

DE LAS RAZONES POR LAS CUALES LA AMNISTÍA DEBE
ACORDARSE MEDIANTE LEY Y NO MEDIANTE
"DECRETO LEGISLATIVO"

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de
Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello
Director del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad
Monteávila

1. La propuesta de acordar amnistía a los presos políticos, por parte de la Asamblea Nacional electa el pasado 6 de diciembre, ha planteado una alternativa en cuanto a cómo debe ser dictada tal amnistía. Así, frente a la opción de una "Ley de amnistía", se ha propuesto que la amnistía sea acordada por la Asamblea Nacional mediante un "Decreto Legislativo".

2. En este muy breve reporte, se resumen los principales argumentos jurídicos por los cuales la amnistía solo debe dictada mediante Ley. Además, a partir de una valoración de riesgos, se concluye que, igualmente, la opción menos riesgosa es que esa amnistía sea aprobada mediante Ley. Este último, nos parece, termina siendo el elemento de mayor contundencia en la actual coyuntura.

3. En la primera parte de resume la posición que apoya la tesis de la amnistía por "Decreto Legislativo". La segunda parte analiza las razones jurídicas que justifican que la amnistía solo pueda declararse mediante Ley. La tercera y última parte, luego de un análisis costo/beneficio, concluye que la Ley de amnistía es la opción menos riesgosa.

I. LA OPCIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO

4. La opción del Decreto Legislativo ha sido defendida, principalmente, por el Foro Penal¹ y por el profesor Allan Brewer-Carías².

5. De acuerdo con el Foro Penal, la amnistía no es tanto una decisión jurídica sino una "gracia" que puede otorgar la Asamblea Nacional, de manera similar a como el Presidente de la República puede dictar indultos. Asimismo, se considera que de acuerdo al numeral 5 del artículo 187 de la Constitución, la amnistía puede ser "decretada" por la Asamblea, en un acto parlamentario sin forma de Ley.

6. El profesor Brewer-Carías también ha sostenido que la amnistía puede ser otorgada mediante Ley o mediante Decreto de la Asamblea, como se concluye luego de un análisis histórico del tratamiento constitucional de la materia. Para el profesor Brewer la amnistía no es, así, una materia de la reserva legal sino una materia reservada al Parlamento.

7. La opción del Decreto tiene un claro efecto práctico: al tratarse de un acto parlamentario sin forma de Ley, su promulgación no se regirá por las normas constitucionales de la promulgación de la Ley, lo que haría inaplicable tanto el llamado veto presidencial como el control previo por parte de la Sala Constitucional, de acuerdo con el régimen de los artículos 213 y siguientes de la Constitución.

¹ Puede consultarse aquí: <https://foropenal.com/noticias/foro-penal-venezolano-presenta-proyecto-de-ammnist%C3%ADa-para-su-discusi%C3%B3n>

² "Sobre el Decreto de amnistía anunciado por la Mesa de la Unidad Democrática", tomado de: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/a.%20Brewer.%20SOBRE%20EL%20DECRETO%20DE%20LA%20AMNIST%C3%8DA%20PRPUESTO%20PARA%20SER%20DICTADO%20POR%20LA%20NUEVA%20ASAMBLEA%20NACIONAL%20dic%20%202015.pdf>

II. RAZONES JURÍDICAS QUE LLEVAN A CONSIDERAR QUE LA AMNISTÍA SOLO PUEDE ACORDARSE MEDIANTE LEY

8. En nuestra opinión, la amnistía solo puede estar contenida en una Ley dictada por la Asamblea Nacional, de acuerdo al procedimiento de formación de Leyes. Para ello, consideramos básicamente la naturaleza de la amnistía y la naturaleza de los actos dictados por la Asamblea.

9. La amnistía, a diferencia del indulto, es una medida general y abstracta que extingue la acción penal para los delitos amparados por la amnistía, al margen de los sujetos que realizaron tales delitos³.

10. Ahora bien, sabido es que la Asamblea puede dictar básicamente dos tipos de actos en ejecución directa de la Constitución: las Leyes y los actos parlamentarios sin forma de Ley⁴. Ambas categorías de actos se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, pero se diferencian en función a su carácter normativo⁵.

11. Tomando en cuenta lo anterior, debe concluirse que la amnistía, en tanto decisión abstracta y general, debe estar contenida en un acto normativo de la Asamblea, en tanto la norma es una decisión abstracta y general.

