

AUTOCTONIA CONSTITUCIONAL Y PODER CONSTITUYENTE

(CON REFERENCIA A ALGUNOS CASOS RECIENTES EN LA HISTORIA
DE LA DESCOLONIZACION)

A la memoria de mi buen amigo
el doctor Saturnino Ibongo.

SUMARIO:

Introducción: El problema de la autoctonía.—I. *Tipología:* A) Sistemas que fundamentan el proceso constituyente en la independencia: a) Modelo anglo-belga. b) Modelo americano. c) Modelo francés. B) Sistemas que separan el proceso constituyente de la independencia: el modelo birmano.—II. *La fórmula de autoctonía de Guinea Ecuatorial:* A) El principio plebiscitario. B) Independencia heterónoma y constitución autóctona.—*Conclusión.*

INTRODUCCION

Hace ya más de medio siglo la Teoría General del Estado —entendida como «aquella que se ocupa del Estado lógicamente deducido», en contraposición a «la ciencia empírica del Estado, cuyo objeto es proporcionado por los Estados efectivos, ya uno en particular, ya la comparación entre varios»— fue declarada «caduca» (1). Sin embargo, el estudio del fenómeno de poder y de su expresión jurídica sigue dominado por principios que no son sino el fruto de la especulación abstracta. La consecuencia es que el desarrollo de los temas discurre, en gran parte, por los cauces de un pensamiento dogmático», que, como tal, piensa hasta el fin, agotando todas sus posibilidades y sin salirse de él, un *dado*, que en este caso, y frente a lo propio del recto dogmatismo jurídico, no goza de autoridad objetiva alguna (2).

(1) REHM: *Allgemeine Staatslehre, Handbuch des off. Rechts*, I, 1899, pág. 1.

(2) Sobre los eventuales abusos del pensamiento dogmático (entendido en el sentido:

Sirva de ejemplo el tratamiento clásico del tema del nacimiento del Estado. Con la excepción, más adelante comentada, de la escuela de Viena, la doctrina afirma, casi unánimemente, la naturaleza *fáctica* de la aparición del nuevo Estado, el carácter *originario* de éste y la *identidad de su aparición como tal Estado y su autoconstitución material*. En efecto, a partir de Jellinek (3), el Estado se considera una realidad nomo-poética, y por tanto, en sí misma meta-jurídica, puesto que siendo el Derecho, en tanto que institución humana, posterior al Estado, es decir, siendo su origen el mismo Poder estatal una vez configurado éste el Derecho no puede encontrarse en, ni aplicarse a, la formación misma del Estado. De todo ello la doctrina clásica puede concluir, con Carré de Malberg, que «la ciencia jurídica no debe, por tanto, investigar el fundamento del Estado: el nacimiento del Estado no es, desde su punto de vista, más que un simple hecho insusceptible de calificación jurídica» (4).

De otra parte, y por la razón anteriormente expuesta, el fenómeno estatal es originario, es decir, tiene la cualidad de no derivarse ni estar determinado más que por sí mismo, sin que pueda vincularse genéticamente a un orden jurídico anterior. «De una parte, el orden jurídico, único objeto de la ciencia del Derecho, no va más allá de la organización estatal, y los actos que han producido y fundamentado esta organización se encuentran fuera de la esfera del Derecho y escapan, por tanto, a toda denominación jurídica, y de otro lado, cuando incluso fuera posible dar una construcción jurídica a los actos en virtud de los cuales se ha creado un Estado, dicha construcción sería también inútil, puesto que cualquiera que sean los acuerdos y operaciones que hubiesen podido preparar la formación del Estado, éste, una vez formado, encuentra las causas jurídicas de su personalidad y su poder única y esencialmente en su Estatuto orgánico, que le hace capaz de voluntad y acción propia», concluyéndose de ello que «los actos... anteriores a esta organización no deben tomarse más en consideración» (5).

Este carácter fáctico y originario del fenómeno estatal se enraiza en la

de VIEHWEG: *Studium Generale*, 1958, págs. 354 y sigs.). Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, págs. 189 y sigs. Cuya posición tiene validez para el Derecho constitucional comparado.

(3) Cfr. *Lehre von den Staatenverbindungen*, 1882, págs. 262 y sigs.

(4) CARRÉ DE MALBERG: *Contribution a la theorie generale de l'État*, I, 1920, página 62. Tal es la doctrina usual de autores como STRUPP, CAVAGLIERI, o, desde una perspectiva bien diferente, LE FUR. Por todos, cfr. ERICH: «La naissance et la reconnaissance des Etats», *Rec. des Cours*, 1926, III, pág. 442.

(5) CARRÉ DE MALBERG: *Op. cit.*, pág. 64.

consideración de que «resulta del hecho natural de la formación nacional» (6), o, lo que es lo mismo, en la interpretación de su nacimiento como expresión de una voluntad política de base, normalmente la voluntad nacional. Así, «para que un Estado, incluso un Estado no soberano, nazca se requiere un acto originario, primario y espontáneo por parte de la colectividad que debe constituir el nuevo Estado»; voluntad que se entiende plasmada en la Constitución política del mismo (7). En esta perspectiva, históricamente avalada (8), cobra pleno sentido la afirmación clásica de que «el Estado debe su existencia ante todo al hecho de que posee una Constitución..., es decir..., del Estatuto que por primera vez da a la colectividad órganos que aseguran la unidad de su voluntad y la convierten en personalidad estatal» (9).

Ahora bien, así planteado, el tema del origen del Estado se vincula íntimamente con el tema del Poder Constituyente, y sin perjuicio de que en las conclusiones de este trabajo se intente avalar la distinción lógica entre creación del Estado y ejercicio de dicho Poder, no cabe duda de que ambos problemas ofrecen importantes puntos de contacto. Prueba de ello es que la «destrucción de la Constitución» por cambio del titular del Poder constituyente, verdadero creador no instantáneo, sino continuo de la forma política, pueda aparecer como una novación tan radical del Estado que atente a su identidad (10), o de otra parte, la fundamentación de la plena originariedad del Estado en la autoctonía de su constituyente primordial (11).

(6) ESMEIN: *Elements de Droit Constitutionnel*, 5.^a ed., pág. 351.

(7) ERICH: Op. cit., págs. 443, 450-451. ERICH cita el ejemplo de la constitución prevista para DANTZIG por el artículo 103 del Tratado de Versalles.

(8) Cfr. DUCLOS: *La notion de constitutions dans l'oeuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, París, 1932.

(9) CARRÉ DE MALBERG: Op. cit., pág. 65. Desde otra perspectiva, pero atendiendo también a la forma de institucionalización del Poder que es el Estado, puede afirmar G. BURDEAU: «Et cette formation de l'Etat se concretise dans un acte juridique qui est la constitution» (*Traité de Science Politique*, II, 1949, pág. 208).

(10) Cfr. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. esp., 1934, págs. 109 y sigs., sobre la noción de «destrucción». Los ejemplos bien conocidos son los casos de Francia en 1794 y Rusia soviética en 1922.

(11) Tal es el caso de Israel, en el que se sucedieron dos acciones plenamente independientes entre sí: la *Palestine Act*, de 15 de mayo de 1948, mediante la cual el Parlamento Británico disponía el cese de la Administración británica en Palestina; la creación del Estado de Israel por el Consejo Judío Provisional de Gobierno, mediante la declaración de 14 de mayo de 1948 (cfr. *Materials on Succession of States*, ST. LEG. SER. B. 14, pág. 39). La Ley británica no crea, como en otros casos, un nuevo Estado, verbigracia: *Indian Independence Act.*, 1947, sec. 1, o *Burma Independence Act.*, 1948, sección 1, sino que establece simplemente que, a partir del 15 de mayo, «all jurisdiction

Sin embargo, incluso los mantenedores a ultranza de la facticidad jurídica del nacimiento estatal están obligados a reconocer que «a veces el origen del Estado se encuentra en un acto jurídico» (12), concesión cuya verdad harto frecuente se encarga de demostrar la práctica; la ingente temática de la sucesión de Estado obliga a restringir un tanto el carácter originario, afirmado en principio por la teoría, y la descolonización ha desmentido en muchos casos que el Estado y su Constitución «no dependan de ningún orden jurídico anterior» (13). Demostrarlo es el objeto de este trabajo.

Por ello, aun sin dejar de admirar el «palacio de conceptos» de las construcciones doctrinales, entrar en el cual exigiría, sin duda, mayor bagaje que la simple erudición de que aquí se hace gala, tal vez sea útil examinar algunos aspectos de la práctica del Poder Constituyente en los nuevos Estados nacidos de la descolonización. Ningún campo mejor para analizar la aparición del Estado que la disolución del fenómeno colonial; ningún tema más idóneo tampoco que el Poder Constituyente, tanto por ser el hasta ahora menos estudiado, al menos desde el ángulo aquí adoptado, como por su posición central en la doctrina clásica del nacimiento del Estado, ya antes señalada. Como en tantas otras ocasiones, el gran Léon Duguit no erraba al señalar la importancia que para el Derecho público tenía el estudio de la génesis de la Constitución (14).

Ahora bien, el estudio del Poder Constituyente es problemático en sí mismo. Baste aquí señalar someramente la disyuntiva metodológica que desde un principio se presenta. Como señala G. Burdeau, «o bien se considera al Poder Constituyente fuera de toda regla de Derecho positivo relativa a su institucionalización y su ejercicio, o bien se considera tal como el Derecho positivo prevé y organiza su intervención (15). Mientras la segunda de estas perspectivas permite el estudio de la cuestión por el Derecho constitucional, aunque a riesgo de eliminar la verdadera noción de constituyente en bene-

of H. M. in Palestine shall terminate and H. M. Government in the United Kingdom shall cease to be responsible for the government of Palestine». Por su parte, la proclama del Consejo Judío de Palestina, que se llamará Israel, (cfr. *Laws of the State of Israel*, Tel-Aviv, 1948, págs. 3-7) «establece el Estado Judío de Palestina, que se llamará Israel», con una fórmula de autoconferencia especialmente dura y a partir de la cual se convalida provisionalmente el Ordenamiento jurídico, entonces existente, se organiza el Gobierno provisional del Estado y se afirma la absoluta originariedad de Israel en el plano de la sucesión (cfr. *Materials...*, cit., páginas 40-41).

(12) ROUSSEAU: *Tratado de Derecho Internacional Público*, trad. esp., 1957, página 278.

(13) CARRÉ DE MALBERG: *Op. cit.*, II, 1922, pág. 490.

(14) Cfr. *Études de Droit Public*, II; *L'État...*, 1903, págs. 51, 52, 78.

(15) *Traité de Science Politique*, III, 1950, pág. 203.

ficio de la instancia constituída competente para la reforma de la Constitución, la primera excluye tal perspectiva y exige en su caso un tratamiento de la materia por la Ciencia Política. Sin por ello confundir el acto constituyente con la simple revisión de la Constitución, el punto de vista aquí adoptado tiende a ser el jurídico-formal, y ello por dos razones. De una parte, la Teoría de la Constitución no parece ganar nada con la identificación del constituyente originario y la opinión pública, sospechosamente entendida como moderna versión de la «aclamación», prescindiendo de los cauces formales de decisión política y de producción de la Constitución (16). De otro lado, la creencia de que la génesis de la Constitución es un puro hecho refractario a toda calificación jurídica y a toda dependencia respecto de un orden jurídico anterior es desmentida por la circunstancia de que el nuevo Estado es creado desde otra instancia, casi siempre otro Estado, que ejerce en numerosas ocasiones el Poder Constituyente. En el contexto de la descolonización, un estudio jurídico-formal del Poder Constituyente, problema capital del Derecho público, versa necesariamente sobre lo que los británicos han denominado «autoctonía constitucional», cuestión que, surgida de la práctica jurídico-política anglosajona, ha de ser necesariamente expuesta en términos tópicos, sin perjuicio de plantearla más adelante con carácter abstracto.

La plena independencia dentro de la Commonwealth se alcanza a través de un proceso de progresiva autonomía, cuya fuente son las leyes del Parlamento británico y las Convenciones constitucionales (17).

Ahora bien, algunos de los miembros de la Commonwealth, y especialmente los países no blancos independizados a partir de 1947, han aspirado no sólo a una *autonomía* garantizada por el *Status of Westminster*, las leyes de independencia respectivas y las Convenciones constitucionales restrictivas de la competencia del Parlamento Imperial, sino a una plena *autoctonía*. Mientras en el campo constitucional la autonomía supone la imposibilidad de que el Parlamento británico legisle para los nuevos Estados (salvo, en algunos casos, cuando éstos lo requieran) y la posibilidad de los Parlamentos de éstos de modificar y abrogar el Ordenamiento jurídico heredado de la metrópoli, la autoctonía es algo más. Supone la autosuficiencia y autarquía del Estado en cuanto al ejercicio del Poder Constituyente, de manera que el origen formal de su Constitución no se encuentre, directa o indirectamente,

(16) Cfr. SCHMITT: *Teoría*, pág. 96.

