Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Año XXII — OTCUBRE - DICIEMBRE DE 1954 — N.o 90

Revista de Derecho

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

SUMARIO

BERNARDO GESCHE MULLER

Los Tratados en el Derecho Positivo 393

WALDO OTAROLA AQUEVEQUE

Algunas consideraciones sobre la Ley N.° 10.475 de Jubilación de Empleados Particulares 415

MARIO JARPA FERNANDEZ

Disposiciones procesales contenidas en el Código de Aguas ... 447

NOTAS BIBLIOGAFICAS:

"Ejecutorias Supremas de Derecho Civil Peruano", por don José Montenegro Baca. **(Alberto Rioseco Vásquez)** 493

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema

Reclamación de impuesto. (Prescripción de apelación). Recurso de casación de fondo 495

Corte de Apelaciones de Concepción

Lesiones. Apelación de incidente. (Improcedencia de la querella criminal) 515

Reclamación de ilegalidad en contra de un acuerdo de la Ilustre Municipalidad de Concepción 521

Recurso de hecho de José Lorenzo Aguayo Flores. (Ley de Protección de Menores) 531

PUBLICACIONES DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Y DEL H. CONSEJO PROVINCIAL DEL

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

BERNARDO GESCHE MULLER

Abogado y Profesor de
Derecho Internacional Privado

LOS TRATADOS EN EL DERECHO POSITIVO

El Derecho se manifiesta como conjunto de normas de naturaleza y obligatoriedad diferentes entre sí, ya sea por su origen u órgano que las haya creado, o por su objeto o finalidad que persiguen.

Como toda norma social obligatoria sancionada por la fuerza es norma de Derecho, el tratado también debe catalogarse como tal norma. Esta afirmación, involucra, sin embargo, el estudio de diversos problemas relativos a la naturaleza jurídica de los tratados o sea su carácter de normas más o menos positivas; su ubicación entre los diferentes preceptos jurídicos que reglamentan la conducta de los individuos y órganos sociales; y su obligatoriedad frente a otros preceptos de Derecho con los cuales pueden estar en contradicción.

El objeto de este estudio es analizar dichos problemas desde el punto de vista doctrinario o sea meramente científico, y desde el punto de vista de nuestra legislación positiva, o sea la obligatoriedad del tratado en el Derecho positivo chileno.

Algunos observan que los tratados sólo producen obligaciones propias del Derecho Internacional Público entre los Estados que

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los han suscrito. Si el tratado contiene estipulaciones relativas al Derecho Privado, éstas no tendrán eficacia alguna, mientras el Estado signatario no las incorpore expresamente al Derecho Interno por un acto legislativo posterior (1).

Las consecuencias prácticas de esta tesis son sin duda alguna las siguientes: el tratado no podrá ser aplicado por los tribunales, mientras el legislador no lo haya ordenado: los particulares no podrán impetrar en juicio las estipulaciones de un tratado, mientras no se haya producido la incorporación legal que la teoría enunciada menciona; el tratado podrá ser modificado por una ley interna posterior, y la ley interna siempre prevalecerá sobre un tratado, a menos que aquélla disponga otra cosa.

Una segunda teoría, que es la más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, sostiene que el tratado por su sola ratificación, puede modificar la legislación vigente, aún en lo que respecta al Derecho Privado, pues el tratado debe ser considerado como una ley o por lo menos como una norma que tiene la misma autoridad (2).

Ambas teorías se basan en algunas consideraciones propias del Derecho Internacional Público: Un Estado existe como persona jurídica del Derecho Internacional en virtud de su reconocimiento por los demás Estados. Sólo el reconocimiento recíproco de los Estados somete sus relaciones a las normas del Derecho Internacional. Como el reconocimiento de un Estado es un acto voluntario, la obligatoriedad de las normas de Derecho Internacional tiene igual carácter. "El fundamento de la validez del Derecho Internacional, al igual que la validez de los otros órdenes jurídicos estatales singulares, es en esta forma asentado en el orden jurídico estatal propio, en la voluntad del Estado propio" (3).

---

(1) Antoine Pillet, "Traité Pratique de Droit International Privé". París, Librairie de la Societé du Recueil Sirey 1923, tomo I, párrafo 59; **André Weiss,** "Manual de Derecho Internacional Privado", tomo I. Librairie de la Societé du Recueil Sirey 1911. Con notas de Estanislao Ceballos, página 27.

(2) **Antoine Pillet,** obra citada, tomo I, párrafo 59.

(3) **Hans Kelsen,** "La Teoría pura del Derecho". Editorial Losada S. A. Buenos Aires 1941, páginas 182 y siguientes.

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El tratadista Hans Kelsen ve en esta doctrina un fondo político en cuanto sus partidarios pretenden mantener el concepto de la soberanía absoluta de los Estados, asignándoles el carácter de comunidad jurídica suprema.

Numerosos son los tratadistas que sostienen la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno y por ende la superposición, de los tratados a este último.

Unos fundan esta primacía del Derecho Internacional en el carácter sinalagmático de los tratados. El tratado crea derechos y obligaciones para los Estados contratantes, que no pueden ser modificadas o eludidas sustancial y unilateralmente por cualquiera de las partes (4).