12. El "Decreto Legislativo" propuesto por el Foro Penal tiene, en este sentido, un claro contenido normativo. Por lo tanto, no se trata de un acto parlamentario sin forma de Ley (o sea, de contenido no-

³ Esta es el sentido común de amnistía, definida -por ejemplo- como "*una institución de carácter general en cuanto se refiere de manera impersonal a las conductas punibles*". Corte Constitucional de Colombia, decisión N° 695-02.

⁴ Véase, por ejemplo, a Pérez Luciani, Gonzalo, "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos de organización interna de las cámaras legislativas", en *Escritos del Dr. Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe, Caracas, 2013, p. 86.

⁵ Por ejemplo, Sainz Moreno, Fernando, "Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa", en *Revista de Administración Pública* N° 115, Madrid, 1988, pp. 233 y ss.

normativo) sino de un acto parlamentario con contenido normativo. Es decir, que materialmente se trata de una Ley, a pesar de que formalmente se presenta como un Decreto⁶.

13. Por ello, a diferencia del indulto, la amnistía debe ser aplicada por el Juez penal en ejercicio de la función jurisdiccional. De acuerdo con el artículo 29 del Código Orgánico Procesal Penal "*decretado el indulto, o verificados por el Juez o Jueza los supuestos de la amnistía, en cualquier estado y grado del proceso o del cumplimiento de la pena, se extinguirá la acción penal o la pena y cesará cualquier medida de coerción personal*". La aplicación al caso concreto de la amnistía por el Juez (quien debe "verificar" esa aplicación) corrobora, así, que la amnistía se concreta en un acto normativo, o sea, en una Ley⁷.

14. Otra razón adicional que justifica que la amnistía debe estar contenida en una norma, es que el cumplimiento de los estándares establecidos en materia de derechos humanos exigen que la amnistía sea debidamente reglamentada, lo que solo puede hacerse en una Ley⁸.

15. Adicionalmente, la forma de Ley garantiza el respeto al derecho de participación ciudadana en la Ley de amnistía, conforme al procedimiento de formación de Leyes, lo que igualmente va en sintonía con los estándares de cumplimiento de derechos humanos.

⁶ El proyecto preparado por el Foro Penal es un acto parlamentario de ejecución directa de la Constitución y que contiene normas. Esto es, es una Ley en sentido material, al punto que la amnistía es "general", en el mismo sentido que las normas son "generales". En nuestra opinión, no es posible plantear la existencia de actos parlamentarios de contenido normativo y que sin embargo no sean una Ley. El caso del Reglamento Interior y de Debates quizás sea el más complejo. Pero materialmente, sin duda, nos encontramos ante un acto normativo que más allá de su denominación, debe ser considerado una Ley -aun cuando de naturaleza especial, pues su régimen de promulgación difiere del régimen de las Leyes ordinarias.

⁷ Por ello, la amnistía no solo es reserva de la Asamblea sino que además es reserva de Ley, como corresponde a toda materia penal.

⁸ Entre otros, vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 14 de marzo de 2001, caso *Barrios Altos vs. Perú*.

16. Tampoco parece relevante que el numeral 5 del artículo 187 de la Constitución aluda a la competencia de la Asamblea para decretar amnistías. En definitiva, las Leyes son decretadas por la Asamblea, como indica el artículo 212 constitucional. Luego, ese numeral 5 puede ser interpretado en el sentido que la Asamblea decreta la amnistía en el mismo sentido que decreta las Leyes⁹.

17. Resta por señalar que la necesaria forma de Ley que debe revestir la amnistía no desdice la especial naturaleza de esa decisión como una competencia propia de la Asamblea, con lo cual, la Sala Constitucional solo podrá controlar (i) aspectos formales y (ii) el cumplimiento de los estándares de protección de derechos humanos establecidos en el artículo 29 constitucional. No cabe así un control de mérito u oportunidad.

III. LOS RIESGOS ASOCIADOS AL DECRETO LEGISLATIVO

18. Un análisis de costo/beneficio, además, corrobora que la opción más eficiente es que la amnistía sea declarada mediante Ley, lo que nos parece, en la actual coyuntura, un elemento de mayor peso que el análisis estrictamente jurídico.

19. Más allá de las razones antes resumidas, hay una conclusión básica: existe controversia, en Venezuela, sobre si la amnistía puede estar contenida en un Decreto de la Asamblea, mientras que existe consenso en cuanto a que la amnistía puede ser acordada mediante Ley.

