios que tengáis a vuestro alcance.

Si hoy no logramos la implantación de la medida que propongo, puede que la logremos mañana; y si mañana nó, ese otro día o el de más allá.

Os invito a luchar por la realización de este ideal; y tened presente, nobles compañeros, que si trabajáis por ella, defendéis una causa justa, en que ocupa el banco de los acusados la misma HUMANIDAD!

OBdulio GOMEZ.

De la presunción de muerte por desaparecimiento.

Cuando un individuo ha dejado de parecer en su domicilio y no ha dado noticia de su paradero, se introduce una modificación en el régimen de sus bienes. A medida que la ausencia se alargue las probabilidades de que el ausente haya muerto aumentan, y se hace necesario proveer a la conservación y administración de sus bienes como si realmente hubiera muerto.

Hay que armonizar los intereses del ausente, que piden que, en caso de regreso, los bienes le sean vueltos como los dejó; los de los sucesores del ausente, que no deben ser defraudados en sus esperanzas por una espera indefinida; y los de la sociedad

en general, que exige que la propiedad sea estable, y que la circulación de los bienes no tenga trabas. En armonizar estos intereses con la mayor equidad estará la perfección de la legislación en este punto.

El primer cuerpo de leyes que trató ordenadamente esta materia fué el Código Napoleón de 1.804. El Código Chileno que vino más tarde realizó sobre él un progreso considerable, y luego vinieron los códigos de la R. Argentina, del Brasil y de Alemania, que dan aún otro paso adelante.

El estudio de este punto según nuestra legislación se puede dividir así: mera ausencia, declaración de muerte presunta, posesión provisoria, posesión definitiva, derechos eventuales del desaparecido y acciones subordinadas a su muerte, y efectos del reaparecimiento.

MERA AUSENCIA. Durante este período se tiene sólo en cuenta el interés del ausente, que se supone puede venir de un momento a otro. En consecuencia se le nombra un curador a sus bienes, caso de no tener quien cuide de ellos (Art. 561 y siguientes).

En nuestro Código se hace caso omiso del hecho de haber dejado o no procurador el ausente, para el efecto de declarar la muerte presunta. El Francés dispone que se alargue la mera ausencia cuando existe este procurador. Creemos que la razón asiste a nuestro Código, pues el hecho de haber provisto una persona a sus intereses antes de partir, y luego haberlos abandonado hasta no volver a dar noticia de su paradero, debe inclinarse a pensar que ha muerto. Si se tratara solamente de declararlo ausente (es decir, que deja de cuidar de sus bienes), como en el Código Francés, el caso sería distinto.

MUERTE PRESUNTA. Transcurridos dos años desde que no se ha tenido noticia del ausente, se le presume muerto con arreglo a las disposiciones siguientes, algunas de las cuales, por ser de orden procesal, no debieran estar en el Código Civil:

Art. 97 N° 1°. «La presunción de muerte debe declararse por el Juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el territorio de la nación, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido, a lo menos dos años».

2°. «La declaratoria de que habla el artículo anterior no podrá hacerse sin que preceda la citación del desaparecido, por medio de edictos, publicados en el periódico oficial de la nación, tres veces por lo menos, debiendo correr más de cuatro meses entre cada dos citaciones».

3°. «La declaración podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ello; pero no podrá hacerse sino después que hayan transcurrido cuatro meses, a lo menos desde la última citación.»

La expresión «cualquiera persona» se extiende a los que se encuentran, o crean fundadamente encontrarse, entre los mencionados en el Art. 106, como legatarios, fideicomisarios etc.? Creemos que sí; por los términos amplios de que se sirve el Art.

y porque interesa a la sociedad que la situación del ausente y de sus bienes se resuelva lo más pronto posible. Convendría también dar acción al Ministerio Público, como lo hace el Código Argentino.

4°. «Será oído, para proceder a la declaración y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor que se nombrará al ausente desde que se provoque la declaración; y el Juez, a petición del defensor, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que según las circunstancias convengan.»

5°. «Todas las sentencias tanto definitivas como interlocutorias, se publicarán en el periódico oficial.»

6°. «El Juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos dos años más desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido.»