(17) Por todos, cfr. la obra clásica de DAWSON: *The development of Dominion Status*, 1937 (reimpresión, 1965).

en una institución extranjera o su fundamento legal en un ordenamiento distinto.

Tres han sido las grandes cuestiones en torno a las cuales políticos y juristas de estirpe británica han planteado el tema de la autoctonía.

En primer lugar, la supremacía del Parlamento Imperial sobre todas las posesiones de la Corona, que ni el propio Parlamento puede autolimitar, parece amenazar lo que Sir Arthur B. Keith denominara, no sin reticencia, *The Sovereignty of the British Dominions* (18), y en este sentido la autoctonía preocupó ya a los nacionalistas de la vieja Commonwealth, apenas tranquilizados por la interpretación del *Status of Westminster* como una ruptura de la cadena normativa entre el Parlamento Imperial y los Dominios Británicos de Ultramar (19). En segundo término, la Constitución no autóctona, al tener su origen en una ley del Parlamento británico o en una *Order in Council* de la Corona, se considera extranjera. Refiriéndose al texto constitucional otorgado a Ghana cuando este país alcanzó el *status* de *Dominion*, señala K. Nkrumah que «la Constitución fue impuesta al pueblo de Ghana por una potencia imperial..., y tres años después de la independencia no podemos seguir estando gobernados por una Constitución que nos ha sido impuesta por una potencia extranjera» (20). En fin, una y otra preocupación se reflejan técnicamente en la aspiración a convertir el propio orden constitucional no sólo en autónomo e incluso en autárquico, sino también en originario, esto es, fruto de un acto constituyente que ni directa ni indirectamente pueda vincularse ni a la Corona ni al Parlamento Imperial a través de una cadena de normas (21).

(18) Londres, MACMILLAN, 1929.

(19) Así COWEN cfr. WHEARE: *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, 1960, pág. 110.

(20) Cit. MANSERGH: *Speechs and Documents on British Commonwealth 1952-1962*, Londres, 1963, pág. 295. Esta motivación «xenófoba» explica la frecuente vinculación de la lucha por la autoctonía, con las aspiraciones republicanas de la nueva Commonwealth. Así, en el caso indio: «India is bound to be sovereign and is bound to be republic... If it is to be an independent and sovereign state we are not going to have an external monarch...» (Nehru, 13-12-1946, en *Indian Constitutional Assembly Deb.*, vol. 1, núm. 5, páginas 57-61, cit. MANSERGH: *Speechs and Documents...*, II, pág. 656). El texto de KRUMAH, citado, pertenece a la presentación ante el Parlamento de una moción republicana, y lo mismo puede decirse de Tanganyka (cfr. MANSERGH: *Speechs and Documents...*, 1952-1962, pág. 304). Cfr. JENNINGS: *Problems of the New Commonwealth*, Durham, 1958.

(21) Cfr. WHEARE: *Constitutional Structure...*, cit., chap. 4; K. ROBINSON: *Constitutional autochthony in Ghana*, «Journal of Commonwealth Political Studies», 1961, 1, página 41; K. ROBERTS-WRAY: *The legal machinery for transition from dependence to*

Dos han sido las soluciones ofrecidas al problema del ejercicio autóctono del Poder Constituyente en los nuevos Estados. Una de ellas, de carácter eminentemente político, consistente en negar el problema formal, «del que sólo confusión cabe esperar» (22), para atenerse a la, por otra parte indudable, nacionalización de la Constitución por vía de mutación constitucional que, manteniendo el mismo texto, verbigracia, la *British North America Act* de 1867, lo transforma en cuanto a su fundamento, que no será ya, en el ejemplo citado, la potestad del Parlamento de Westminster, sino el consenso del pueblo canadiense (23).

Sin embargo, esta forma de resolver o, mejor, de negar el problema de la autoctonía no es admisible por dos razones. De una parte, la mutación constitucional no resuelve todas las cuestiones derivadas del planteamiento formal, y buena prueba de ello es la necesaria intervención del Parlamento británico en la reforma de la Constitución canadiense. De otra parte, la cuestión de la autoctonía, si en los viejos Dominios Británicos tuvo un fundamento jurídico práctico, en la nueva Commonwealth, y más aún fuera de los Estados filobritánicos, se plantea por motivos estrictamente políticos.

En efecto, la Constitución no es tan sólo una ley rituarial del proceso político, sino una decisión consciente del cuerpo político, en la que se asume el pasado, se proyecta el futuro y se integra la propia realidad presente (24). La Constitución no es sólo un instrumento de gobierno, sino la autoafirmación de la propia entidad nacional y estatal constituída. Ahora bien: este sentido de la Constitución no se adquiere sino cuando, como fruto de la ideología liberal y democrática, la voluntad estatal obligatoria se concibe como «voluntad general» y la empresa de liberación del súbdito convertido en ciudadano se convierte en el «telos» constitucional por excelencia. Hoy como ayer, la Constitución es, de una vez y para siempre, símbolo del autogobierno de una comunidad (25). Por esto, y dentro de una perspectiva his-

independence, en ANDERSON (ed.): *Changing Law in developing countries*, Londres, 1964, páginas 60-62.

(22) Cfr. BRYCE: *Studies in History and Jurisprudence*, II, pág. 57.

(23) Cfr. WHEARE: Op. cit., págs. 108 y sigs. Sobre la noción de «mutación», confóntese LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, trad. esp., 1965, pág. 164. Respecto del problema canadiense citado a guisa de ejemplo, *British North America Act.*, 1967, sec. 91, *British North America Act* (núm. 2), 1949.

(24) Cfr. SCHMITT: *Teoría*, págs. 86 y sigs. Sobre la decantación histórica, cfr. DUCLOS: *La notion de constitution*, cit., y, en general, G. BURDEAU: *Traité*, III, 1950, página 49 y sigs.

(25) Cfr. LOEWENSTEIN: *Teoría*, págs. 222-231. Un buen ejemplo fue el de Túnez, donde la reivindicación nacionalista se identificó y redujo a la reivindicación constitucional (cfr. TOURNAU: *L'évolution politique de l'Afrique du nord musulmane*, 1920-1961).

tórica, la aspiración constitucional aparece íntimamente ligada al nacionalismo, empresa de democratización y liberalización, de modo especial, aunque no exclusivo, en el caso de la descolonización (26). De aquí que, en los nuevos Estados del Tercer Mundo, el constitucionalismo sea no sólo en su contenido material normativo, sino en su misma existencia, función directa del nacionalismo. Es la raíz nacionalista del movimiento constitucional la que plantea el problema de la *autoctonía de la Constitución*.

Resulta, pues, que el problema formal de la autoctonía, de esta manera politizado, puede tener graves consecuencias, también políticas. Una Constitución elaborada antes de la independencia puede verse tachada de no autóctona si de una u otra manera aparece vinculada al legislador colonial, y por ello ser objeto de un proceso de revisión o de sustitución tan pronto como se alcance la independencia, con no pocos riesgos para la estabilidad política (27). De otra parte, retrasar el proceso constitucional hasta después de la independencia ni satisface a la antigua metrópoli (28) ni es conveniente para el nuevo país, cuya primera época de vida se vería turbada por las tensiones de un período constituyente.

Por otra parte, son numerosos los casos en que el problema de la autoctonía se ha tratado de resolver jurídicamente con técnicas varias, y tal será el objeto de nuestra investigación.

En las páginas que siguen se reúnen algunas notas referentes a las diversas formas de ejercicio del Poder Constituyente en la descolonización de los nuevos Estados afroasiáticos, centradas en torno al caso de Guinea Ecuatorial, y ello al menos por dos razones, aparte de las obvias de carácter personal. En primer lugar, la fórmula guineana de «autoctonía» constituye un ensayo de superación técnica de los problemas teóricos planteados por la

París, 1962, págs. 58 y sigs.), y su triunfo tiene lugar a través de un proceso constituyente (cfr. DEBBASCH: *La République Tunisienne*, París, 1962, págs. 41-42 y 46). A través de los movimientos nacionalistas liberales del Oriente Medio, como los de Egipto y Persia, no parece imposible remontarse a la identificación de nacionalismo y constitucionalismo en la Europa del siglo XIX.

(26) Cfr. por todos, EMERSON: *From Empire to Nation*, Cambridge (Mass.), 1962. El carácter funcional del constitucionalismo, respecto del nacionalismo con referencia a los países descolonizados, lo he puesto de relieve en otros lugares; v. gr., en «Revista Española de Derecho Internacional», XIX (1966), 2, págs. 3-37, y a este tema dediqué mi tesis doctoral (1965), ya en prensa.

(27) Tal fue el caso de Ghaña en 1960. Cfr. TIXIER: *Le Ghana*, París, 1965, páginas 53 y sigs.

(28) Sobre la importancia de la constitución en diversas prácticas coloniales, confróntese G. FISCHER: *La Décolonisation et le rôle de traités et des constitutions*, AFDI, 1962, páginas 809 y sigs.

práctica jurídico-política de la descolonización en otros países, circunstancia a la que, sin duda, no es ajena la tardanza de la emancipación de Guinea, ocho años posterior a «los nuevos vientos de cambio», que permitió a los responsables de la descolonización de aquel territorio proceder con criterio de historiadores. En segundo lugar, en la corta pero ya densa historia de la descolonización, el caso de Guinea es a todas luces «patológico», y como tal permite comprender mejor, por encima de lo puramente episódico y de las distorsiones de una evolución, la génesis estructural de los problemas y de las fórmulas.

En consecuencia, en una primera parte se tratará de reconstruir la tipología de los procesos constituyentes en los nuevos Estados (I), y en otra posterior se estudiará detenidamente la fórmula utilizada en Guinea, atendiendo a su decantación y aplicación (II). Ello permitirá obtener unas conclusiones generales, que pretenden aportar algo a una Teoría General del Estado, concebida empíricamente.

I. TIPOLOGÍA

Desde el punto de vista del presente estudio pueden distinguirse dos grandes módulos en el ejercicio del Poder Constituyente en el Estado descolonizado. De una parte, *la fundamentación del proceso constitucional en el proceso de independencia*, de manera que, sea cual sea la fuente formal de la Constitución, actúa con la potestad que le atribuyen las normas del ordenamiento metropolitano (A). De otro lado, *el paralelismo y consiguiente separación de ambos procesos*, lo que permite que, aun siendo el de independencia heterónimo, al basarse ésta en normas de ordenamiento necesariamente distinto al del Estado naciente, el proceso constituyente pueda ser autónomo (B).

A) Tres son los grandes tipos que en este grupo cabe distinguir, y corresponden a la práctica jurídico-política de cuatro grandes potencias coloniales: Gran Bretaña, Bélgica, Francia y U. S. A.

a) El modelo anglo-belga

En la descolonización de los territorios del Imperio Británico, la capacidad para vivir con arreglo a una Constitución, Constitución «ideal» en

el sentido que C. Schmitt (29) diera a este término, se considera el signo necesario y suficiente de la capacidad para el autogobierno, y por tanto, requisito previo a la independencia (30). De aquí que el proceso constituyente aparezca íntimamente imbricado con el proceso descolonizador, hasta el punto de ser ambos distintas caras de una misma evolución jurídica y política. No es, pues, casual que haya sido la doctrina británica la que ha planteado en el terreno del Derecho constitucional el tema de la autoctonía.

Los territorios británicos contaron desde muy pronto (paradojas de la Historia) con una Constitución escrita y hasta puede decirse que han accedido a la independencia en virtud de su propia evolución constitucional. Constante de la política colonial británica ha sido el progresivo establecimiento del *Westminster Model* —un régimen de gobierno parlamentario más o menos adaptado a las circunstancias, un sistema de garantías individuales y una tutela judicial de las mismas— como condición previa a la independencia. Todo ello gracias a la evolución del régimen de gobierno colonial, en el que, partiendo de una concentración de poderes en el Gobernador, responsable tan sólo ante el *Colonial Office*, y a su través, ante el Parlamento británico, se llega, mediante el establecimiento de un Consejo Legislativo, de composición progresivamente democratizada al extender el número de miembros electos y aumentar el cuerpo electoral hasta llegar al sufragio universal, al sistema parlamentario, en el que el equivalente del Jefe del Estado, el Gobernador, actúa, salvo en materias reservadas, según el consejo de los ministros responsables (31). Esto es, de una parte, el Poder pasa progresivamente a manos de la mayoría electa, y de otra, el ámbito de este Poder se amplía hasta que, al cesar toda reserva en favor de las autoridades metropolitanas, la colonia accede a la plena soberanía.

La independencia tiene así lugar por una doble vía. De una parte, una ley del Parlamento Imperial autocercena sus competencias sobre el territorio que va a acceder a la independencia, excluye la responsabilidad del Gobierno del Reino Unido respecto del mismo, y en el caso de que el territorio en cuestión deje de ser dominio de la Corona, prevé la extinción de la soberanía

(29) SCHMITT: *Teoría*, págs. 41 y sigs.

(30) Cfr. S. A. DE SMITH: *The new Commonwealth and its constitutions*, Londres, 1964, págs. 38 y sigs.