Otros señalan que el tratado es un instrumento cuyo cumplimiento no depende de la voluntad del legislador y cuyo contenido es muy diverso del de una ley. El tratado reglamenta la actitud futura de un Estado en cuanto le impone ciertas obligaciones que comprometen su conducta por el tiempo que dure el tratado. La ley, en cambio, es un acto espontáneo del Estado que no lo obliga para el futuro, ya que puede ser modificada por otra ley posterior (5).

Otros tratadistas señalan que una ley derogatoria de los principios contenidos en un tratado significa una infracción a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado autor de la ley, que puede acarrearle la sanción propia del Derecho Internacional Público, cual es la guerra (6). El tratadista Werner Goldschmidt cita como un caso en que la infracción a un tratado fué motivo de una guerra, el conflicto de Chile con Perú y Bolivia. Al efecto, transcribe el siguiente párrafo de un texto de V. Robustiano Vera: "La cuestión que Chile tenía pendiente con Bolivia desde su emancipación respecto a límites fué zanjada por un tratado en virtud del cual aquella República cedía en sus derechos a trueque de que

(4) Pascuale Fiore, "Derecho Internacional Privado". Madrid, tomo II, página 115.

(5) Antoine Pillet, obra citada, párrafo 59.

(6) Werner Goldschmidt, "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado". Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1952, Tomo I, página 111.

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Bolivia no sujetase a nuevas contribuciones ni las personas ni las industrias, ni los capitales chilenos en el territorio disputado. En 1878 Bolivia dictó una ley por la cual imponía una contribución de 10 centavos por cada quintal de salitre que elaborase la Compañía Chilena de Antofagasta, violando el tratado a que nos hemos referido" (7).

El tratadista Hans Kelsen (8) se preocupa especialmente del problema de la prelación jurídica entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno de los Estados. Expondremos, a continuación y en forma resumida, sus afirmaciones: El Derecho es un conjunto de normas jurídicas que forman un sistema único y armónico. En el Derecho Interno hay normas jurídicas de carácter singular cuya validez sólo puede ser atribuida a una norma general que le quede superpuesta. Así, la norma jurídica específica que el juez consagra en su sentencia frente a un caso concreto, nace de la ley general que ha aplicado. La ley a su vez nace en virtud de una norma jurídica más general. Es el Derecho Constitucional, en cuanto indica la forma en que deben dictarse las leyes y qué principios deben o no deben contener. De esta manera, el Derecho Interno de los Estados es un todo armónico, en el cual las diversas normas se escalonan de lo particular a lo general y en orden superpuesto: Sentencia, Ley, Constitución, en Derecho Privado y Decreto, Ley y Constitución en Derecho Público. Toda norma que se aparta de este orden general del Derecho es una norma irregular. Serían normas irregulares, entonces, una ley, que se aparta de los principios que la Constitución ha señalado al legislador en cuanto a la forma o al fondo; un decreto, que se excede en las materias que por mandato legal debió reglamentar, y una sentencia que acoge un acción que de acuerdo con la ley debió desechar.

El tratadista traslada esta construcción armónica de las leyes, al Derecho Internacional Público en sus relaciones con el Derecho particular de cada Estado. Señala que es evidente que rigen simultáneamente los órdenes jurídicos internos de diferentes Estados. Estos órdenes jurídicos deben estar delimitados en el espacio y

(7) Werner Goldschmidt, obra citada, página 111.
(8) Obra citada, páginas 170 y siguientes.

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

desenvolverse en forma coordinada. La delimitación de los órdenes jurídicos estatales en el espacio, y su coordinación, sólo puede obtenerse en virtud de un conjunto de normas superpuestas a dichos órdenes. Estas normas constituyen precisamente el Derecho Internacional Público.

El Derecho Internacional Público es coactivo, ya que su infracción produce las consecuencias jurídicas propias de esta disciplina, que son: la represalia y la guerra. El Derecho Internacional Público y el Derecho Interno de los diferentes Estados, son un conglomerado de normas de derecho, esto es, normas coactivas, que en su conjunto, deben formar un sistema unitario que supera las contradicciones que pueden producirse entre uno y otro. Esto sólo puede obtenerse aceptando que un sistema está subordinado al otro o que ambos se desenvuelven en igual plano de obligatoriedad. En este último caso, sin embargo, sería necesario un tercer orden superior que delimite la acción de los dos órdenes equiparados.

La doctrina dualista salva las contradicciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, observando que son dos órdenes jurídicos independientes, cuyos fundamentos y contenidos difieren entre sí. Como los dualistas no pueden negar el carácter coactivo al Derecho Internacional, recurren a la ficción de que este carácter se funda en el orden jurídico estatal propio, o sea en la voluntad del Estado que se ha sometido a una norma de Derecho Internacional. El Derecho Internacional sólo valdría en la medida en que el Estado le reconoce un carácter obligatorio. No sería, pues, un orden jurídico superestatal, sino una parte del orden jurídico interno libremente acogido; o sea, aquel conjunto de normas propias del Estado que regulan su conducta con otros Estados y que ha incorporado a su legislación interna por la vía del reconocimiento.