Por incorrección en la redacción de este Art. se pudiera entender que sólo han de pasar dos años desde las últimas noticias para dar la posesión provisoria, cuando los dos años se deben contar desde la fecha de la muerte presunta. El Código Civil de Cundinamarca es más claro a este respecto.

En este punto está la diferencia capital entre nuestro Código y el Francés. En éste no se habla de presunción de muerte, sino de *ausencia*, de suerte que lo que entre nosotros es un hecho, allá es un derecho. De no presumir la muerte del ausente en ninguna época proviene que la legislación Francesa incurra en oscuridades y contradicciones que evita la nuestra.

Cuales son los efectos de esta muerte presunta? Por sí misma no produce ningún efecto inmediato, pero si tiene mucha importancia para determinar a quienes corresponden ciertos derechos y el monto de ellos.

Conviene apuntar aquí, como lo hacen los ilustrados comentadores Champeau y Uribe, que nuestro Código peca en este punto contra la lógica. En efecto, una vez declarada la muerte presunta del ausente, no sería lo más natural proceder como si realmente constara ese hecho? Ese es precisamente el carácter de toda presunción. Nuestra legislación, empero, obra en gran parte como si realmente aun existiera el desaparecido. Así, después de declarada la muerte presunta, deja transcurrir un plazo de dos años durante el cual el fallecimiento no introduce modificación alguna en la situación de los bienes del presunto muerto. Durante esos dos años continúa la sociedad conyugal. Luego se abre el testamento del desaparecido, pero no se le da cumplimiento sino en parte. Esto tiene sin duda por objeto asegurar en lo posible los bienes del ausente, pero no está bien conforme con el sentido común.

De otra manera dispone el C. C. Argentino. En él, una vez declarada la muerte presunta (cuya declaración exige más tiempo que entre nosotros), se abre la sucesión y entran en posesión todos los que tienen derechos subordinados a la condición de la muerte del ausente. Este sistema nos parece más aceptable que el nuestro.

POSESION PROVISORIA. Dos años después de declarada la muerte presunta se concede la posesión provisoria.

Durante este período las probabilidades de que vuelva el ausente han disminuido, y en consecuencia, debe concederse alguna ventaja a los poseedores provisorios cuyo interés, actual y cierto, debe primar sobre el futuro e incierto del ausente.

Los efectos de la posesión provisoria son:

1°. En cuanto a la sociedad conyugal. Queda disuelta y debe procederse a liquidarla, teniendo en cuenta que los bienes habidos por el cónyuge presente desde el día de la muerte presunta son comunes.

La muerte presunta no disuelve el vínculo matrimonial, ni hace pasar la patria potestad a manos de la madre.

2°. En cuanto a la sucesión del ausente. Aunque el testamento no se abre sino en esta fecha, la apertura de la sucesión se considera retrotraída hasta la fecha de la muerte presunta. Esta es la que determina los herederos presuntivos y los bienes que deben suceder.

Estos herederos presuntivos son, según el Art. 100. «Los testamentarios o legítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta». Como se ve, no se comprenden en estos los legatarios, fideicomisarios y demás que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido.

Esto es una grave injusticia, pues los herederos presuntivos se vienen a aprovechar, durante cierto tiempo, de frutos que en realidad no les pertenecen. Y ni aun puede alegarse que esto tenga por objeto proteger los intereses del ausente, pues a este le será lo mismo reclamar sus bienes a unos o a otros, toda vez que deben quedar sujetos a las prescripciones que en interés del ausente se imponen, todos los que reciban la posesión provisoria.

El Código no dice si el heredero de un heredero presuntivo puede reclamar para sí la porción de éste. El Art. 1,014 permite decir que sí.

Puede suceder que un individuo que realmente no ha sobrevivido a otro ausente sea llamado a sucederle. También puede suceder que a una persona que realmente haya sobrevivido a otra se vea negado ese derecho. Pongamos por caso que Pedro se ausente, dejando un hijo: Juan; este a su vez tiene un hijo: Diego. Se declara presuntivamente muerto a Pedro 5 días después de la muerte de Juan. Diego no podrá reclamar la porción de su padre, aunque realmente éste hubiera sobrevivido al ausente.