(31) Sobre la exportación del Westminster Model, cfr. S. A. DE SMITH: *The New Commonwealth and its Constitutions*, cit., págs. 77 y sigs. En cuanto a la evolución de las estructuras constitucionales coloniales, la serie de monografías sobre los Consejos Legislativos, editadas por M. PERHAM y encabezadas por WIGHT: *The Development of Legislative Council, 1606-1945*, Londres, 1954. Una esquematización de los sistemas. en WIGHT: *British Colonial Constitutions*, Oxford, 1952, pág. 40.

de S. M. De otro lado, una Orden de S. M. en Consejo establece la organización constitucional del nuevo Estado (32).

Desde un punto de vista formal, la única autoridad constituyente es la Corona, en virtud de la *British Settlements Act* (1843, 1887 y 1945) para las colonias, y de la *Foreign Jurisdiction Act* (1843, 1890 y 1913) para los protectorados y territorios bajo mandato y fideicomiso, y, de acuerdo a la misma Constitución británica, el Parlamento Imperial. A la hora de la independencia, la autoridad metropolitana es la que, salvo en el caso de Birmania, del que más adelante nos ocuparemos, ejerce el Poder Constituyente en el territorio en trance de convertirse en nuevo Estado. Frente a la práctica seguida respecto de los viejos Dominios, India y Pakistán, no ha sido el Parlamento Imperial, sino la Reina en Consejo, quien ha estatuido, mediante Orden, las Constituciones de las colonias emancipadas desde 1948.

Si formalmente es la Corona, ya en Consejo, ya en Parlamento, la que ejerce el Poder Constituyente a través de toda la evolución de la colonia hasta llegar a la independencia, de hecho la Constitución es elaborada por el *Colonial Office* a partir de las propuestas presentadas por la propia colonia, de modo que las autoridades metropolitanas instrumentan de manera técnica y legalizan las aspiraciones constitucionales de las fuerzas políticas de aquella (33). La expresión de estas aspiraciones en forma de asesoramiento al *Colonial Office* es la función de la Conferencia Constitucional, reunión de representantes del Gobierno colonial, del Gobierno del Reino Unido y de los movimientos políticos de la colonia, y cuya composición, en lo que se refiere a los representantes indígenas, queda notablemente facilitada por la existencia de miembros elegidos del Consejo Legislativo, de cuya representatividad política no cabe dudar (34). Así, en la Conferencia constitucional, en la que se decidió la independencia de Tanganyika en 1961, la delegación africana

(32) Cfr. ROBERTS-WRAY: *The legal machinery...* cit., págs. 43 y sigs. Así, verbigracia, respecto del caso de Ghana, cfr. «*Journal of African Law*», I (1957), páginas 99-112.

(33) JENNINGS y YOUNG: *Constitutional Laws of the Commonwealth*, Londres, 1952, página 41. A veces, la preparación de la redacción de los instrumentos constitucionales se encarga a importantes Comités; así, en el caso de Malaya, Cmnd 7.171/1947, párrafos 4-9, y Cmnd 210/1957, párrafos 1-2, y en Malasia, Cmnd 1.794/1962, App. F, y Cmnd 1.954/1963.

(34) HOOD-PHILLIPS: *The making of a colonial constitution*, «*Law Quarterly Review*», 1955, págs. 51-78. Cfr. ELIAS: *British Colonial Law*, Londres, 1962, págs. 47 y siguientes. A veces, la constitución colonial prevé ella misma la reunión de este tipo de conferencias como instrumento de la evolución constitucional; tal es el caso del texto federal de Rhodesia y Nyasaland de 1953 (art. 99) y del de las Indias Occidentales de 1957 (art. 118).

estaba compuesta por los ministros del Gobierno y otros miembros del Consejo Legislativo, todos ellos elegidos por sufragio universal (35). En la Conferencia Constitucional de Nyasaland, después Malawi, celebrada en Londres en 1962, la representación indígena se repartía entre los dos grandes partidos políticos del Protectorado en proporción a los escaños obtenidos por cada uno de ellos en la elección general celebrada en 1961, añadiéndose, para obtener la máxima representatividad posible, el único diputado independiente (36). Análogo fue el caso de la Conferencia Constitucional que precedió a la independencia de Zambia (37).

El proceso de emancipación del Congo Belga, aunque no responde a ningún plan estructurado y, por tanto, solamente puede ser descrito como pura sucesión de acontecimientos, se inspira en la práctica británica. Anunciada la independencia en el mensaje real de 13 de enero de 1959, a fines del mismo año tiene lugar la celebración de elecciones locales que permiten evaluar la fuerza de los diversos movimientos políticos de la colonia, cuyos representantes, junto con una delegación belga, se reunieron en conferencia constitucional pintorescamente llamada Mesa Redonda (38). Aunque dicha conferencia no obtuvo las funciones constituyentes que para ella solicitaran algunos de sus delegados, se decidió que sus resoluciones serían llevadas ante las correspondientes instancias belgas para su conversión en Ley, compromiso facilitado por la composición mixta gubernamental-parlamentaria de la delegación belga en la conferencia. La Mesa Redonda adoptó diversas resoluciones, «en el espíritu de cuyos principios generales» el Gobierno preparó un proyecto legislativo que, votado por las Cámaras y aprobado por el Rey, de acuerdo a la Constitución belga, se convirtió en la Ley Fundamental de 19 de mayo de 1960, primera Constitución del Congo y en la que se preveía los órganos constituyentes y el procedimiento para llegar a una Constitución definitiva (39). Es claro que ni este texto provisional era autóctono, puesto que emanaba del legislador belga, ni lo hubiera sido el texto definitivo elaborado de acuerdo a lo en él dispuesto, dado que hubiera sido obra de un poder constituyente, a su vez constituido por el legislador metropolitano. El caos político que en el Congo siguió a la independencia impidió que las previsiones

(35) Cmnd. 1.360, pág. 9.

(36) Cmnd. 1.887, pág. 20.

(37) Cmnd. 2.365, pág. 4.

(38) Cfr. DUMONT: *La Table Ronde belgo-congolaise*, París, 1961.

(39) Cfr. *Chronique de Politique Étrangère*, XIII (1960), 4-6, págs. 480 y sigs. El procedimiento constituyente se establece expresamente en la Ley Fundamental (artículos 85-105), y se atribuye al Parlamento Nacional y a las Asambleas provinciales, con exclusión de toda intervención popular directa.

constituyentes de la Ley Fundamental se llevasen a la práctica y la segunda y no menos efímera Constitución congoleña de 1964 puede considerarse autóctona, puesto que se elaboró, incluso formalmente, a través de un proceso revolucionario y se adoptó mediante referéndum (40).

Lo dicho sirve para poner de relieve que, desde un punto de vista político, las Constituciones que presiden el acceso a la independencia no son impuestas por la metrópoli y, hoy como ayer, resulta en el fondo cierta la afirmación del primer ministro Attlee: «The constitution is drafted and decided by the Dominion, the Imperial Parliament takes such steps as may be necessary to legalize these decision» (41). Sin embargo, es en este plano de la legalización formal donde se plantea el problema de la autoctonía, puesto que, sea cual sea el contenido material de la Constitución, el Poder Constituyente de que emana es extranjero.

Dicho problema, tal como lo hemos expuesto al principio de este trabajo, parece plantearse necesariamente, dado el sistema británico de descolonización. El Parlamento del Reino Unido no puede, al dar autonomía a un territorio, dejar de dotarle de una Constitución, autorizar a su Legislatura a adoptarla o prever su otorgamiento por la Corona (42). Con ello la Constitución dependerá, de una u otra forma, de un acto del legislador imperial y la autoctonía sólo será asequible mediante la remoción de esta dependencia expresada en una cadena de normas, introduciendo una solución de continuidad entre los eslabones de la misma.

Del planteamiento inicial de la cuestión, con ocasión de la creación del *Irish Free State* —en cuya descripción no vamos a entrar—, cabe subrayar los siguientes aspectos: La Constitución de 1922, aunque se inicia con un preámbulo de sabor autóctono en el que se afirma la doctrina tomista del origen del Poder, no se legaliza, es decir, no adquiere fuerza de tal Constitución, sino en virtud de una ley del Parlamento Imperial como la doctrina británica ha puesto cuidadosamente de relieve (43). La Constitución del Eire, de 1937, adquiere su autoctonía introduciendo una solución de continuidad en la cadena de normas al no ser sometida a la sanción real y derivar del Poder Constituyente popular expresado por referéndum. Aparecen así tres técnicas de autoctonía: La primera y más débil se reduce a una mera declaración verbal del preámbulo, en el que el orden «legal» se niega buscando un nuevo origen,

(40) Cfr. DABIN: *L'Elaboration du project de constitution «Etudes Congolaises»*, VI (1964), 2, págs. 27-38.

(41) 1949, *H. C. Deb.*, 59, col. 42.

(42) WHEARE: *Op. cit.*, pág. 95.

(43) *Ib.*, págs. 91 y sigs.

mediante el recurso a nociones metafísicas como Dios, la soberanía popular o los valores éticos, todo ello irrelevante jurídicamente, pero útil a la hora de expresar la irracional facticidad de la creación de un nuevo orden jurídico-estatal. Sin negar en lo más mínimo el valor jurídico de los preámbulos, resulta indudable que las meras expresiones de éste no pueden anular el procedimiento formal de producción de la Constitución y cortar la cadena de las normas. Más aún, la utilización posterior de tales fórmulas por las Constituciones de Pakistán (1956) o Tanganyika (1961), prueba que preámbulos del mismo tipo pueden integrarse sin inconveniente alguno en la legalidad anterior sin implicar, por tanto, verdadera autoctonía constitucional.

En segundo lugar, la eliminación de la sanción real —esencial en el procedimiento legislativo de estirpe británica— aparece como la técnica idónea para, a la vez, excluir a la Corona de la producción de la nueva Constitución, afirmar la plena y exclusiva soberanía del cuerpo constituyente y romper el orden legal preexistente, haciendo del constituyente en vez de una autoridad ya constituida, un Poder plenamente originario, esto es, llevando a cabo una revolución (44).

Por último, esta misma tendencia se acentúa, con ocasión de la primera Constitución del Eire de 1937, mediante el recurso al referéndum popular. La intervención popular supone, en primer lugar, un factor irreductible a los cánones constitucionales británicos y, por tanto, la ruptura del orden legal constituido; pero, además, e independientemente del sistema con el que se trata de romper, la intervención popular directa, por su misma naturaleza y por el modo incondicionado de su actuación, reclama para sí una potestad originaria (45).

Las tres técnicas de autoctonía esbozadas en el proceso constitucional irlandés han repercutido en las diversas fórmulas utilizadas a este fin por las antiguas dependencias británicas. Dichas fórmulas son fundamentalmente tres.

En primer lugar, la autoctonía se busca elaborando una nueva Constitución cuyo «casticismo» se exprese en el preámbulo (46). Ahora bien: el procedimiento formal del que surge el nuevo texto sedicentemente autóctono es el de reforma de la Constitución anterior, y como tal previsto en la misma. Así, la Constitución paquistaní de 1956, elaborada por una Asamblea, heredera de la Constituyente de 1946, fue sometida a la sanción del gobernador

(44) Sobre la revolución así entendida, cfr. BURDEAU: *Traité*, III, 1950, págs. 213 y siguientes.

(45) Cfr. SCHMITT: *Teoría*, pág. 96-97, et *infra*.

(46) V. gr., Nigeria (1963): «We the people of Nigeria by our representatives here in Parliament assembled, do hereby declare, enact and give to ourselves the following constitution».

general para cumplir todos los requisitos exigidos por la *Indian Independence Act* de 1947, tal como la había interpretado la jurisprudencia paquistaní (47). Análogamente, la Constitución nigeriana de 1963 fue aprobada de acuerdo al procedimiento de reforma previsto en la Constitución de 1960, y el mismo sistema siguieron las reformas constitucionales de Uganda de 1963, Kenia 1964 o Malawi 1966, aunque en estos tres casos parece haberse abandonado todo intento de autoctonía (48). Aunque marginal al campo de este estudio, resulta especialmente significativo el caso de Sudáfrica, cuya constitución en República en 1961 tuvo lugar mediante ley del Parlamento de la Unión, en la que, tras un preámbulo autoctonista, se incluye la tradicional fórmula legislativa británica, en la que se hace expresa mención de la intervención de la Corona (49).

Es cierto que los juristas paquistaníes, nigerianos y sin duda también los sudafricanos podrían defender el carácter autóctono de las nuevas Constituciones alegando que la intervención de la Corona no es la de un elemento extranjero, sino la de una institución nacional, de manera que la sanción de la Reina a la Constitución de la República de Nigeria en 1963, sería su último acto como Reina de Nigeria, sin que ello suponga en modo

(47) Cfr. *Federation of Pakistan vs. Moulvi Tamizuddin Khan*, PLR, 1956, WP, página 306 (texto y comentario en JENNINGS, *Constitutional Problems in Pakistan*, Londres, 1957, págs. 79-238).