La teoría monista del Derecho sustenta, en cambio, que el Derecho Interno y el Derecho Internacional necesariamente tienen que formar un conjunto armónico y unitario ya que uno y otro son normas de Derecho. No se opone a esta unidad la circunstancia de que exista una ley estatal contraria a una norma del Derecho Internacional. Tal contradicción sólo significaría que la ley es una norma irregular que no deroga las normas del Derecho In-

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ternacional que ha infringido. Jurídicamente sería un problema similar al de una ley inconstitucional. Esta ley no afecta la validez de la Constitución. Conserva sí, su carácter de ley, mientras no se declare su inconstitucionalidad. Aplicando este razonamiento a la contradicción propuesta, concluimos que una ley contraria al Derecho Internacional no lo deroga y puede ser anulada por los medios coactivos que este Derecho consagra.

La dependencia del Derecho Interno respecto al Derecho Internacional radica, según el tratadista cuya teoría estamos exponiendo, en que el origen de la facultad legislativa de los Estados radica en el Derecho Internacional. Un Estado podrá actuar como órgano generador del Derecho, siempre que a través de las normas de Derecho Internacional haya sido reconocido como tal. En otros términos, el Estado sólo existe como poder generador del Derecho, desde que por obra del Derecho Internacional se le reconoce un territorio en que puede ejercer dicho poder. Estado es, entonces, un concepto determinado por el orden jurídico internacional, y los Estados son órganos de la comunidad jurídica internacional.

Si la facultad generadora del Derecho nace para los Estados por su reconocimiento previo conforme al Derecho Internacional, es evidente que este último queda superpuesto al Derecho estatal interno.

En este orden de ideas, el tratado, en su carácter de institución propia del Derecho Internacional, es la materialización de la facultad concedida por este Derecho a los Estados, para regular la conducta de sus órganos y súbditos. El tratado vale pues, no porque los Estados lo han aceptado, sino porque es una insttitución sancionada por el Derecho Internacional. Por otra parte, si el tratado valiera por la mera voluntad del que lo suscribe, sólo obligaría al Estado que lo suscribe y no obligaría a su contra-parte. Desaparecería así el contenido jurídico y la finalidad de los acuerdos entre Estados, de crear normas obligatorias para los órganos y súbditos de los pactantes.

Concluyendo, Kelsen señala: "Por lo tanto, no son propiamente los Estados singulares, como de ordinario suele acentuarse bajo la influencia del dogma de la soberanía, sino la comunidad de Estados, o más exactamente, la comunidad jurídica internacional la

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que produce el Derecho que nace por vía de tratados internacionales".

De acuerdo con la teoria que afirma la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno de los Estados, el tratado prevalecerá sobre la Constitución y sobre cualesquiera leyes internas de los Estados, anteriores o posteriores al tratado (9).

Expuestas las diversas teorías que la doctrina ha elaborado sobre el valor obligatorio de las normas del Derecho Internacional en general y de los tratados en especial, examinaremos este problema en nuestro Derecho positivo.

Los preceptos del Derecho Internacional son para nuestra legislación normas de Derecho, o sea preceptos o reglas de orden social sancionadas por el legislador. Numerosas disposiciones consagran el valor jurídico de las normas de Derecho Internacional.

El Código Civil en su artículo 60 expresa que la constitución y los efectos del domicilio político quedan reglamentados por el Derecho Internacional. El artículo 585 del mismo Código dispone que el uso y goce por las naciones, de las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, quedan determinados por el Derecho Internacional. El artículo 1.º del Código de Procedimiento Penal preceptúa que "los tribunales de la República ejercen jurisdicción sobre los chilenos y sobre los extranjeros para el efecto de juzgar los delitos que se cometan en su territorio, salvo los casos exceptuados por las reglas generalmente reconocidas del Derecho Internacional". El artículo 37 del mismo Código señala los casos en los cuales la acción penal pública se suspende con arreglo al Derecho Internacional. En su artículo 637 dispone que la extradición activa se concederá, siempre que así lo disponga un tratado, o en su defecto el Derecho Internacional. El Código de Justicia Militar sanciona en el título tercero de su libro tercero diversos delitos contra el Derecho Internacional.

---

(9) Hans Kelsen, obra citada; Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, "Tratado de Derecho Internacional Privado", La Habana 1888, tomo I, página 164; Antoine Pillet, obra citada, párrafo 59.

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nuestro legislador ha reconocido la obligatoriedad de las normas de Derecho Internacional en tratados generales debidamente ratificados.

La Carta de las Naciones Unidas, que fué ratificada por Ley N.° 8.402, publicada en el Diario Oficial del 3 de Enero de 1946, dispone, en su artículo 1.° que "los propósitos de las Naciones Unidas son: mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz, y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir al quebrantamiento de la paz".

En la Carta de la Organización de los Estados Americanos, ratificada por nuestro país por Decreto N.° 314, publicado en el Diario Oficial del 13 de Septiembre de 1953, se sienta el principio del respeto y obligatoriedad de las normas del Derecho Internacional en su artículo 5.° en los siguientes términos: "Los Estados Americanos reafirman los siguientes principios: a) El Derecho Internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas".

Si nuestro legislador reconoce el carácter positivo de las normas de Derecho Internacional, importante es determinar sus fuentes. Este problema lo resuelve el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que forma parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas. En su artículo 38 dispone: "La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) Las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho; c) Los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59".

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Como nuestro legislador reconoce el pleno valor jurídico de las normas internacionales, estableció también una competencia especial para estos efectos. El artículo 53 del Código Orgánico de Tribunales dispone que el Presidente de la Corte Suprema conocerá en primera instancia, entre otros asuntos, de las causas que deban juzgarse con arreglo al Derecho Internacional.