Esto lo previó el Sr. Bello, y dice: «...El que ha sido excluido no tiene de que quejarse, puesto que para hacer valer su derecho tiene que probarlo, esto es, probar que ha sobrevivido efectivamente al desaparecido. Ahora bien, con esa prueba es admitido a la sucesión, y aun en el caso menos favorable, puede hacer valer hasta cierto punto sus derechos, si no han prescrito» (Cita de F. Vélez).

OBLIGACIONES DE LOS POSEEDORES PROVISORIOS.—El carácter general de la posesión provisoria es el de una curaduría de bienes. Así lo dicen expresamente los códigos francés y argentino, y lo mismo se desprende de las disposicio-

nes del Código Civil Colombiano. Este da a los poseedores provisorios ciertas ventajas, lo que es justo, ya que éstos tienen sobre los bienes que administran cierto derecho.

Por cuanto son curadores de bienes, los poseedores provisorios son obligados:

1°. A recibir los bienes con inventario solemne (Art. 101).

2°. A dar caución de conservación y restitución (Art. 104).

3°. Para vender los bienes del ausente están sujetos a restricciones semejantes a las impuestas a los curadores de bienes (Art. 103).

4°. Representan a la sucesión en las acciones o defensas contra terceros (Art. 102).

En cambio, los poseedores provisorios se apropian todos los frutos.

POSESION DEFINITIVA.—Por regla general, la posesión definitiva se dará cuando, transcurridos cuatro años después de decretada la posesión provisorio, no se hubiere presentado el desaparecido, o no se hubieren tenido noticias que motivaren la repartición de sus bienes según las reglas generales.

Peró hay casos en que no se sigue esta regla: son los detallados en el Art. 97, N°. 7, y en el Art. 98.

En el primer caso, al declarar la muerte presunta se da la posesión definitiva. En el segundo hay que aguardar dos años más desde la misma fecha, o a que haya dejado de saberse del ausente por 15 años. Ambos se fundan, como es obvio, en que, dadas las circunstancias, las probabilidades de que haya muerto el ausente son muy grandes.

A la inversa de lo que ocurre en la posesión provisorio, el carácter de esta posesión es el de plena y completa. Ya la ley no mira a conservar los bienes para un ausente que probablemente no ha de volver, sino a que fructifiquen entre las manos de los que a ellos tienen derecho. Como consecuencia de esto, cesan las restricciones impuestas a los poseedores provisorios.

«Decretada la posesión definitiva los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios y en general todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte». (Art. 106). Como ya habíamos visto hasta este momento gozaban de los bienes los herederos presuntivos.

Los poseedores provisorios o definitivos, en su caso, deben estar sometidos a los trámites establecidos para la sucesión por causa de muerte; así se deduce del hecho de que el Código hable en estos casos de sucesión (Art. 99, 102, 105), y en la legislación adjetiva no se de ninguna regla para seguir esta clase de sucesiones. Siendo la posesión provisorio meramente temporal, estas formalidades pueden venir a ser excesivamente gravosas.

DERECHOS EVENTUALES DEL DESAPARECIDO Y ACCIONES SUBORDINADAS A SU MUERTE.

Nuestro Código comprende toda la teoría relativa a los derechos eventuales del desaparecido, y a las acciones subordina-

das a la condición de su muerte, en un solo artículo, el 107: «El que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que el desaparecido ha muerto en esa fecha; y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho en los términos de los artículos precedentes.

Y por el contrario todo el que reclama un derecho para cuya existencia se requiere que el desaparecido haya muerto antes o después de esa fecha estará obligado a probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna».

La primera parte de este artículo parece estar en contradicción con el artículo anterior. Un individuo que tuviera un derecho subordinado a la condición de muerte del desaparecido, según este Art. podría ejercerlo apenas declarada la muerte presunta. Pero no es así, como ya se vió. Esto es sin duda lo que quiere decir el Art. 107 al agregar «podrá usar de este derecho dentro de los términos de los artículos precedentes;» en lo cual se pone en contradicción consigo mismo.

Por tanto el que en nombre del desaparecido reclame un legado tiene que probar que *real* o *presuntivamente* el ausente sobrevivió al legatario, y el que tenga derechos subordinados a la condición de muerte del ausente, tendrá que probar esta, o aguardar la posesión definitiva. Esto establece, como se ve, una ventaja a favor del desaparecido, pues mientras a él se le considera vivo mientras no interviene la declaración de muerte, para reclamar en su nombre derechos, a los demás se les obliga a probar su muerte, que sin embargo se ha presumido.