(48) *Constitution of Uganda (First Amendment) Act 1963* (núm. 61, 1963). El nuevo texto provisional Ugandés del 15 de abril de 1966 es marcadamente autóctono, más que por el tono de su preámbulo («... We the people of Uganda... do resolve and is hereby resolved...»), por su carácter revolucionario que supone la ruptura con la legalidad constituida [cfr. *Chronologie Politique Africaine*, 7 (1966), 1, págs. 87-90, y 2, páginas 82-86] *The Constitution of Kenya (Amendment) Act 1964*. Cfr. SINGH: *The Republican Constitution of Kenya*, ICLQ, 14 (1965), 3, págs. 926-928.

(49) «In humble submission to Almighty God, Who controls the destinies of nations and the history of peoples; Who gathered our forebears together from many lands and gave them this their own; Who has guided them from generation to generation; Who has wondrously delivered them from the dangers that beset them; We who are here in Parliament assembled, DECLARE that whereas we/ARE CONSCIOUS of our responsibility towards God and man; /ARE CONVINCED OF THE NECESSITY TO STAND UNITED/To safeguard the integrity and freedom of our country; To secure the maintenance of law and order; To further the contentment and spiritual and material welfare of all in our midst; /ARE PREPARED TO ACCEPT our duty to seek world peace in association with all peace-loving nations; and ARE CHARGED WITH THE TASK of founding the Republic of South Africa and giving it a constitution best suited to the traditions and history of our land: BE IT THEREFORE ENACTED by the Queen's Most Excellent Majesty, the Senate and the House of Assembly of the Union of South Africa, as follows» (*Act to constitute the Republic...*, núm. 32, 1961).

alguno la intervención de la Corona británica (50). Esta tesis, dando por establecida la divisibilidad de la Corona en la Commonwealth, parece, sin duda, bastante convincente (51); pero lo que resulta indiscutible es que la base legal de las nuevas Constituciones se encuentra en la Constitución anterior, y por ello derivan en último término del Parlamento Imperial, a través de la *Indian Independence Act* de 1947 respecto de Pakistán, la *Union of South Africa Act* de 1909 y la *Nigeria Independence Act* de 1960 y *Nigeria (Constitution) Orden in Council* subsiguiente.

La autoctonía de estas Constituciones es, por tanto, más que dudosa, puesto que la Constitución «casera» es, en cuanto mera reforma de la anterior, obra de unos órganos de revisión creados por el Parlamento Imperial y en ejercicio de las competencias que les fueron atribuidas por éste en cuanto constituyente originario. La mera declaración de un preámbulo, por muy grande que sea su valor normativo, no puede ocultar esta circunstancia.

La segunda fórmula, consistente en excluir de la nueva legislación constitucional la sanción por la Corona, fue la seguida por India en 1950. De acuerdo a la *Indian Independence Act* de 1947, la Asamblea Constituyente tenía competencia para hacer la Constitución del *Dominion* y competencia legislativa ordinaria (52). De acuerdo a la misma ley había también un Gobernador General «who shall represent His Majesty for the purpose of the government of the Dominion», y a estos efectos «shall have full power to assent in His Majesty's name to any law of the legislature» (53). Ahora bien: la Constitución india de 1950 fue adoptada por la sola Asamblea, sin intervención alguna del Gobernador, cuya sanción no fue requerida, al parecer, con la intención de obtener así plena autoctonía.

Sin embargo, la doctrina se ha planteado el problema de si la *Indian Independence Act* de 1947 exigía o no la sanción real para los actos constituyentes de la Asamblea. Si se entiende lo primero, la adopción de la Constitución en enero de 1950 por el mero voto de la Asamblea y la firma de su presidente con el fin de autentificarla equivale a una solución

(50) Así refiriéndose a la sanción real de la *Constitution of the Federation* (núm. 20 de 1963), afirma ELIAS: «the final act is not legally foreing to Nigeria; by this last act as Queen of Nigeria... H. M. was for this purpose Queen not of the United Kingdom but of Nigeria» (*Nigeria, The development of its laws and Constitution*, Londres, 1967, páginas 120-121).

(51) Para una discusión del problema, por todos, WHEARE: *The Status of Westminster and Dominion Status*, Oxford, 1953. Cfr. O'CONNELL: *Tre Crow in the British Commonwealth*, ICLQ, 6 (1957), pág. 103.

(52) *India Independence Act*, 1947, secs. 6 (2) y 8 (1).

(53) *Ib.*, secs. 5 y 6 (3).

de continuidad en la cadena de las normas. Sería el pueblo indio «en» su Asamblea Constituyente el que, en ejercicio de un poder originario e incondicionado, se da a sí mismo una Constitución (54). Sin embargo, en favor de la segunda interpretación doctrinal militan poderosas razones. En primer lugar, la Asamblea Constituyente, reunida desde noviembre de 1946, se concibió siempre como un Cuerpo soberano (55), que en cuanto tal actuaba en capacidad distinta al de legislatura del Dominio, y en este sentido puede señalarse la práctica de más de un trienio (56). Mientras que la legislación ordinaria, es decir, la emanada de la Asamblea en su capacidad de Legislatura del Dominio, fue sometida regularmente al Gobernador General para obtener la sanción real, los actos constituyentes tan sólo se autentificaron mediante la firma del presidente de la Asamblea. Ahora bien: si la sanción real se explica perfectamente cuando se trata de la legislación ordinaria, obra de una Legislatura integrada por la Asamblea y por el propio Gobernador de acuerdo a una constante tradición británica (57), no resulta fácil justificar, dentro de la misma tradición constitucional, por qué razón el Gobernador habría de sancionar los actos de la Constituyente.

En segundo término, toda la competencia del Gobernador General, incluida la de sancionar las leyes, aparece teleológicamente determinada «for the purpose of the government of the Dominion» (58), que, claro es, no incluye la Constitución de lo que ya no iba a ser Dominio, la República de la India.

De aceptarse tal interpretación (59), la autoctonía de la Constitución india sería ilusoria, puesto que, al prever la *Indian Independence Act* de 1947 la adopción de la misma y su propia abrogación por la sola constituyente, los actos de ésta se apoyan en aquella ley del Parlamento Imperial y el caso indio se reduce al anteriormente estudiado. No es ya el pueblo indio quien se autodetermina en ejercicio de un poder constituyente originario, sino un

(54) Cfr. WHEARE: *The constitutional structure...*, pág. 96, destaca la ficción simbólica de esta expresión.

(55) Cfr. MANSBERGH: *Speechs and Documents...*, II, págs. 648 y sigs.

(56) Cfr. WHEARE: *The constitutional...*, pág. 98.

(57) Cfr. ANSON: *The Law and custom of the constitution* (4.^a ed., Keith), Oxford, 1953, I, págs. 323, 334. En el caso indio, la sanción corresponde al Gobernador, porque, junto con la Asamblea, compone la legislatura (*Government of India Act, 1935, sec. 18-1*), puesto que ésta, como el Parlamento, «es más un acto que una institución» (JENNINGS, *Parliament*, Cambridge, 1939, págs. 2-3).

(58) *Indian Independence Act 1947, sec. 5*.

(59) WHEARE: *The constitutional...*, págs. 96-99, considera tal eventualidad como posible, aunque se inclina por extender a la India la interpretación dada por la jurisprudencia pakistaní, ya citada, a la *Indian Independence Act 1947*.

órgano investido de competencias legales constitucionales (60) por la *Indian Independence Act*, es decir, por el legislador británico, y que, de acuerdo al procedimiento establecido en esta ley, adopta una Constitución.

La tercera fórmula es la utilizada por Ghana en su búsqueda de la autoctonía, seguida más tarde por Tanganyka. La Constitución ghanesa de 1957 excluía la ambigüedad imputable a la *Indian Independence Act* de 1947, exigiendo para todo acto legislativo la sanción real (61); sanción que *a fortiori* era necesaria para la reforma de la propia Constitución (62). En su búsqueda de la autoctonía constitucional, la Asamblea Nacional adoptó en febrero de 1960 la *Constituent Assambly and Plebiscite Act*, que fue sancionada por el Gobernador General en debida forma y en la que se atribuía a la Asamblea competencias constituyentes, sin necesidad de que las disposiciones adoptadas en virtud de las mismas requiriesen la sanción real. Se trataba, pues, de una reforma constitucional en la que se cumplieron los requisitos formales de la *Ghana Independence Act* de 1957 y de la Constitución del Dominio de 1957, tal como había sido ya modificada en 1958. Una vez revisada la Constitución en este sentido, la Asamblea Nacional, convertida en constituyente, adoptó en junio de 1960 una Constitución republicana, cuyo proyecto había sido aprobado en plebiscito popular en abril del mismo año (63).

De todo este proceso, dos años después repetido en Tanganyka (64) en lo que se refiere a los trámites esenciales, debían subrayarse tres aspectos. De una parte, la intención de obtener una Constitución autóctona es patente hasta en la fórmula misma del preámbulo de la Constitución (65). En sé-

(60) Cfr. SCHMITT: *Teoría*, págs. 113-114. Por la misma razón, la abrogación de la *Indian Independence Act 1947* no es una solución de continuidad, puesto que la competencia para tal abrogación viene dada por la misma Ley y el *Status of Westminster 1931*. Lo mismo puede decirse de los otros Estados de la *Commonwealth*.

(61) *Ghana (constitution) Order in Council*, 1957, sec. 42.

(62) *Ibid.* sec. 32; *Ghana Independence Act*, 1957, First Sch. Paragraph. 2 y 6. *Constitution (repeal of restriction) Act*, 1957, 38.

(63) Cfr. K. ROBINSON: *Constitutional autochtony in Ghana*, cit., y también BEN-NION: *Constitutional Law of Ghana*, Londres, 1962, cap. 2.º, para un planteamiento teórico de la cuestión.

(64) *Constitution (Amendment) Act*, 1962, núm. 1; *Constituent Asembly Act*, 1962, número 66; *Constitution (C. A. Act)*, núm. 1). Cfr. MC AUSLAN: *The Republican Constitution of Tanganyka*, ICLQ, XIII (1964), 2.

(65) «WE THE PEOPLE OF GHANA, by our Representatives gathered in this our Constituent Assembly, IN EXERCISE of our undoubted right to appoint for ourselves the means whereby we shall be governed..., DO HEREBY ENACT and give to ourselves this constitution» (Preámbulo).

gundo término, la cadena de normas se mantiene cuidadosamente intacta a través de la *Constituent Assambly and Plebiscite Act* de 1960, que engarza con la *Ghana (Constitution) Order in Council* y la *Ghana Independence Act* de 1957. Por último, la técnica plebiscitaria se introduce con una timidez tal, que la hace irrelevante. No es el pueblo de Ghana directamente el que adopta por votación la nueva Constitución, sino «a través de sus representantes» (66). Esto es, el Poder Constituyente lo ejerce formalmente una Asamblea previamente constituida, de acuerdo a las normas del constituyente originario, el Parlamento Imperial. Si, por tanto, las Constituciones republicanas de Ghana y Tanganyika fueron la obra exclusiva de las Asambleas constituyentes, la atribución a éstas de tales competencias a partir del ordenamiento constitucional anterior, esto es, de competencias legal-constitucionales, excluye una verdadera autoctonía.

De los tres modelos ofrecidos por la evolución constitucional del Eire, tan sólo el tercero, basado fundamentalmente en el principio plebiscitario, garantizaba una plena autoctonía. Sin embargo, la solución de continuidad que introducía en la cadena de normas requería técnicas excesivamente chocantes con el Derecho constitucional de estirpe británica, y de aquí que, aun los Estados que han seguido las huellas irlandesas, no hayan llevado a sus últimas consecuencias el recurso al pueblo, que ni en la República sudafricana ni en Ghana ha llegado a ser el Poder Constituyente en sentido formal (67). A la pregunta planteada por Sieyès sobre quién es el autor de la Constitución en ambas Repúblicas debe responderse en favor de las Asambleas. Las técnicas de autoctonía utilizadas en el Eire suponían una flagrante violación del orden constituido y el respetuoso temor a las leyes no ha dejado de influir en la no imitación del ejemplo irlandés. La interpretación paquistaní de la *Indian Independence Act* de 1947 y la vía seguida por

(66) No parece, por tanto, exacta la interpretación de GONIDEC: *Les droits africains. Evolutions et sources*, París, 1968, pág. 87.

(67) Análogo procedimiento parece que tiende a seguirse en Rhodesia para el establecimiento de la República secesionista, sin duda por influencia sudafricana. La timidez de la intervención popular se hace aún más evidente en Malawi, donde, al decir del doctor Banda, con la reforma constitucional de 1966 el Parlamento no hace sino legalizar («puting into legal form») las decisiones populares expresadas en la Convención del Malawi Congress Party (citado por S. ROBERTS: *The Republican Constitution of Malawi*, Public Law, 1966, pág. 305, nota 5). Desde un punto de vista estrictamente jurídico, esto quiere decir que el Parlamento es la única autoridad formal que interviene en el procedimiento de reforma, con exclusión de todo recurso, también formal, a la soberanía popular. Algo bien distinto es que el Parlamento actúe dominado por un partido mayoritario, que se inspire en los deseos de la opinión pública que le apoya.