Fuera de los textos legales y tratados que se han mencionado, hay algunas disposiciones que se remiten específicamente a los tratados internacionales para la solución de algunos problemas jurídicos. Tales son: El artículo 637 del Código de Procedimiento Penal ya citado; el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto dispone que las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros tendrán la fuerza que establezcan los tratados respectivos; y el artículo 6.º N.º 8 del Código Orgánico de Tribunales, que dispone que quedan sometidos a la jurisdicción chilena, entre otros, los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República, señalados en los tratados celebrados con otras potencias.

Las normas de Derecho Internacional son, entonces, en nuestro sistema jurídico, verdaderas normas de Derecho. Siendo el tratado una institución consagrada por dichas normas, tiene la fuerza obligatoria de una norma de Derecho Interno.

Si alguna duda hubiera aún sobre el particular, cabe señalar que en los decretos promulgatorios de un tratado, el Ejecutivo usa la siguiente fórmula: "... en uso de la facultad que me confiere el N.º 16 del artículo 72 de la Constitución Política del Estado, dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto... (el tratado) ...en todas sus partes como ley de la República".

Lo dicho nos lleva a la conclusión evidente de que un tratado produce por lo menos los efectos de una ley. De ella se desprenden algunas consecuencias que es interesante señalar.

El tratado deberá ser aplicado por el juez, aunque no exista una ley expresa que así lo disponga, pues, es usando los términos del Código Civil, "una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohibe o permite" (10). Una resolución judicial dictada con infrac-

(10) Artículo 1.º.

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ción de un tratado, es una resolución irregular que puede ser enmendada por los recursos legales. Entre estos recursos queda también el recurso de casación en el fondo. La Excelentísima Corte Suprema ha fundado fallos de casación en tratados (11). Los tratados ratificados por nuestro país, que se refieren a aspectos jurídicos generales, consagran los principios fundamentales que el legislador considera valederos en materia de Derecho Internacional. Así lo ha reconocido la Corte Suprema en el siguiente fallo en materia de extradición: "1.º) Que si bien no existe un tratado bilateral entre Chile y Argentina con fuerza de ley que regule las condiciones que se requieren para conceder la extradición de los delincuentes que se refugian en uno u otro país, están en cambio en vigor las disposiciones del Código de Derecho Internacional Privado aceptadas por Chile y Argentina en la Convención suscrita en La Habana el 13 de Febrero de 1928, pero no ratificada por este último país"; "2.º) Que esta falta de ratificación no hace obligatoria para la Argentina la aplicación del referido cuerpo de leyes, pero no impide que las disposiciones que en él se contienen, tengan el carácter de verdaderos y definidos principios de Derecho Internacional, aceptados expresamente por Chile y Argentina, y por tanto, dignos de tomarse en consideración, de acuerdo con lo dispuesto en nuestro Código de Procedimiento Penal" (12).

Si los tratados son contratos celebrados entre Estados, ¿pueden los particulares pedir su aplicación a una relación jurídica de orden privado? Podría sostenerse la negativa, señalando que el tratado es una institución propia del Derecho Internacional Público, que rige las relaciones y sólo crea derechos y obligaciones entre los Estados pactantes.

Los tratadistas enseñan que los particulares pueden exigir el cumplimiento de un tratado, si éste es aplicable a una relación jurídica de orden privado. En la actualidad muchos tratados reglamentan la condición jurídica de las personas en relación con sus

---

(11) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 33, segunda parte, sección 1.ª, página 52.

(12) [illegible] de 1931 citado por Fernando Albanico en "El D[illegible] ante la Jurisprudencia Chilena", página 236. Colección de Estudios Jurídicos. Editorial Nascimento.

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

derechos públicos o privados. Un ejemplo sería un tratado que dispone el cambio de nacionalidad de los habitantes de un territorio anexado. Este debe entenderse pactado para las personas que se encuentran bajo la soberanía del Estado contratante. Afecta, pues, su condición jurídica y podrá ser invocado en sus relaciones con los particulares y con los poderes públicos (13). Por regla general el Derecho Internacional obliga y faculta al Estado, pero también puede obligar y facultar a los individuos, ya que el Derecho es esencialmente una regulación de la conducta humana (14).

Una técnica jurídica estricta podría argumentar que los individuos no pueden exigir el cumplimiento de un tratado porque no son sujetos del Derecho Internacional. Esto, sin embargo, no es efectivo. Para el Derecho Internacional moderno los individuos son sujetos tan importantes, o aún más importantes, que los Estados (15). Lo demuestra la Carta de las Naciones Unidas que a través de su organismo, el Consejo Económico Social, considera el bienestar económico y el progreso cultural de los hombres una de las finalidades principales del Derecho Internacional.

Por último podemos señalar que una rama muy importante del Derecho Internacional, que es el Derecho Internacional Privado, regula específicamente las relaciones jurídicas de orden privado de los individuos en el plano internacional.

Podemos concluir, entonces, que los individuos pueden pedir el cumplimiento de un tratado que reglamente o tenga relación con sus intereses de orden privado.

Siendo el tratado una norma con pleno valor jurídico, corresponde analizar su valor frente a una ley interna que le es contradictoria. Si estimamos que tienen igual fuerza obligatoria, el tratado derogará una ley anterior, pero puede ser derogado a su vez por una ley posterior a su ratificación.