El Código Francés exige en este punto que, para reclamar un derecho a nombre del ausente, se pruebe que existe. Esto es excesivo pues equivale a presumir muerto al individuo que legalmente aun no lo ha sido declarado; y más si se considera que el Código Francés no presume la muerte en ninguna época.

REAPARECIMIENTO. El reaparecimiento puede tener lugar en tres épocas: durante el período de mera ausencia, durante la posesión provisorio o durante la posesión definitiva.

En el primer caso no tendrá mas efecto que hacer pasar a la administración directa del ausente los bienes que manejaba el curador de bienes.

Nuestro Código no provee expresamente al caso de reaparecimiento durante la posesión provisorio.— Los poseedores provisorios serán obligados a entregar al reaparecido el capital que hubieren recibido, pero no los frutos, ni lo que con ellos hubieren adquirido.

El Sr. Dr. Fernando Velez, en su «Estudio sobre el derecho civil colombiano,» dice que en este caso los frutos percibidos por los poseedores provisorios sobre los bienes de legatarios, fideicomisarios y demás, se deben restituir al reaparecido. Se funda para ello en que «los herederos deben limitarse a los bienes que compongan la herencia, no obstante la redacción amplia del Art. 104» Esto es ciertamente lo mas conforme con la equidad pero a nuestro modo de ver no tiene ningún fundamento legal, de suerte que no produce ni obligación natural. El caso de reaparecer el

ausente cuando ya se ha dado la posesión definitiva lo preveen los Arts. 108 y 109 del C. C.

Según el Art. 108 «El decreto de posesión definitiva podrá rescindirse a favor del desaparecido, si reapareciere, o de sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, o de su cónyuge, por matrimonio contraído en la misma época.»

Esto debe ser en el caso de no haber otorgado el desaparecido testamento, pues de otra manera se vendría a coartar de modo extraordinario la facultad de testar. Por tanto un legatario podrá reclamar su legado, presentando la prueba de la muerte del testador y su testamento.

El Art. 109 da las reglas que se deben seguir en la rescisión de la posesión definitiva.

Contra el ausente desaparecido no corre prescripción para pedir la rescisión del decreto de posesión definitiva, porque contra un hecho palpable no puede valer ninguna presunción. Esto tiene el inconveniente de someter la propiedad a cierta inestabilidad. En el C. C. Alemán se dispone que la prescripción contra el desaparecido solo empieza a correr un año despues de que este tuvo noticia de que se le había declarado muerto.

Los demas derechos habientes no pueden pedir la rescisión «sino dentro de los respectivos plazos de prescripción, contados, desde la fecha de la verdadera muerte», (Art. 109 N.º. 2)

A esto observaremos:

1º. Los poseedores no pueden oponer a los sucesores del ausente la prescripción adquisitiva de dominio, a no ser extraordinaria, pues para esto se necesita la *posesión*, y esta según el Art. 762 es «la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño». A nuestro modo de pensar no cabe el ánimo de señor y dueño en una posesión, que como esta, está sujeta a una condición, que no puede menos de ser conocida por todos los poseedores.

2º. Según el Art. 1.326, el caso de prescripción para la petición de herencia es de diez años contados como para la adquisición del dominio cuando se trata de un heredero o legatario putativo, a quienes sirve de justo título el decreto judicial que da la posesión efectiva, o, al legatario, el correspondiente acto testamentario judicialmente reconocido.

Los demas poseedores que no esten en este caso podrán oponer la prescripción de 30 años que fija el Art. 1326. o la que en cada caso particular fija la Ley.

3º. No nos parece justificado el fijar como fecha desde la cual deba contarse la prescripción la de la verdadera muerte.

En primer lugar, esto tiende a favorecer a los no poseedores a expensas de los poseedores actuales, cosa contraria al espíritu general de nuestra legislación.

En segundo lugar, es evidente que la prescripción debe empezarse a contar desde que se entra en posesión de la cosa. En este caso, esto ocurre despues de la posesión provisoria o definitiva, en su caso, no en el momento de la muerte del desaparecido.