Ghana en su búsqueda de la autoctonía, caracterizada por el escrupuloso respeto a la integridad de la cadena de las normas, es buena prueba de ello.

Tan sólo, pues, las dos primeras técnicas utilizadas en el Eire, afirmación de autoctonía en el preámbulo y no intervención de la Corona en la producción formal de la Constitución, han hecho escuela, pero, según se ha subrayado, sus resultados en cuanto a una total autoctonía son muy escasos. Tal vez ello explique la decadencia de la cuestión en la Nueva Commonwealth, manifiesta no sólo en los ya citados ejemplos de Uganda, Kenia o Malawi, sino especialmente en las nuevas Constituciones republicanas o de Monarquías independientes otorgadas directamente por la Corona (68).

b) Modelo americano

La fórmula utilizada por los Estados Unidos en el caso de Filipinas es, en sus líneas fundamentales, análoga a la británica, es decir, la potencia administradora crea el nuevo Estado y le dota de una Constitución. Sin embargo, los rasgos peculiares del imperialismo americano influyen en las

(68) Cfr. S. I., 1964, núm. 1.652; S. I., 1966, núm. 1.171; S. I., 1966, núm. 1.172, y S. I., 1968, núm. 1.377, referente a Zambia, Botswana, Lesotho y Swazilandia, respectivamente. En el caso de Chipre, la elaboración materia de la constitución, mediante un acuerdo internacional ajeno a toda intervención británica, el de Zurich de febrero de 1959 (cfr. Cmnd. 679, 1959), no impidió que formalmente la constitución fuera promulgada y adquiriere fuerza de tal mediante una «Order in Council» (cfr. S. I., 1960, número 1.368, y Cmnd., 1.093, 1960). El caso malayo es especialmente nebuloso (confróntese WHEARE: *The Constitutional Structure...*, págs. 106-107). La soberanía de los Estados malayos se mantuvo a través de toda la fase de protectorado y dio lugar a una génesis convencional de la constitución de la independencia (cfr. *P. Deb. Com.*, vol. 573, col. 633), constitución ratificada por la Legislatura federal y la de cada uno de los Estados malayos. Sin embargo, una Ley imperial, la *Federation of Malaya Independence Act* (5 y 6, Eliz., 2, cap. 60), previó que, tras obtener dichas ratificaciones, «... H. M. may direct that the said Federal Constitution shall have the force of law within the said Settlements and, so far as She has jurisdiction in that behalf, elsewhere within the Federation...». Sobre las ambiguas palabras subrayadas, la Reina, en Consejo, dictó una Orden (S. I., 1533), que ponía en vigor la constitución federal (First Sched.). El problema no se presenta respecto a Pennag y Malacca (Ibid. Second and Third Sched.), ni en Sabah, Sarawak y Singapore (S. I., 1963, núm. 1.493), donde la única soberanía era de la Corona. La constitución de Malasia (cfr. *Malaysia Act 1963*, F. 26, 1963) fue formalmente una revisión de la constitución federal de Malaya de 1957, ajena a la *Malaysia Act 1963* británica (Elz., 2, 1963, cap. 35), pero no al Parlamento Imperial a través de la *Federation of Malaya Independence Act 1957* e instrumentos constitucionales consecuentes. Por ello, ni la constitución de Chipre, ni la malaya de 1957 ni la malásica de 1963, ni la del hoy independiente Singapore, pueden considerarse autóctonas.

técnicas jurídicas adoptadas, de modo que el modelo británico se deforma en dos direcciones en apariencia contrarias, pero realmente convergentes en su raíz. De una parte, la población colonizada se asocia a la tarea constituyente, de manera que aporte a través de sus representantes un cierto contenido material a la decisión constituyente y que directamente contribuya a la legitimación política de dicha decisión. Por otro lado, el legislador metropolitano adopta decisiones de fondo de envergadura tal que su acción no es meramente legalizante, como, según hemos visto, pretende ser la del Parlamento británico respecto del progreso constitucional de las dependencias de la Corona, sino de verdadero constituyente material. En último término, y ello es interesante señalarlo, la independencia se identifica con la Constitución, aunque de forma que, de adoptarse ésta, aquélla se otorga a plazo (69).

En el período que se extiende desde 1900 a 1946 la organización político-administrativa del archipiélago fue establecida por leyes de la Unión (70), y el mismo sistema se siguió a la hora de elaborar la Constitución de la independencia.

En efecto, la *Tydings - Mc Duffie Act* de 1934 preveía, de una parte, el procedimiento constituyente. Así, se autorizaba a la legislatura creada en Filipinas por la *Jones Act* de 1916 para convocar una Convención encargada de elaborar una Constitución (sec. 1), que debería ser sometida a la aprobación del Presidente de U. S. A. (sec. 3), y una vez obtenida ésta, adoptada mediante votación popular (sec. 4). Además, en la misma *Ley Tydings-Mc Duffie* se preveía el contenido material de la Constitución en lo que hace a la forma de gobierno, la parte dogmática, disposiciones transitorias durante el período de protectorado y obligaciones del futuro Estado independiente (sec. 2).

De lo expuesto resulta que ni la Constitución filipina de 1934 ni sus posteriores revisiones pueden considerarse autóctonos. De una parte, el fundamento jurídico de la Constitución es una ley de la Unión, sin que la Convención Constitucional, reunida en virtud de lo prescrito en dicha ley, ni la aprobación del texto mediante referéndum, función atribuida por la ley de la Unión a los filipinos, que actuaban así como instancia decisoria, pero constituida y condicionada, desvirtúen este origen formal. De otro lado, las

(69) Cfr. G. FISCHER: *Un cas de decolonisation: Les Etats Unis et les Philippines*. París, 1960.

(70) 1) Instrucción presidencial, 7-IV-1900; 2) Philippine Bill 1902 (Act of the USA Congress of July 1, 1902), 3) Jones Law 1916 (Act of the USA Congress of August 24, 1916; 4) Tydings-Mc Duffie Act 1934.

supremas decisiones constitucionales materiales las adopta el legislador americano y la Constitución filipina sólo se entiende válida en cuanto se adapta a ellas (71). Por ello, el constituyente originario, quien «decide sobre el modo y la forma de la propia existencia política» (72), es el Congreso de los Estados Unidos. El caso es análogo al de aquellos supuestos en que en la elaboración de la Constitución, establecida, al menos en cuanto a sus líneas fundamentales, por una instancia internacional, colaboran, ya directamente, ya a través de sus representantes, las poblaciones interesadas, sin que ello impidiese a la doctrina ver en tales ocasiones una verdadera «internacionalización del Poder Constituyente» (73).

c) El modelo francés

La descolonización de los antiguos territorios franceses de Africa Occidental y Ecuatorial es fruto de un largo proceso jurídico de orden interno primero y comunitario después, que lleva a la constitución de entidades estatales autónomas, dotadas, entre otras, de competencias constituyentes y que acceden a la plena independencia por vía de Tratado.

Tres son las fases estructurales de este proceso: la territorialización y democratización de la Administración colonial, primero; la autodeterminación que llevó a la creación de Estados, en segundo lugar, y por último, la transferencia convencional de competencias, que determinó el acceso a la plena soberanía. El proceso constituyente de los nuevos Estados se inicia en la segunda fase y su génesis se encuentra en la autonomía constitucional, a su vez basada en el derecho de autodeterminación y que formalmente no se interfiere con el acceso a la independencia, que en el proceso francés de descolonización puede considerarse un tanto secundario (74).

Aunque es indudable que las Asambleas de los TOM, creadas por la ley de 7 de octubre de 1946 y Decretos complementarios del 25 del mismo mes y año, son un precedente de máxima importancia a la hora de estudiar la introducción de las instituciones democráticas en las colonias francesas de

(71) Tydings-Mc Duffie Act, sec. 3.

(72) Cfr. SCHMITT: *Teoría*, pág. 86.

(73) Cfr. MIRKINE-GUETZÉVITCH: *Droit Constitutionnel International*, París, 1933, páginas 40 y sigs., o más recientemente el caso eritreo (Cfr. A. SCHILLER: *Eritrea: Constitution and federation with Ethiopia*. «American Journal of Comparative Law», II, 1953, páginas 375 y sigs.).

(74) Para los datos concretos de esta evolución y una indicación bibliográfica, cfr. LUCHAIRE: *Droit d'Outre-mer*, París (Themis), 1967 y ediciones posteriores.

Africa (75), desde el punto de vista que aquí interesa, la territorialización de la Administración colonial y la génesis del parlamentarismo africano, se inicia con la ley de 16 de abril de 1955, que da a Togo su régimen cuasi-autónomo y «diárquico», inspirado en el modelo británico y reformado en sentido parlamentario por el Decreto de 25 de agosto de 1956, a su vez retocado por el Decreto de 22 de marzo de 1957 (76). Durante toda esta fase Togo ha funcionado como territorio piloto (77) en la evolución del Africa francesa hacia el autogobierno. Así, eco inmediato del Estatuto de 1955 fue la *Loi-Cadre* de 23 de junio de 1956, y el Estatuto de marzo de 1957 sirve de modelo al sistema de los Consejos de Gobierno (78).

De las reformas de 1956 y 1957, dos son los rasgos a destacar. En primer lugar, al realizar una descentralización a nivel de Territorio e instaurar el sufragio universal en la elección de las Asambleas Territoriales, sustantiviza políticamente los TOM en perjuicio de los conjuntos federales Africa Occidental Francesa y AEF, convirtiéndolos así en marco, tanto de la acción administrativa como de la reivindicación política y del desarrollo constitucional. De otra parte, el respeto a la Constitución francesa de 1946, que preveía la existencia a nivel local de Asambleas, pero nunca de Gobiernos, y el deseo de continuar la tradición referente a la organización de colectividades administrativas descentralizadas llevó a los autores de los Decretos de 4 de abril de 1957 a convertir los Consejos de Gobiernos, órganos de asistencia al representante del Poder central en materia ejecutiva, en un Comité elegido por la misma Cámara, ante la que «tenía la facultad de dimitir», caso de perder la confianza de la misma (79). Es claro que la conjunción de factores tales como el sufragio universal, la estilización de la vida política por la existencia de partidos fuertemente organizados, la formación parlamentaria de los nuevos líderes, etc., debían convertir este sistema en algo muy semejante al parlamentarismo monista, y tal parece ser el sentido tácito de las Ordenanzas de 26 de julio de 1958 (80). Pero lo que aquí más

(75) Cfr. GONIDEC: *L'évolution de Territoires d'outre-mer depuis 1946*, París, 1958.

(76) Cfr. GONIDEC: *La republique autonome de Togo*, París, 1958.

(77) Cfr. LACOUTURE: *Togo. Etat pilote*, París, 1963.

(78) Cfr. GONIDEC: *Droit d'Outre-mer*, París, 1960, I, pág. 462 sigs.

(79) *Ibid.*, pág. 472.

(80) Cfr. P. LAMPUÉ: *Les constitutions des États africains d'expression française*, «Revue Juridique et Politique», XV, 1961, 4, pág. 516 sobre el carácter proto-parlamentario de estos textos. Sobre la función de los partidos en este punto, véase por todos la magistral obra de R. SCHACHTER MORGENTHAU: *Political Parties in French-Speaking west-Africa*, Oxford, 2.^a ed., 1967. En cuanto a la función de las Asambleas, la historia constitucional puede hacer luz, verbigracia, cfr. GREENE: *The quest for power. The Lower Houses of Assembly in the Southern Royal Colonies 1685-1776*. Chapel Hill, 1963.

interesa destacar no es este cauce de recepción de los regímenes constitucionales nacidos en Occidente, sino la creación, a nivel de cada Territorio, de una Asamblea que por su origen, funcionamiento, personal y competencias era en todo, salvo en el nombre, el legislativo de una entidad proto-estatal.

El paso hacia la conversión de los TOM, así organizados por las reformas de 1956-1957, en Estados autónomos se da con la Constitución francesa de 1958, libremente adoptada por dichos territorios en el referéndum de 28 de septiembre de 1958, y cuyos artículos 76 y 77 les atribuían una plena autonomía constitucional, sin otra limitación que el carácter democrático de sus instituciones y el respeto al derecho comunitario (81). Los TOM, que, salvo en el caso de Guinea, aceptaron la Constitución de 1958, hicieron uso de la opción señalada en el artículo 76 de la misma y las Asambleas Territoriales, ya existentes bajo el régimen de 1956, se autoerigieron en Asambleas Legislativas y Constituyentes (82). Fueron estas Asambleas las que, al menos formalmente, adoptaron un texto constitucional, cuyo sometimiento ulterior a referéndum sólo estaba previsto en Alto Volta y Tchad (83).