---

(13) **Antoine Pillet**, obra citada, Números 63, 64 y 65.

(14) **Hans Kelsen**, obra citada, página 175.

(15) **Ernesto Barros Jarpa**, "Derecho Internacional Público", colección de apuntes de clases. Editorial Jurídica de Chile. IV edición, página 50.

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Algunos sostienen que el tratado tienen la fuerza obligatoria de una ley y debe considerársele para todos los efectos en ese carácter (16). Al efecto observan, que de acuerdo con nuestra Constitución Política, el tratado antes de su ratificación, debe ser aprobado por el Congreso Nacional y que la aprobación tiene la misma tramitación de una ley.

Otros opinan que los tratados surten los efectos de una ley; pero que de ello no puede deducirse que se formen y deroguen como todas las leyes. Son pactos que ligan a dos o más nacionaes y sólo pueden cesar en sus efectos por los medios que establece el Derecho Internacional (17).

Consideramos que en nuestro sistema jurídico el tratado no es una ley, en su sentido técnico de una norma dictada por el poder legislador.

Existen diferencias fundamentales entre una ley y un tratado. Las leyes pueden tener origen, en la Cámara de Diputados, en el Senado o por mensaje del Presidente de la República. La aprobación de un tratado sólo puede ser propuesta por el Presidente de la República. Un proyecto de ley del Presidente de la República puede ser aprobado por el Congreso Nacional con modificaciones. Los tratados propuestos por el Presidente de la República sólo pueden ser aprobados o rechazados por el Congreso Nacional (18). Una ley sólo puede ser derogada por otra ley. Un tratado, en cambio, puede quedar sin efecto mediante la denuncia que haga el Presidente de la República sin intervención del Congreso Nacional (19), o por denuncia del Estado contratante. Una ley rige por su promulgación y publicación en el Diario Oficial (20). Un tratado rige desde el canje de las ratificaciones o del depósito de las mismas, sin necesidad de publicación. Así, la Ley 8402, que

---

(16) Federico Duncker Biggs, "Derecho Internacional Privado", Editorial Jurídica de Chile 1950, párrafo 31; Fernando Albónico, "Manual de Derecho Internacional Privado", Editorial Jurídica de Chile, párrafo 27.

(17) Jorge Huneeus, "La Constitución ante el Congreso", Imprenta Cervantes, Santiago de Chile 1891, segunda edición, página 131.

(18) Artículo 43 N.° 5 y artículo 72 N.° 16.

(19) Artículo 71 N.° 16 de la Constitución.

(20) Artículos 6 y 7 del Código Civil.

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ordenó cumplir la Carta de las Naciones Unidas, no incluyó en la publicación el texto de la Carta. La derogación de una ley es un acto de soberanía interna. La denuncia de un tratado es un acto de soberanía externa.

Si ontológicamente un tratado es diverso de una ley, los conflictos entre ésta y aquél deberán regirse por principios que difieren de los que resuelven los conflictos entre dos leyes.

De acuerdo con el Derecho Internacional Público, una ley contraria a un tratado ratificado no puede producir efectos. Si de hecho se dicta tal ley, el Estado infringe el tratado e incurre en las sanciones propias del Derecho Internacional.

Chile ha reconocido este principio en forma expresa en dos instrumentos internacionales. El artículo 10 de la Convención de La Habana de 1928 sobre tratados dispone: "Ningún Estado puede eximirse de las obligaciones del Tratado o modificar sus estipulaciones sino con el acuerdo, pacíficamente obtenido, de los otros contratantes". El artículo 5.º de la Carta de la Organización de los Estados Americanos dispone que "el orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del Derecho Internacional".

Es evidente, entonces, que conforme a los principios del Derecho Internacional una ley no puede modificar a un tratado, y que éste pertenece a un orden jurídico superior.

Si examinamos este problema en nuestro ordenamiento jurídico interno, debemos concluir sin embargo, que el tratado produce los mismos efectos de una ley; y que si bien deroga una ley anterior, una ley posterior impide la aplicación del tratado. Esta conclusión deriva de lo que se ha llamado la legalidad de los fallos judiciales.

Nuestros tribunales deben aplicar en sus decisiones la ley, y sólo, a falta de ella, pueden aplicar otras normas jurídicas.

La legalidad de los tribunales chilenos se desprende de las diversas disposiciones que organizan su funcionamiento. El artículo 84 de la Constitución Política establece que "los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de ob-

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

servancia de las leyes que reglan el proceso, y, en general, por toda prevaricación o torcida administración de justicia". El artículo 223 del Código Penal considera que los jueces cometen el delito de prevaricación cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil. El artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales dispone que "reclamada la intervención de un tribunal en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión". El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil establece que toda sentencia definitiva deberá contener: 5.º "La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo".

Dichas disposiciones demuestran que los tribunales chilenos deben aplicar la ley, aunque sea contraria a una norma jurídica de valor superior. Lo deducimos también del artículo 86 de la Constitución Política que reglamenta el recurso de inconstitucionalidad en los siguientes términos: "La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación". Según esta disposición, el juez sólo puede omitir la aplicación de una ley inconstitucional, si las partes del juicio han interpuesto un recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, y este tribunal ha declarado inaplicable la ley en dicho juicio. Mientras no se obtenga tal declaración, el juez deberá aplicar la ley inconstitucional. La declaración de inconstitucionalidad, por otra parte, no deroga la ley. Todos los demás casos que se presenten con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad, deberán ser resueltos de acuerdo con la ley inconstitucional, a menos que las partes litigantes intenten y obtengan nuevamente el recurso que se ha mencionado.