Es cierto que la posesión tanto provisoria como definitiva es condicionada, precaria; pero tambien es cierto que la muerte del

desaparecido no viene a cambiar en nada esto, no hace mas estable ni mas justa la posesión, antes puede dañarle. Luego si la Ley reconoce prescripción a favor de esa posesión precaria, debe de reconocerla desde su principio.

El beneficio de la rescisión aprovechará solamente a las personas que por decreto judicial lo obtuvieren. (Art. 109 N.º. 3).

«En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demas derechos reales constituidos legalmente en ellos». (Art. 109 N.º. 4)

«Para toda restitución serán considerados los demandados como poseedores de buena fe a menos de prueba contraria». (Art. 109 N.º. 5).

«El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe» (Art. 109 N.º. 6).

Ya los poseedores habían adquirido facultad para enajenar sin trabas; no son obligados sino a lo que expresa el Art. 1.324: «El que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones o deterioros sino en cuanto lo hubieren hecho mas rico; pero habiéndola ocupado de mala fe, lo será de todo el importe de las enajenaciones o deterioros.»

Sobre este punto de las restituciones hay otro sistema. El modernísimo Código Civil del Brasil dispone que al cabo de cierto tiempo desde la posesión definitiva, los bienes pasan a poder del Estado, sin que pueda el desaparecido o sus herederos reclamar indemnización alguna.

No nos parece mejor este sistema que el nuestro. Estas apropiaciones odiosas se deben evitar en lo posible, y sólo deben tener lugar cuando los bienes no tienen dueño conocido. Esto no ocurre en este caso, pues los poseedores tienen un derecho claro, proveniente de la voluntad del desaparecido, expresada en su testamento.

Además, hay en esto una contradicción: a medida que van pasando los años se va haciendo mas firme la posesión de los sucesores del desaparecido.

Todo esto sin contar el descuido con que tratarían los poseedores los bienes que dentro de algún tiempo dejarían de ser suyos.

Es muy de notar que nuestro Código nada dice acerca de las relaciones de familia del desaparecido. Solo en artículos dispersos trata incidentalmente algo sobre ellos.

Este es un punto muy grave y convendría legislar fijando claramente esas relaciones. En ningún caso se debe estatuir que la ausencia rompa el vínculo matrimonial.

Hemos expuesto hasta aquí nuestras ideas sobre algunos puntos; ideas que no son por cierto originales; aunque pareciera osadía contradecir al ilustre autor de nuestro Código Civil, exponeremos algunas bases para una reforma que en nuestro sentir sería util.

1º. Prolongar el período de la mera ausencia.

2º. Detinir quienes son las personas que pueden pedir la declaración de muerte presunta, incluyendo a todos los que tengan

algún derecho subordinado a la condición de muerte del desaparecido, y al Ministerio Público.

3°. La fecha que se fijará como día de la muerte presunta será el último día de la *mera ausencia*.

4°. En los casos que contempla el Art. 97 N°. 7, bastará que transcurra un año en vez de cuatro.

5°. En el caso del Art. 98 se reducirá a la mitad del plazo de la *mera ausencia* y de la posesión provisoria, si el desaparecido pasare de setenta años. Lo mismo si hubiere estado ausente 15 años.

6°. Declarada la muerte presunta, se concederá inmediatamente la posesión provisoria, que tendrá los efectos que actualmente tiene.

7°. La posesión provisoria se dará a todos los que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido.

8°. El desaparecido podrá pedir la rescisión del decreto de posesión definitiva dentro de los treinta años siguientes a aquel en que tuvo noticia de la declaración de su presunta muerte.

9°. Los sucesores del desaparecido, por testamento otorgado durante la *ausencia*, y los demás que menciona el art. 108, podrán hacer valer sus derechos dentro de los respectivos plazos de prescripción, contados desde la fecha de la posesión provisoria. No podrán los poseedores oponerles la prescripción adquisitiva de dominio, fuera de la extraordinaria.

10°. Se debe fijar en la Ley adjetiva los trámites especiales que han de seguirse para la partición que debe seguir a la posesión provisoria.

Este punto de nuestra legislación civil, aunque no de aplicación frecuente, no carece de importancia. Si alguno de los que leen esta Revista tomare en consideración estas ideas, y las confirmara o refutara, nos sentiríamos grandemente honrados, y esa sería para nosotros la mayor recompensa.