Del proceso descrito resulta que las Constituciones de los nuevos Estados no fueron «otorgadas» por la antigua potencia administradora, como ocurría en el tipo anglo-belga y, aunque en términos distintos, en el tipo americano. Las Constituciones son, por el contrario, obra de las Asambleas en el ejercicio de sus competencias constituyentes. Ahora bien: lo dicho respecto de Nigeria, la India o Ghana impide concluir, sin más, la plena «autoctonía» del carácter «no otorgado» de dichas Constituciones, puesto que, eliminado el origen inmediato no autóctono, surge el problema de la autoctonía de su origen mediato o remoto. ¿Acaso sería la ley francesa la que atribuyese competencias constituyentes a las Asambleas de los Estados no autónomos?

Dichas Constituciones fueron formalmente obra de las Asambleas de los nuevos Estados, en virtud de la autonomía constitucional reconocida por el artículo 77 de la Constitución de la República de 1958, pero el tránsito de la *autonomía* a la *autoctonía* del proceso constituyente no puede tener lugar a partir de ninguno de ambos términos, la norma metropolitana habilitante, de una parte, y la institución constituída como autónoma y habi-

(81) Cfr. GONIDEC: *Droit d'Outre-mer II*, págs. 138-143 y 154 sigs. «Cette Communauté, France la propose personne n'est tenu d'y adhérer» (DE GAULLE, cit. GONIDEC: *Cours d'institutions publiques africaines et malgaches*, «Les Cours de Droit», 1966-67, página 81), comentario «cuasi» auténtico al art. 1 de la Constitución de 1958.

(82) V. gr. J. O. MADAGASCAR, 18 Oct. 1958, Loi const., núm. 1.

(83) Sobre la elaboración y promulgación de estas constituciones, cfr GONIDEC: *Les Droits Africains*, cit. pág. 73 y sigs.

litada, de otra. En la descolonización de los territorios franceses de Africa Occidental y Ecuatorial la distancia entre autonomía y autoctonía se salvó fundamentando aquélla en ésta mediante la autodeterminación. La autodeterminación de cada TOM mediante el referéndum de 28 de septiembre fue la que decidió la adopción por cada uno de ellos de la Constitución de 1958, y una vez que ésta había sido adoptada era de aplicar la opción del artículo 76 y la consiguiente autonomía constitucional reconocida en el artículo 77. De esta manera la Constitución de 1958, atributiva de la autonomía constitucional, no fue en sí misma una norma extraña a los TOM, sino autóctona a cada uno de ellos. Así lo afirman en sus preámbulos las Constituciones de 1959 de los Estados Autónomos.

La prueba de lo expuesto la ofrece, *a contrario*, el caso de Guinea. Al rechazar este antiguo TOM la Constitución de 1958 en ejercicio de su derecho de autodeterminación, la soberanía francesa deja de ejercerse sobre la misma, sin que ello suponga reconocimiento y menos creación de un nuevo Estado. Este sólo aparece días después y adopta una Constitución de indiscutible autoctonía algún tiempo más tarde. La solución de continuidad, teórica al menos, entre el cese del dominio francés y el nacimiento de la República de Guinea y el carácter meramente negativo de la opción guineana impiden considerar que la independencia de este país, y menos su proceso constituyente, encuentran su fundamento en el ordenamiento metropolitano (84). Dicho fundamento es más bien la opción guineana en el referéndum, expresión de su autodeterminación.

B) *La plena separación entre la independencia y el proceso constituyente* es normal, en el supuesto de que la situación colonial no ha extinguido el carácter estatal de la entidad colonizada. Tal es el caso de los protectorados internacionales, cuya teoría no cabe hacer aquí *in extenso*; pero en los que tiene lugar una distribución de competencias por vía de Tratado, que si puede afectar a la autonomía constitucional del Estado protegido, en nada afecta a su autoctonía (85). Así, los protectorados franceses de Indochina ac-

(84) Cfr. FISCHER: *L'indépendance de Guinée et les accords Franco-guineens*, AFDI, 1958, pág. 711 y sigs.

(85) Tal es el sentido de la refutación de la tesis francesa de la co-soberanía, cfr. GONIDEC: *Droit d'Outre-mer*, I, págs. 398 y sigs. En realidad el protectorado no se ha revelado como un régimen transitorio y preparatorio de la anexión (DESPAGNET: *Essai sur les protectorats*, París, 1856), sino como un sistema que ha permitido conservar la plena personalidad estatal y autonomía del protegido, que, al cesar el «control» del protector, ha recuperado la plenitud y exclusividad de su competencia. Cfr. FLORY: *La notion de protectorat et son évolution en Afrique du Nord*, París, 1955.

cedieron a la independencia al extinguirse mediante Tratado la relación de protectorado, de origen también contractual, sin perjuicio de que años antes se hubiese llevado a cabo un proceso constituyente en el que la potencia protectora no tuvo formalmente intervención alguna (86). En cuanto a los protectorados norteafricanos, la Constitución surgió con posterioridad a la independencia (87). Algo análogo sucedió en Ruanda y Burundi (88), y más aún en el Irak, donde la relación de mandato, regulada por instrumentos internacionales, no se interfirió con el proceso constituyente, que culminó en el texto de 1922 (89).

(86) Así, en Camboya el protectorado iniciado en 1863, reestructurado por tratado en 1884 y mantenido por el *modus vivendi* de 7-I-1946 no desaparece hasta la convención franco-Khemer de 8-XI-1949 y la plena independencia no se alcanza hasta 1953 sin perjuicio de que el Rey otorgue una constitución el 6-V-1947. Análogamente, en Laos el protectorado iniciado en 1853 y mantenido en el *modus vivendi* de 27-VIII-1946, no desaparece hasta la convención franco-laosiana de 19-VII-1949, mientras que la constitución de la monarquía data de 1947. La transformación de la Asamblea Consultiva en soberana en Camboya en 1947 no fue sino una reivindicación de autoctonía, frente a los trabajos del comité franco-Khemer (Cfr. LANCHÉ: *L'évolution du statut du Cambodge*, París, Thèse, 1948 *passim*).

(87) En Túnez, único protectorado norteafricano donde podría plantearse el problema, la Constituyente rompe con el D. beylical de convocatoria de 6-I-1956 y actúa como cuerpo soberano (cfr. DEBBASCH: *La République Tunisienne*, cit., pág. 46). En Marruecos las constituciones datan de 1962.

(88) Burundi, independencia de 1-VII-1962 y constitución de 16-X-1962. Más claro aún es el caso de Rwanda independiente, el 1-VII-1962, y cuya constitución de 24-XI-1962 no hizo sino ratificar lo acordado tras el golpe de Estado de Gitarama, el 26-I-1961, sancionado mediante plebiscito. Cfr. *Chronique de Politique Étrangère*, XVI (1963), número 46.

(89) Cfr. LONGRIGG: *Iraq 1900 to 1950*, Londres, 1953, págs. 148-153. Sin embargo, los mandatos A, aparente tierra de elección de la autoctonía constitucional, no alcanzan ésta en los demás casos. En Jordania, la Constitución de 1928 fue otorgada por el Emir, en cumplimiento del artículo 2 del Tratado anglo-transjordano de 20-II-1928 y en ejercicio de las competencias que en él delegara Su Majestad Británica (cfr. M. BARONDI: *Les Problèmes juridiques concernant l'administration des comunantes sous mandat*, Genève, 1949, págs. 107 y sigs.). En Siria y Líbano, las respectivas constituciones de 1930 y 1924 no son evidentemente autóctonas (*ib.*, págs. 117 y sigs.), si bien al supresión solemne del artículo 116 por la Asamblea siria de 1943 podría considerarse una solución de continuidad suficiente para alcanzar la autoctonía. En cuanto a los territorios sometidos a régimen de fideicomiso no puede señalarse un criterio general. Así, Togo y Camerún fueron dotados por Francia de Estatutos que, si garantizaban la autonomía, incluso constitucional, excluían la autoctonía (cfr. GONIDEC: *Droit d'Outre-mer*, II, páginas 118-119); pero mientras Togo se limitó en un primer momento a modificar el texto de 30-XII-1958 (cfr. Ley núm. 60-10, de 22-IV-1960, J. O. T. de 25-IV-1960, pág. 1) antes de acceder a la independencia (27-IV-1960), el Camerún adoptó, mediante refe-

Sin embargo, a los fines de este trabajo lo que nos interesa destacar es el caso de dos territorios no autónomos —dependencia británica uno de ellos, Birmania; fideicomiso italiano de las Naciones Unidas el otro, Somalia—, en los que se consiguió compaginar perfectamente el acceso a la independencia de un nuevo Estado sin anterior carácter de tal, el término del proceso constituyente con anterioridad a la misma y una completa autoctonía constitucional (90). En uno y otro caso la Constitución es obra de una Asamblea Constituyente, que se reúne, actúa y termina su trabajo antes de la independencia, de manera que la Constitución entra en vigor el día de la misma, pero que ni en su actuación ni en su origen está vinculada a la legislación colonial metropolitana. La convocatoria de las elecciones y la reunión subsiguiente de la Asamblea constituyen una solución de continuidad con la situación anterior. Así, la convocatoria de la Constituyente birmana reconocía *de facto* la plena autosuficiencia del pueblo birmano para darse una Constitución, sin que fuera necesario la atribución de competencias constituyentes a la Asamblea por parte del Parlamento británico ni que éste legalizase ulteriormente sus decisiones. La Constituyente birmana es un cuerpo extraño en el ordenamiento colonial, irreductible a toda previa Constitución y de competencia plenamente originaria (91).

Sin embargo, a la vez que la Constitución encuentra su fuente en sólo el constituyente birmano, la Asamblea, la independencia se basa legalmente en la *Burma Independence Act* (92) del Parlamento británico. Independencia y Constitución son, pues, fruto de procesos formalmente distintos y sus fuentes de producción, respectivamente, el Parlamento Imperial y la Constituyente nacional. Tal será el modelo desarrollado *mutatis mutandis* en Guinea Ecuatorial.

réndum (21-11-1960), un texto constitucional, después de acceder a la independencia (1-1-1960). Cfr. D. 60-1 bis, de 14-1-1960 (J. O. C. de 3-11-1960, pág. 13).

(90) Para una descripción del proceso, cfr. *Chronique de Politique Étrangère*, XIV (1961), 1-3, págs. 292 y sigs., y 298 y sigs., respecto de Somalia y para Birmania, MAUNG MAUNG: *The Burma's Constitution*, La Haya, 1961.

(91) Cfr. Acuerdo de 27-1-1947, Cmnd 7.029, en MANSERGH: *Speech and Documents*, II, pág. 766.

(92) II Geo, Ch. 3, cfr. MANSERGH: *Loc. cit.*, págs. 779 y sigs. Sobre las elecciones de la Asamblea, cfr. *Survey of International Affairs*, 1947-48, pág. 443.

II

LA FÓRMULA GUINEANA DE AUTOCTONÍA

La autoctonía constitucional de Guinea no ha sido el resultado de la presión nacionalista, sino más bien la solución técnica arbitrada a los problemas políticos de orden interno surgidos, tanto en España como en Guinea, con ocasión de la descolonización de aquellos territorios.

Durante todo el período colonial el régimen político de Guinea fue establecido por disposiciones metropolitanas de rango diverso (93). Este régimen perdura incluso después de la ley de Autonomía de 1964, que si bien atribuye a la Asamblea General un derecho de iniciativa en cuanto a la modificación de la legislación en vigor (94), ni le otorga potestad para modificar el régimen autónomo, ni supeditaba las iniciativas que en este campo pudiese adoptar España a los acuerdos de dicha Asamblea. El problema no es puramente teórico, puesto que de hecho se planteó a la hora de preparar el acceso a la independencia. En efecto, las estructuras del régimen de autonomía (95), de una parte, al inspirarse en los principios corporativos propios de la metrópoli, determinaban que las fuerzas políticas de los partidos discurrían al margen de ellas. De otro lado, la rivalidad entre las Provincias continental e insular y el consiguiente separatismo latente en Fernando Poo había plasmado en una composición paritaria de la Asamblea y el Consejo del Gobierno que dificultaba al máximo su funcionamiento. Por todo ello, cuando España optó por la descolonización de Guinea, no consideró impedimento alguno la inactividad de la Asamblea autónoma, pese a no haber faltado protestas en este sentido (96), y decidió dar cauce a las aspiraciones guineanas al margen del régimen autónomo, ante todo mediante

(93) V. gr., Ordenanza de 27-VIII-1938, Ley de 30-VII-1959, Ley de 20-XII-1963, Decreto de 3-VII-1964. Respecto de la legislación propia de aquellos territorios durante la Administración española, cfr. las recopilaciones de A. MIRANDA JUNCO: *Leyes Coloniales*, Madrid, 1945; J. M. DE LA PEÑA y GOYOAGA: *Legislación Colonial*, Madrid, 1955; A. FRAILE y ROMÁN: *Legislación Regional*, Madrid, 1961; y A. E. MILLÁN LÓPEZ: *Legislación de Guinea Ecuatorial*, Madrid, 1967.

(94) Cfr. arts. 17, 1, c), y 17, 2, del texto articulado de 1964.

(95) Falta todavía un buen estudio sobre la dinámica política de la Guinea autónoma.