Es, entonces, norma general, que el juez debe aplicar la ley contraria a preceptos de un orden jurídico superior, mientras una autoridad competente no declare su ineficacia. Como no hay un

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

recurso judicial que permita declarar inaplicable una ley contraria a un tratado, el juez no podrá dejar de aplicar aquélla, sin infringir sus deberes fundamentales.

A igual conclusión nos lleva el examen de las atribuciones de los poderes del Estado. La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley. Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en la ley. Los tribunales sólo podrán ejercer su potestad en los negocios y dentro del territorio que la ley les hubiere respectivamente asignado (21). Una ley dictada en contravención a un tratado es una infracción de las obligaciones internacionales del Estado. Si por este motivo el juez dejara de aplicar la ley, se estaría pronunciando sobre los deberes del Estado en el ámbito de sus relaciones internacionales. El mantenimiento de nuestras relaciones políticas con las potencias extranjeras, es una facultad privativa del Presidente de la República (22). El juez invadiría entonces esta facultad del Poder Ejecutivo, pues daría cumplimiento a un tratado, que aquél por razones de política internacional, ha estimado necesario dejar sin efecto mediante una ley por él promulgada.

Queda por resolver el problema de jerarquía entre un tratado y la Constitución Política del Estado.

Las normas de Derecho Internacional Público, ratificadas por nuestro legislador, dan al tratado una jerarquía superior a las Constituciones. El artículo 11 de la Convención de La Habana de 1928 sobre tratados dispone: "Los tratados continuarán surtiendo sus efectos aun cuando llegue a modificarse la constitución interna de los Estados contratantes. Si la organización del Estado cambiara, de manera que la ejecución fuera imposible por división de territorio o por otros motivos análogos, los Tratados serán adap-

(21) Artículos 1, 4 y 7 inciso 1.º del Código Orgánico de Tribunales.
(22) Artículo 72 N.º 16 de la Constitución.

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tados a las nuevas condiciones". La Carta de la Organización de los Estados Americanos contempla como deber fundamental de los Estados, el respeto y la fiel observancia de los tratados.

El tratado prevalece, entonces, sobre la Constitución. Una modificación constitucional contraria a un tratado, constituye infracción al Derecho Internacional, y acarrea las sanciones propias de esta disciplina jurídica.

Hemos visto que en nuestro Derecho un tratado produce los mismos efectos que una ley, y que deberá ser aplicado por los Tribunales como si fuera una ley. Un tratado inconstitucional produce entonces los efectos de una ley inconstitucional, o sea que deberá ser aplicado por los tribunales, no obstante esa inconstitucionalidad, mientras una instancia no declare su ineficacia.

Considerando las semejanzas entre una ley y un tratado, cabe preguntarse, acaso un tratado puede ser declarado ineficaz mediante el recurso de inconstitucionalidad.

Analizaremos este problema, en el supuesto de que en la ratificación del tratado se ha dado cumplimiento a las normas constitucionales pertinentes, o sea, que la inconstitucionalidad no se refiere a la forma sino al fondo.

Una inconstitucionalidad relativa a la forma impide el nacimiento del tratado para el orden jurídico interno del Estado. Su ratificación formal es condición de su existencia. A través de ella el Estado, en su carácter de soberano, manifiesta su intención de someterse a las estipulaciones del tratado. Así lo consagra la convención de La Habana sobre tratados, en su artículo 5.º al disponer: "Los tratados no son obligatorios sino después de ratificados por los Estados contratantes, aunque esta cláusula no conste en los plenos poderes de los negociadores ni figure en el mismo Tratado".

Diferente es el caso del tratado que contiene estipulaciones contrarias a la Constitución. Estimamos que deberá ser aplicado por los Tribunales, no obstante su inconstitucionalidad de fondo, pues no existe en nuestro Derecho un mecanismo que permita declarar la inconstitucionalidad de los tratados. El artículo 86 de la Constitución Política establece los recursos de inaplicabilidad para dos preceptos legales, o sea para las leyes. El tratado no puede

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

quedar comprendido en la expresión precepto legal, ya que no es una ley, sino una norma jurídica de naturaleza distinta que produce los efectos de una ley.

Suponiendo aún, que la expresión precepto legal pudiera comprender los tratados, debemos pronunciarnos por la negativa, porque la falta de aplicación judicial de un tratado es incumplimiento del mismo, o sea, infracción de las obligaciones internacionales del Estado, sancionado por el Derecho Internacional Público. De acuerdo con el artículo 72 de la Constitución, es facultad privativa del Presidente de la República determinar la actitud del Estado frente a sus obligaciones internacionales. Si la Corte Suprema acogiera un recurso de inaplicabilidad deducido contra un tratado, impediría el cumplimiento de una obligación internacional, y desautorizaría al Presidente de la República en el ejercicio de las facultades que le son privativas. La Corte Suprema carece, entonces, de competencia para conocer de la inconstitucionalidad de un tratado.