20. El principal beneficio de la figura del Decreto Legislativo, como se desprende del proyecto presentado por el Foro Penal, es que ese instrumento estaría excluido del procedimiento de promulgación de

⁹ El proyecto del Foro Penal sigue, en este sentido, la forma de las Leyes establecida en el artículo 212 constitucional. Así, ese proyecto decreta una "amnistía general", lo corresponde con la forma de decreto de las Leyes.

Leyes y, por ende, de los mecanismos de control previo. En contra, la Ley de amnistía estaría sometida a dichos controles.

21. No obstante, debe aclararse que ambas opciones permitirían a la Sala Constitucional ejercer el control -de forma y fondo- sobre la constitucionalidad de la amnistía. Tan solo la opción del Decreto Legislativo permitiría diferir en el tiempo ese control.

22. Ahora bien, solo la figura del Decreto Legislativo presenta un riesgo en cuanto al control que puede ejercer la Sala Constitucional. Así, esa Sala puede controlar aspectos formales de la amnistía y, precisamente, podría concluir que la forma empleada -Decreto Legislativo- es contraria a la Constitución. De hecho, esa posible conclusión de la Sala podría encontrar respaldo en argumentos similares a los que han sido aquí resumidos.

23. En contra, ese riesgo formal no está presente en la Ley: en ningún caso la Sala Constitucional podrá cuestionar que la amnistía no puede estar contenida en una Ley.

24. En cuanto al fondo, observamos, en ambos casos existe el riesgo de un control indebido de la Sala Constitucional sobre la amnistía, a partir de una errada interpretación del artículo 29 constitucional.

25. Como puede observarse, de las dos opciones existentes, *la opción de la Ley de amnistía presenta menos riesgos*, pues al menos, la Sala Constitucional no podrá controlar aspectos formales. Ello, para nosotros, no es compensado por el único beneficio derivado del procedimiento para promulgar el Decreto de amnistía, en tanto ese procedimiento difiere -pero no excluye- el control de la Sala Constitucional.

IV. LÍMITES AL CONTROL JUDICIAL DE LA AMNISTÍA

26. La amnistía, como todo acto del Poder Público, queda sujeta a control judicial. Sin embargo, ese control solo puede ejercerse sobre dos aspectos: el cumplimiento de las formas exigidas y el respeto a los límites generales de la amnistía previstos en el artículo 29 constitucional, cuya interpretación debe efectuarse en el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos.

27. Tal y como concluyó la Sala Constitucional en la sentencia N° 1368/2008, de 13 de agosto, "*resulta válido afirmar que esta institución, junto con la amnistía, es la clara manifestación de un verdadero "derecho de gracia"*". Para la Sala, consecuentemente, ello implica un límite al control judicial tanto del indulto como de la amnistía, en el sentido que la valoración política o discrecional no es susceptible de control judicial.

28. Esta misma naturaleza política de la amnistía ha sido reconocida en sentencia de la Sala Constitucional en sentencia N° 3167/2002 de 9 de diciembre, ha señalado lo siguiente:

"Por el contrario, la amnistía suele definirse como una derogación retroactiva que puede afectar bien a la norma que califica a un acto como ilícito penal, bien a la que dispone - como consecuencia de la verificación de un acto así calificado- la imposición de una sanción. En su grado máximo, y en honor a la etimología de la expresión, comporta la inexistencia en derecho de actos jurídicamente ciertos, una suerte de amnesia del ordenamiento respecto de conductas ya realizadas y perfectamente calificadas (o calificables) - tipicidad objetiva- por sus órganos de garantía. Efectos tan radicales han llevado siempre a sostener que sólo puede actuarla el poder legislativo, aunque es común adscribirla a la órbita de la gracia, incluso cuando ésta viene atribuida al Jefe del Estado. Esa adscripción se explica, sin duda, por causa del componente exculpatorio de la amnistía -común al que es propio del indulto en sus dos variantes-; en propiedad, la

amnistía no sólo exculpa, sino que, más aún, puede eliminar de raíz el acto sobre el que se proyecta la inculpación o la norma resultante de ésta"

29. Por tanto, si bien la amnistía y el indulto están sujetos al control judicial, en ambos casos se admite una limitación al alcance de ese control que no podrá sustituirse en valoraciones políticas y discrecionales.

V. CONCLUSIÓN

30. La opción constitucionalmente más robusta y menos riesgosa, sobre un análisis costo/beneficio, es que la amnistía sea aprobada mediante Ley.