(96) Cfr. Actas de la Primera Fase de la Conferencia Constitucional (citaremos CCPF), 4.ª sesión de la Comisión Política, págs. 39 y sigs. (señor GORI MOLUBELA), y Actas de la Segunda Fase de la Conferencia Constitucional (citaremos CCSF), 7.ª sesión, páginas 22 y sigs. (señor GORI MOLUBELA), entre otras muchas.

la celebración de una Conferencia constitucional, en cuya segunda fase se abordó ya la elaboración de una Constitución (97).

Ahora bien, si la elaboración material de la Constitución corría a cargo de la Conferencia constitucional, simple órgano asesor del Gobierno español, el problema surge al plantearse la cuestión de la fuente formal de producción de la misma Constitución, esto es, del Poder Constituyente.

El modelo anglo-belga, en el que parecía inspirarse España, exigía que las resoluciones de la Conferencia fuesen legalizadas por las competentes instancias españolas, es decir, las Cortes o el Jefe del Estado, en uso de la prerrogativa de las leyes de 1938 y 1939. Así parecieron entenderlo los mismos dirigentes guineanos, que insistieron en mantener la cadena de la legalidad, aunque, sin duda, con la intención de hacer de la ley constitucional resultante un texto transitorio a sustituir por otro «autóctono» después de la independencia (98).

Aparte de que la solución favorable a la provisionalidad, en nada favorecería la estabilidad política del futuro Estado, surgieron pronto otras dificultades. La explicable desconfianza del Gobierno hacia unas Cortes de imprevisibles actitudes, y el eco nacional de una Constitución de tipo liberal-democrático aconsejaban la exclusión de la Cámara del proceso constituyente y razones de prestigio exterior hacían descartar un acto de prerrogativa por parte del Jefe del Estado.

De esta doble inhibición guineana y española surgió la autoctonía constitucional, mediante el juego del *principio plebiscitario* (A) y la *separación del proceso constituyente y el proceso de independencia* (B).

A) La afirmación del principio plebiscitario es fruto de posiciones políticas contrarias entre sí. En primer lugar, la posición española fue favorable, desde que en 1963 se inicia la etapa de autonomía, a que la independencia sólo tuviera lugar en caso de que el pueblo guineano así lo demandase en

(97) El Gobierno español y sus representantes en la Conferencia Constitucional entendieron que «España previó que la Asamblea General pudiera ser un cauce de reforma legislativa, pero jamás dijo España que las posibilidades de reforma de las estructuras políticas de Guinea pasasen exclusivamente a los órganos representativos de la autonomía» (declaración presidencial, CCPF, 5.ª sesión de la Comisión Política, pág. 42).

(98) Cfr. CCSF, 2.ª sesión, págs. 11-14 (señor NDONGO). Relaciones con la petición, por parte del mismo señor NDONGO, de la convocatoria de una Asamblea Constituyente en CCPF, 5.ª sesión de la Comisión Política, págs. 20 y 26-27. Esta declaración es especialmente importante por ser a la sazón Atanasio NDONGO el indiscutible caudillo del nacionalismo guineano en su reivindicación por la independencia.

ejercicio de su derecho de autodeterminación (99). Ahora bien, como las instituciones autónomas no ejercieron la competencia que en este sentido les atribuía la ley de 1964, se consideró que la consulta popular directa era la única manera de que los guineanos optaran por la independencia. Tal principio parece deducirse de los acuerdos del Gobierno de 15 de noviembre y 15 de diciembre de 1966, ratificados por el Consejo de Ministros de 22 de diciembre del mismo año, se afirma repetidamente por parte española en la primera fase de la Conferencia constitucional y se reitera por la Delegación española en las Naciones Unidas, especialmente ante la IV Comisión de la Asamblea en diciembre de 1967 (100).

Por parte guineana el recurso a la votación popular directa como medio de autodeterminación era visto de dos maneras distintas. El nacionalismo guineano consideraba el plebiscito cuando menos inútil (101); por el contrario, el separatismo de Fernando Poo estimaba que el referéndum separado en cada una de las Provincias era requisito fundamental para la autodeterminación de las mismas (102). Una vez más, la sociedad plural plantea la cuestión del sujeto político que ha de autodeterminarse (103).

En cuanto a las Naciones Unidas, su posición fue adversa a la celebración de un referéndum sobre la cuestión de la independencia, por entender que el pueblo guineano había ya manifestado claramente su deseo (104). Fren-

(99) Una relación de textos especialmente autorizados en los discursos inaugurales de ambas fases de la Conferencia por el Ministro de Asuntos Exteriores. Cfr. CASTIELLA: *España y la Descolonización*, Madrid, 1967.

(100) Cfr. CCPF, 1.ª sesión plenaria, pág. 18; 2.ª sesión plenaria, pág. 26; 5.ª sesión de la Comisión Política, pág. 43.

(101) Cfr. CCPF de la Comisión Política, 1.ª sesión, pág. 29 (señor GRANGE); 2.ª sesión, pág. 3 (señor NGOMO), y 6.ª sesión, pág. 19 (señor EÑESO). Nada significan en contra las confusas palabras del señor ECONSTANT (4.ª sesión, pág. 5) o MBA (7.ª sesión, página 16), en que el referéndum se concibe polémicamente con efecto confirmatorio.

(102) Cfr. CCPF, 1.ª sesión de la Comisión Política, pág. 11 (señor GORI); 3.ª sesión, id., pág. 4 (señor JONES); 8.ª sesión, id., págs. 1-13 (señor COPARIATE), entre otras muchas. Durante la segunda fase se repitieron las mismas tomas de posición por parte de los isleños. Sirven de ejemplo entre los documentos incorporados a las actas los titulados «Primera Sugerencia que presenta el Consejero Nacional, don Alfredo JONES, a los Puntos Básicos para un borrador de Constitución de Guinea Ecuatorial, integrada por la asociación de Fernando Poo y Río Muni», de 23-IV-1968, el escrito dirigido por un grupo de representantes de Fernando Poo al Excelentísimo señor Presidente de la Conferencia de 8 de mayo de 1968 y el escrito elevado a la Jefatura del Estado (cfr. CCSF, 7.ª sesión, págs. 55-56, anejo 1.º).

(103) EMERSON: *From Empire to nation*, págs. 329 y sigs. Cfr. NICHOLSON: *Self Government and Communal Problem*, Londres, 1944.

(104) Cfr. Res. 2.355 (XXII), de 19 de diciembre de 1967, y A/AC 109/289.

te a la práctica española de lentos trabajos preparatorios de la autodeterminación, las Naciones Unidas urgieron reiteradamente que se señalase una fecha tope para la independencia sin que España accediese nunca a ello «puesto que el pueblo guineano aún no ha sido directamente consultado» (105).

En vísperas de inaugurarse la segunda fase de la Conferencia constitucional, el referéndum anunciado aparecía, pues, preñado de ambigüedad en cuanto a su alcance. Buena prueba de ello es el Decreto-ley de 17 de febrero de 1968, cuya Exposición de Motivos, tras reconocer «que los representantes del pueblo de Guinea aspiran a completar con la independencia su personalidad política», decide que «ha acordado tomar en consideración las declaraciones formuladas en aquella conferencia sin perjuicio de la ratificación que en su día habrá de realizar el pueblo de Guinea en una consulta electoral» (106).

Dicha ambigüedad, sin embargo, no podía, lógicamente, mantenerse durante mucho tiempo, y la situación, en cuya infraestructura sociológica y supraestructura política no puede entrarse aquí, evolucionó rápidamente. En efecto, el 29 de marzo de 1968 el Gobierno adopta un acuerdo, hecho público por el ministro de Asuntos Exteriores al inaugurar el 17 de abril la segunda fase de la Conferencia constitucional, en la que se distingue claramente la concesión de la independencia, decidida por el Gobierno español, y la consulta electoral que habría de celebrarse en Guinea sobre materias constitucionales (107). Dicha toma de posición fue reiterada por la delegación española en la segunda fase de la Conferencia, haciendo de la independencia algo irrevocable e independiente de los resultados del referéndum, cuyo objeto parecía ser ya exclusivamente constitucional (108).

(105) Reserva formulada por la delegación española al explicar su voto favorable a Rés. 2.355 (XXII).

(106) Cfr. Boletín Oficial del Estado de 19-II-1968, pág. 1.

(107) «El Gobierno español reafirma hoy el propósito de conceder en 1968, y en la fecha más próxima posible, la independencia de Guinea Ecuatorial como una unidad política, sin perjuicio de salvaguardar la personalidad de la isla de Fernando Poo. El Gobierno, al encargarme de inaugurar este 17 de abril la segunda fase de la Conferencia Constitucional, manifiesta que esta reunión tendrá por objeto la elaboración de una Constitución para Guinea Ecuatorial y la preparación de una Ley Electoral, que ambas serán sometidas a la consulta electoral del pueblo guineano por el sistema del sufragio universal de los adultos, bajo la supervisión de las Naciones Unidas, y que, tras esa consulta, se constituirá un Gobierno provisional, con el fin de que pueda presidir la celebración de unas elecciones organizadas, de acuerdo con la Ley Electoral previamente aprobada, para que, de conformidad con la Constitución, se pueda dar paso al establecimiento de todas las Magistraturas del Estado y de un Gobierno definitivo que acceda a la independencia en la fecha que mutuamente acordemos» (C. C. S. F., 1.ª, págs. 16-17).

(108) C. C. S. F., 15.ª, págs. 13 y sigs. (señor CABANAS).

La decisión del Gobierno en favor de la independencia sin exigir ya un pronunciamiento formal del pueblo guineano, podía apoyarse en sobrados motivos. De una parte, la constante presencia de peticionarios guineanos en las Naciones Unidas desde 1959, la petición unánime de independencia recibida por la Subcomisión del Comité Especial de los Veinticuatro, que en 1966 visitó Guinea (109), y los resultados de la primera fase de la Conferencia constitucional, cuya «mayoría solicita la independencia total y unitaria para antes del 15 de julio de 1968» (110), parecen ser suficiente aval del deseo guineano de independencia. De otra parte, se impone el criterio, por razones más políticas que jurídicas, de que la descolonización es competencia de la potencia administradora, cuya normación corresponde al orden jurídico internacional, con lo que la actitud de España queda determinada más por sus obligaciones frente a las Naciones Unidas que por los deseos de la población guineana. Así pareció entenderlo el Consejo de Estado español cuando en su consulta sobre el tema afirmaba: «Solamente España tiene competencias, sin perjuicio de que dichas competencias se encuentren internacionalmente regladas, para transformar el estatuto jurídico de territorios de su soberanía», y más adelante: «La independencia de Guinea, decidida en ejercicio de sus competencias por España, como potencia administradora, es un principio ya definitivamente adquirido», mientras que lo que al pueblo guineano se le somete en el referéndum es la aceptación o no aceptación de la Constitución (111).

Sin embargo, aun reducida a estos límites la materia de la consulta electoral, surge una nueva dificultad de los términos de la declaración ministerial de 17 de abril.

Frente a la práctica seguida por los británicos en materia de descolonización —consistente fundamentalmente en fijar una fecha tope para la independencia, comunicada como tal a las Naciones Unidas, sin perjuicio de reservarse exclusivamente todo lo referente al procedimiento y las fases de establecimiento de un Gobierno democrático, la elaboración de una Constitución y la transmisión de poderes— la negativa española a fijar la fecha de la independencia de Guinea Ecuatorial, dio pie a la intervención en estas materias del Comité de los Veinticuatro durante su sesión de febrero y marzo de 1968. La desconfianza del Comité estaba motivada, de otra parte, por el carácter «orgánico» y «corporativo» de las instituciones políticas españolas y guineanas autonómicas, por lo que, y siguiendo los pasos marcados por la

(109) Cfr. *Chroniques des N. U.*, 1966 (III), 7, págs. 24-25 y pág. 34.

(110) *Informe de la Delegación Española en la Primera Fase de la Conferencia Constitucional*. Conclusiones: a).

(111) Dictamen núm. 36.017, de 20 de junio de 1968.

Asamblea General, insistiese en la necesidad de que el Gobierno al que se transfiriesen los poderes fuese resultado de unas elecciones celebradas por sufragio universal directo (112). Ello explica que durante los primeros meses de 1968 el Comité citado comenzase a considerar el referéndum como la única garantía de que los textos constitucionales y electorales elaborados en Madrid fuesen de corte democrático. El deseo español «de probar una vez más la limpieza de sus propósitos» (113), dio lugar a la antes citada declaración gubernamental de 29 de marzo, según la cual la Constitución y la ley Electoral elaboradas en la Conferencia constitucional se someterían «a consulta electoral del pueblo guineano por el sistema del sufragio universal de los adultos y bajo la supervisión de las Naciones Unidas».