LUIS OSPINA VASQUEZ.

Consulta y apelación en materia criminal

El artículo 15 de la Ley 169 de 1896 que rige en materia criminal, dice:

«La apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante y el superior no podrá enmendar o revocar la sentencia o acto apelado en la parte que no es objeto del recurso, a no ser en los casos de consulta, o cuando la variación en la parte a que se refiere dicho recurso requiera la modificación de puntos del fallo del juez a quo.»

La primera parte de este artículo contiene UN PRECEPTO GENERAL que prohíbe enmendar el fallo en sentido desfavorable al apelante, y la segunda parte contiene UNA EXCEPCION para los casos de consulta, o para cuando «la variación en la parte a que se refie-

re dicho recurso (el de apelación), requiera la modificación de puntos del fallo del Juez *a quo*». Esta última parte del artículo no es suficientemente clara y se presta para interpretaciones arbitrarias, como frecuentemente se observa en la práctica. No puede saberse a que casos debe aplicarse, y tal como está enunciada contradice totalmente el precepto general. Tal es el sentir de algunos distinguidos juristas a quienes hemos consultado opinión al respecto. Pero el caso a que queremos concretarnos en el presente estudio es al frecuente que ocurre diariamente en la práctica forense, especialmente en el Tribunal de Medellín, por lo cual la imitan muchos Jueces de Circuito consistente en establecer UNA NUEVA EXCEPCION—en materia criminal—para las penas de presidio y reclusión.

Ocurre que al revisar el Tribunal un fallo proferido por algún Juez de Circuito, POR MERA VIA DE APELACION, aumenta la pena de presidio o de reclusión, aunque el Juez de primera instancia NO LO HAYA CONSULTADO EXPRESAMENTE.

Según la parte primera del artículo citado, la prohibición de enmendar el fallo en sentido desfavorable al apelante comprende indiscutiblemente—en materia criminal—las penas de presidio, porque aquel no establece distinción. Pero el referido Tribunal, y quienes aceptan su doctrina, alegan que tales penas deben quedar excluidas, para el efecto de agravarlas, porque en el caso del artículo 354 de la Ley 105 de 1890 *son consultables*, es decir, cuando no se interpone oportunamente recurso de apelación contra el fallo. Más claro: se alega que tales penas, aunque el Juez no consulte el fallo expresamente, son VIRTUALMENTE CONSULTABLES. ¿Por qué? No alcanzamos a comprender la razón, porque, según el artículo 354 citado, *sólo en el caso de no interponerse recurso de apelación debe el Juez consultar el fallo*. De aquí se deduce que las sentencias en que se impone tales penas no pueden ser revisables simultáneamente por las dos vías de apelación y de consulta, como sí lo son las que profieren los Jueces Superiores de acuerdo con los artículos 325 de la Ley 57 y 163 de la Ley 40 de 1907, disposiciones que preceptúan que los Jueces Superiores, a pesar de la apelación interpuesta, *deben consultar el fallo*, lo que es enteramente contrario a lo que ordena el artículo 354 para los Jueces de Circuito.

Debido a esta errónea interpretación dada al artículo 15 de la Ley 169 de 1896, en relación con el 354 de la Ley 105 de 1890, obtienen reos y defensores sorpresas frecuentes porque apelan de los fallos precisamente para evitar que los Jueces de Circuito *los consulten* y den cabida a la agravación de la pena, en segunda instancia, y les resulta el mismo efecto funesto, porque el superior se arroga la atribución de revisarlos también *por consulta*, elevando muchas veces la pena de presidio o reclusión al doble, cuando lo creen jurídicamente preciso. Y esto, como ya lo dijimos, es doctrina corriente y habitual en el Tribunal de Medellín y tal vez en otros de la República, que no sabemos. Ni podría argüirse, como disculpa, que tan funesta doctrina la basan el Tribunal y algunos Juzgados en la parte final del artículo 15 de la Ley 169 de 1896—que, por su oscuridad, se presta a absurdas interpretaciones—porque, para ser consecuentes, deberían también aplicar aquélla en los demás casos referentes a penas de prisión, arresto, confina-