En nuestra historia diplomática se suscribió y ratificó un tratado inconstitucional. El tratado de Lima, que fué ratificado y promulgado (Decreto 1110 del 28 de Julio de 1929), reglamentó la nacionalidad de los habitantes de Tacna y Arica en los siguientes términos "Los hijos de peruanos nacidos en Arica se considerarán peruanos hasta los 21 años de edad en que podrán optar por su nacionalidad definitiva, y los hijos de chilenos nacidos en Tacna tendrán el mismo derecho".

Arica es territorio chileno desde el 21 de Mayo de 1880 y rige en él, el artículo 5 N.º 1 de la Constitución de 1925 que dice: "Son chilenos los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que podrán optar entre la nacionalidad de sus padres o la chilena". Según la Constitución, los hijos de peruanos domiciliados en Arica a la fecha del tratado son chilenos. El tratado, en cambio, los considera peruanos hasta los 21 años de edad, en que podrán optar entre la nacionalidad peruana y la chilena. De acuerdo con lo dicho sobre la inconstitucionalidad de los tratados en nuestra legislación, los jueces, en un caso concreto, deberán aplicar el tratado no obstante la reglamentación de la nacionalidad en la Constitución.

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Se observará que nuestro estudio nos ha llevado a soluciones al parecer contradictorias. Hemos señalado, que si bien un tratado modifica una ley anterior, la ley posterior prima sobre el tratado, o sea que tratado y ley se encuentran en igual pie de obligatoriedad. El tratado enfrentado a la Constitución, en cambio, mantiene su vigencia no obstante su inconstitucionalidad. En otros términos, a pesar de que el tratado tiene la fuerza obligatoria de una ley, prima sobre la Constitución, que la ley debe respetar.

El Derecho considerado en su conjunto, constituye un todo armónico. Las diversas disposiciones positivas deben ser aplicadas e interpretadas en función de un orden jurídico único al servicio de un orden social y político dado. Esta misión del Derecho debe manifestarse también en las soluciones propuestas precedentemente.

Creemos que las soluciones dadas al problema de prelación entre ley, tratado y Constitución cumplen el imperativo de la interpretación armónica de las leyes prescrito por nuestro legislador en los siguientes términos: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía" (23).

La armonía del orden jurídico supone que las diferentes normas de Derecho, cualquiera que sea su fuente, actúen conforme a una técnica jurídica, que garantice precisamente el orden perseguido a través de la actividad normativa del Estado. Supone también, que las normas, cualquiera que sea su fuente, constituyan un orden jurídico único y no órdenes jurídicos diferentes cuyas contradicciones se justificarían por su independencia y autonomía.

A continuación trataremos de probar, que en nuestra legislación positiva se cumplen los dos supuestos, que hemos señalado como necesarios, para la acción conjunta y armónica de las diferentes normas de Derecho.

El Derecho positivo en cuanto a norma obligatoria puede tener origen en diversos órganos del Estado. Habrá algunas cuya exis-

---

(23) Artículo 22 del Código Civil.

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tencia se debe a un acto de autoridad del Poder Judicial. Pertenecen a esta clase de normas las sentencias. Hay otras, cuya existencia jurídica nace de la manifestación de voluntad del Poder Ejecutivo. Corresponden a esta clase de normas los decretos y reglamentos. Una tercera clase de normas nace de la acción conjunta del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Corresponden a este grupo, las leyes, y pueden corresponderle también las normas constitucionales, ya que la reforma de la Constitución, por regla general, nace de la acción conjunta de los Poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado. La norma constitucional tiene sin embargo un carácter un tanto diferente de la norma meramente legal, ya que aquélla reglamenta la actividad creadora de Derecho de los tres poderes fundamentales del Estado. Por último hay normas que no sólo reglamentan la acción del Estado en su orden interno, sino que la reglamentan también, en cuanto esta acción pueda comprometer intereses de otros Estados. Estas normas constituyen en su conjunto el Derecho Internacional.

Puede observarse, entonces, que las normas de Derecho toman nombres diferentes, según sea el poder u órgano que las haya creado: los Tribunales dictan la sentencia; el Poder Ejecutivo crea los reglamentos y decretos; los Poderes Ejecutivo y Legislativo, en acción conjunta, crean la ley y las normas constitucionales; y dos o más Estados, o sea órganos jurídicos internacionales crean el Derecho Internacional.

Es indudable que si las normas de Derecho nacen de la actividad de órganos independientes entre sí, dichas normas pueden estar en contradicción. Esta contradicción sólo puede superarse mediante una técnica o mecanismo jurídico, que establezca un orden de prelación entre las normas de Derecho de diferente origen.

Dicho mecanismo jurídico ha sido analizado con meridiana claridad por el tratadista Hans Kelsen (24). Señala que la existencia de una norma de Derecho se debe siempre a una norma de orden superior. Así la sentencia del juez se debe a una norma superior llamada ley, conforme a la cual la sentencia debió dictarse. El decreto se debe también a la ley, ya que el Poder Ejecutivo sólo

(24) "Teoria pura del Derecho", obra ya citada.

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

puede ordenar en términos concretos lo que la ley ha dispuesto en términos generales. La ley, a su vez, debe su existencia a la actividad normativa del Poder Legislador del Estado reglamentada en cuanto forma y materia por la Constitución. La existencia jurídica de la ley depende así de un orden superior que es el Derecho Constitucional. La Constitución es el conjunto de preceptos que organiza un Estado y reglamenta la acción de los poderes públicos, sea en sus relaciones públicas o en sus relaciones con los particulares.

El Estado, para actuar como órgano generador del Derecho, debe disponer de un espacio o territorio en que su poder pueda manifestarse. Este espacio lo delimita el Derecho Internacional.

Se destaca entonces la conclusión precisa, de que la actividad legisladora del Estado, sea en lo relativo a su propia organización, o en lo relativo a cualquiera actividad legislativa, nace del orden jurídico máximo que es el Derecho Internacional. Este Derecho nace a su vez de la actividad conjunta de los Estados. En otros términos el órgano creador del Derecho Internacional es la comunidad jurídica de los Estados.

De acuerdo con la doctrina expuesta, las normas máximas son las del Derecho Internacional. Le siguen en orden de coactividad y generalidad decreciente: las normas constitucionales, la ley y la sentencia judicial. Esta jerarquía se complementa, para su perfecto funcionamiento, con el mecanismo jurídico anotado por Kelsen: una norma inferior contraria a una norma de orden superior, si bien es una norma irregular, no pierde su carácter de norma de Derecho, mientras no se haya obtenido su anulación por los medios que la norma superior ha señalado. Por ello, una sentencia ilegal tiene fuerza obligatoria, mientras no haya sido enmendada por el correspondiente recurso legal. Si el recurso no fuera interpuesto oportunamente, la sentencia ilegal adquiere una fuerza obligatoria definitiva. Por la misma razón una ley inconstitucional no deja de ser ley mientras no se declare su inconstitucionalidad; y una ley o Constitución contraria a una norma de Derecho Internacional mantiene su existencia jurídica y fuerza obligatoria mientras dichas ley o Constitución no han sido dejadas sin efecto por los medios

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que el Derecho Internacional estableçe. Se deduce; entonces, que la norma irregular es considerada norma de Derecho aún por el orden legal superior, mientras este mismo orden no la haya anulado expresamente. La fuerza obligatoria de la norma irregular nace así, a pesar de su irregularidad, del orden jurídico superpuesto que la admite o tolera.

La conclusión anterior puede parecer un absurdo jurídico, pues siendo el Derecho una norma obligatoria para las personas y órganos para los cuales ha sido dictada, resulta en cierta forma un contrasentido que una norma inferior contraria a una superior no deja de ser por ello una norma de Derecho. El absurdo es sólo aparente, porque en el mecanismo jurídico expuesto descansa la estabilidad del Derecho.

El Derecho es un conjunto de normas permanentes en el tiempo y en el espacio, o sea, que tienen una obligatoriedad cierta en dichos tiempo y espacio. Si se aceptara que una norma irregular no es norma de Derecho debido a su posible irregularidad, el Derecho perdería su carácter obligatorio. La obligatoriedad del Derecho consiste indudablemente en la circunstancia de que la sentencia, el decreto o la ley deban ser cumplidas por el solo hecho de haber sido dictadas. Si fuera posible discutir la obligatoriedad de una sentencia ejecutoriada no obstante su posible ilegalidad, dicha sentencia dejaría de ser ejecutoria. Si fuera posible discutir la inconstitucionalidad de una ley, a pesar de que no ha sido anulada por el recurso de inconstitucionalidad, la ley dejaría de ser obligatoria. En el primer caso se podría eludir el cumplimiento de la sentencia con sólo discutir su legalidad, cada vez que dicho cumplimiento se pida. En el segundo caso se eludiría el cumplimiento de la ley, sosteniendo, cada vez que el cumplimiento se exija, su inconstitucionalidad.

Dicha obligatoriedad cierta de las normas de Derecho en el tiempo y en el espacio está consagrada en las diversas disposiciones legales que reglamentan la obligatoriedad de la ley y de las sentencias y a su vez consagran los medios para anular una ley o sentencia por los correspondientes recursos.

Con respecto a los tratados, el Derecho positivo ha consagrado su obligatoriedad cierta, pero no ha señalado el recurso o los

Artículo: Los Tratados en el Derecho Positivo
Revista: Nº90, año XXII (Oct-Dic, 1954)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

medios para anular el tratado irregular o para anular un precepto contrario al tratado cuando éste prima sobre aquél. En otros términos, los tratados han sido incorporados a la legislación positiva como normas jurídicas eficaces, y se les ha dado un carácter jerárquico superior al Derecho nacional; pero no se han creado los medios necesarios para asegurar su jerarquía supranacional, cuando una norma jurídica de orden jerárquico inferior le es opuesta.

De lo expuesto se desprende que las soluciones positivas dadas en este estudio a la prelación entre ley, Constitución y tratados son contradictorias al orden de jerarquía que la misma legislación les ha asignado; pero que tales contradicciones no destruyen el orden jerárquico en sí mismo, sino que dejan de manifiesto un evidente vacío en el Derecho positivo: el de complementar el orden jerárquico de las normas jurídicas internacionales, o sea el tratado, con los medios o recursos que aseguran su orden de prelación frente a otras normas de Derecho.

Llenar dicho vacío es, sin duda, un imperativo de orden científico para el Derecho Interno; pero su consagración positiva depende del desenvolvimiento del Derecho Internacional en su contenido específico de norma supranacional o sea en la juridicidad tenido específico de norma supranacional, o sea, en la juridicidad misma del Derecho de Gentes.

* * * * *