La puesta en práctica del citado acuerdo ofrecía notables dificultades de orden técnico, referentes tanto al mismo procedimiento de la consulta como a la posición de la ley Electoral, así adoptada en el ordenamiento del nuevo Estado. Respecto de lo primero, todo parecía aconsejar la celebración de un único referéndum; ahora bien, el desglose de la consulta en varias preguntas, a más de la complejidad resultante podría dar lugar a respuestas afirmativas para algunas de ellas y negativas para otras, eventualidad no simplemente teórica, tanto más en el supuesto de un electorado de escasa experiencia y disciplina política como el guineano. Si, optando por la inversa, se planteaban en una sola pregunta los temas de la independencia, la Constitución y el régimen electoral, el referéndum lindaba con lo verdaderamente caricaturesco, comprometiéndose así innecesariamente el carácter «auténticamente democrático» del proceso de descolonización de Guinea Ecuatorial.

El segundo de los inconvenientes técnicos se refería al carácter anómalo de una ley Electoral aprobada por referéndum popular juntamente con la Constitución, puesto que, o bien la ley Electoral se asimilaría al texto constitucional, lo que no era de desear si la Constitución debía ser nada más, pero nada menos, que una estructura fundamental y estable, o bien las dos quedarían en jerarquía, si no jurídica sí política.

Para soslayar los citados inconvenientes sin dejar de cumplir la declaración del Gobierno y los compromisos frente a Naciones Unidas, solamente un procedimiento parecía factible: incorporar a la Constitución guineana las bases de la legislación electoral. De esta manera sería el legislador guineano quien desarrollase dichas bases de acuerdo al procedimiento previsto en la misma Constitución; sin embargo, ello no obstaba para que las autoridades españolas promulgasen antes de la independencia una legislación electoral.

(112) Cfr. Res. 2.230 (XXI); Res. 2.355 (XXII); A/AC 109/289.

(113) E. de M. del D-L. 3/1968, de 17 de febrero, ya citado.

que permitiese constituir las autoridades y asambleas representativas previstas en la Constitución. Ahora bien, esta legislación electoral podía ajustarse ya a las bases acordadas en la Conferencia constitucional, con lo cual, al llegar la independencia y convertirse dicha ley en ley de Guinea, por los principios generales que rigen la sucesión de Estados, el nuevo país se encontraría ya con una ley Electoral, perfectamente acorde con sus presupuestos constitucionales y que sólo podría ser modificada, si en el futuro los responsables de Guinea lo estimasen conveniente, de acuerdo a los procedimientos establecidos para ello en la Constitución misma.

Tal fue el sistema que prevaleció al final, si bien no faltaron los errores de procedimiento. La declaración española sobre el régimen electoral en la Conferencia constitucional (114), afirma que las disposiciones de la Constitución referentes a las elecciones y la nacionalidad deberían ya aplicarse al referéndum, y ello es manifiestamente insostenible, puesto que el proyecto elaborado por la Conferencia sólo sería Constitución una vez adoptado en dicho referéndum. El régimen por el que éste se rigió no fue previsto en el proyecto constitucional, sino el establecido por la potencia administradora sin perjuicio de que materialmente coincidieran ambos (115). En cuanto a la legislación electoral dictada con ocasión de las elecciones inmediatamente anteriores a la independencia, celebradas en septiembre y octubre de 1968, se trata, claro está, de una norma española en cuanto a su origen, aunque de hecho concorde con las previsiones constitucionales del futuro Estado independiente, y después ya guineana y como tal, esto es como parte del Derecho de Guinea, modificable de acuerdo a lo previsto en la Constitución del nuevo país (116).

(114) Cfr. Declaración española sobre el régimen electoral el Guinea Ecuatorial (C. C. S. F., 30.^a sesión, págs. 26 y sigs.). En los dos primeros párrafos de dicha declaración se afirma contradictoriamente: «La Constitución, elaborada en la Conferencia Constitucional, será sometida a referéndum del pueblo guineano, y una vez aprobada y establecido el sistema institucional de nuevo Estado, con arreglo a sus preceptos, entrará en vigor en la fecha que se señale para la independencia. El referéndum será oportunamente convocado por el Gobierno español y para respetar las normas de la Constitución... Tanto el referéndum como las primeras elecciones se celebrarán siguiendo el sistema establecido en la propia Constitución...»

(115) Cfr. Decreto de 27 de julio de 1968 (B. O. de 29-VII).

(116) Cfr. Decreto de 16 de agosto de 1968 (B. O. de 19-VIII), sin embargo, perdura aquí el mismo equívoco ya señalado en la declaración sobre régimen electoral hecha en la última sesión de la Conferencia. El artículo 4.^o del citado Decreto dispone la celebración de elecciones «con arreglo a las normas de la Constitución adoptada», ¡pero dicha Constitución no era todavía en aquella fecha una norma en vigor! (art. 3.^o, D. de 27-VII-1968).

B) La solución adoptada, decidida en la Comisión interministerial preparatoria a propuesta de los asesores técnicos de la presidencia de la Conferencia, y que el autor tuvo el honor de exponer al pleno de la misma en su tercera sesión plenaria (117), partía de dos datos ineludibles: la celebración de un referéndum y la conveniencia de mantener la cadena de la legalidad; pero trataba de conseguir, por las razones políticas y jurídicas anteriormente expuestas, que la Constitución fuera, desde un principio, sólo norma guineana y con una fuente de producción autóctona.

A este fin se ideó una fórmula que, en su primera fase, seguía el modelo anglo-belga, para atenerse después al modelo birmano, aunque sustituyendo la Asamblea Constituyente, cuya reunión y funcionamiento era de todo punto imposible en la Guinea colonial, por el recurso directo al pueblo mediante el referéndum.

En consecuencia, la Constitución fue elaborada en la Conferencia constitucional, en cuyas funciones cabe señalar una progresiva sustantivación. Si en un principio puede considerarse inspirada en las Conferencias constitucionales británicas de carácter exclusivamente informativo y de asesoramiento, y en verdad nunca perdió su naturaleza de tal (118), la presidencia de la misma y la delegación española no dejaron de insistir, durante toda la segunda fase de sus trabajos, en que a ella correspondía elaborar la Constitución y los mismos textos positivos reconocen esta su función redactora (119). Ahora bien, sin perjuicio de atribuirle una tarea de elaboración material, le fue negada toda competencia constituyente formal, reconocida tan sólo al pueblo guineano (120). Como se puso de relieve en la misma Conferencia, la Constitución no debía ser «un acto de decisión del legislador español, esto es, una ley española, sino

(117) C. C. S. F., 3.^a sesión, págs. 2 y sigs. y apéndice: «Puntos básicos para un borrador de Constitución». No se trata de entrar aquí en un examen de Constitución guineana —cuya eficacia política, por otra parte, no afecta al eventual interés de este estudio que pretende versar sobre aspectos exclusivamente formales de su génesis—, pero las Actas de la segunda fase de la Conferencia y, en su caso, otros documentos, demuestran que los asesores técnicos de la Presidencia de la Conferencia —señores Condomines y Herrero de Miñón—, cuya función terminó oficialmente el día 27 de mayo de 1969 (C. C. S. F., 15.^a sesión, págs. 26-27) no tienen ninguna responsabilidad en la elaboración del extraño texto Constitucional, que dio a la luz la Conferencia, ni en la legislación electoral concordante.

(118) C. C. S. F., 15.^a sesión, págs. 40 y sigs. (señor CAÑADAS). Cfr. Consejo de Estado, dictamen núm. 36.017, de 20 de junio de 1968.

(119) Cfr. E. de M. L. de 27 de julio de 1969, Decreto de 27 de julio de 1968, artículo 1.º Cfr. C. C. S. F., en especial la posición española en las sesiones 2.^a y 15.^a

(120) C. C. P. S., 5.^a sesión de la Comisión Política, pág. 43; C. C. S. F., sesión 15.^a, página 14 (señor CABANAS).

un acto del constituyente guineano, que será siempre el pueblo de Guinea, a partir de los planteamientos que sus líderes y representantes políticos adopten reunidos en esta conferencia» (121). La conferencia fue, pues, una especie de comité de redacción y sus trabajos pueden considerarse como preparatorios, mientras que la intervención del pueblo guineano mediante referéndum no fue una mera prospección preparatoria, como en el caso de Ghana en 1960, ni el trámite de un procedimiento legislativo complejo, como ocurrió en Filipinas en 1934, ni la sanción que transforma en definitiva una norma provisional, pero ya vigente, como en Somalia en 1961, sino más bien *la única decisión constituyente autora de la Constitución*.

El proceso formal fue, en sus líneas generales, concorde con estos principios. Siguiendo el parecer del Consejo de Estado (122), la Constitución elaborada en la Conferencia no se presentó a las Cortes Españolas, limitándose el Gobierno a someterla al constituyente guineano (123) y a declarar la decisión de éste (124). En esta perspectiva, y como aval de lo dicho, pueden subrayarse dos hechos. En primer lugar, la Constitución guineana nunca se entendió que fuera una ley española, ley que hubiera contradicho los fundamentos del sistema constitucional español, y por ello ni siquiera se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* (125); por otra parte, la soberanía constituyente que se reconoce al pueblo de Guinea da lugar a que su intervención, introduciendo una radical solución de continuidad con el sistema anterior, produzca la caducidad del mismo. Por ello las instituciones del Gobierno autónomo cesan tras el referéndum, asumiendo las tareas administrativas, en la etapa transitoria hasta la independencia, el Comisario español (126).

El proceso de independencia fue paralelo, y por ello simultáneo y diferente, del proceso constituyente. Una ley de las Cortes autorizaba al Gobierno para conceder la independencia a Guinea Ecuatorial (127), lo que se hizo en virtud de dicha autorización, mediante Decreto y con exótica fórmula (128). Sin embargo, lo que aquí interesa destacar es la total separación formal de

(121) C. C. S. F., 3.^a sesión, pág. 3 (señor HERRERO).

(122) Dictamen núm. 36.017.

(123) Decreto de 27 de julio de 1968, arts. 1.º, 3.º y 18.

(124) Decreto de 16 de agosto de 1968, art. 1.º

(125) Pero sí en el *Boletín Oficial* de Guinea de 24 de julio de 1968.

(126) Decreto de 16 de agosto de 1968, arts. 2.º y 3.º El «Gobierno provisional» a que hacía referencia la citada declaración ministerial de 17 de abril (cfr. *supra*, nota 107), fue prontamente desechado ante la anomalía que hubiese supuesto en un sistema pacífico de transmisión de poderes y las dificultades prácticas de su constitución.

(127) Ley de 27 de julio de 1968.

(128) Decreto de 11 de octubre de 1968, art. 2.º

ambos procesos y su simultaneidad, que permitieron cerrar el período constituyente antes de la independencia, con las ventajas antes señaladas y, a la vez, obtener un texto constitucional autóctono, puesto que el ejercicio del Poder Constituyente, reservado en su totalidad al pueblo de Guinea, para nada se apoyaba ni era afectado por la declaración de independencia y la creación del nuevo Estado por las instancias españolas (129). Como afirmara el Consejo de Estado español en su dictamen ya citado, la solución dada «constituye una novedad en la tipología del Derecho comparado, que permite conjugar armoniosamente la plena autoctonía constitucional de Guinea independiente con las responsabilidades asumidas por España como potencia administradora».

CONCLUSIÓN

El anecdotario recogido en las páginas anteriores no cubre más que uno de los supuestos ofrecidos por un cuadro general de la descolonización. En efecto, el nuevo Estado puede nacer por vía de hecho, de manera que su ulterior reconocimiento carezca de efectos constitutivos de acuerdo a la teoría clásica en la materia, y tal sería, por ejemplo, el caso de Indonesia, o bien en virtud de un acto jurídico. A su vez en éste pueden distinguirse diversos subtipos, según se trate de un tratado o un acto unilateral que puede ser ya de la comunidad colonizada, ya del Estado colonizador, ya de un organismo internacional (130). Sin embargo, la independencia de hecho, normal en la disgregación de los antiguos imperios mercantiles, es en la descolonización posterior a 1945 extremadamente rara; la independencia paccionada sólo puede darse cuando la entidad colonizada es de naturaleza estatal como fue el caso de los protectorados internacionales antes citados; y la independencia por decisión de una instancia internacional sólo ha ocurrido, en puridad, en el caso de las colonias italianas y, con modalidades diversas, en los territorios bajo fideicomiso (131). Por el contrario, el supuesto normal al que corresponden

(129) Pese a los términos de la citada declaración española sobre el régimen electoral, que se hacen eco de la ambigüedad primitiva entre la cuestión constitucional y la opción por la independencia como materia de referéndum.

(130) Cfr. GONIDEC: *Cours d'institutions...*, cit., págs. 76 y sigs. Siempre me refiero, claro es, al Estado aparato y no al Estado Sociedad: para esta distinción acuñada por la doctrina italiana, cfr. LUCAS VERDÚ: «P. B. di R. y la ciencia italiana del Derecho Constitucional», en la versión española de BISCARETTI DI RUFFIA: *Derecho Constitucional* (Tecnos), págs. 47-48.

(131) Cfr. YTURRIAGA: *Participación de la O. N. U. en el proceso de descolonización*, Madrid, 1967, caps. 1.º y 3.º

la inmensa mayoría de los casos es el de creación del nuevo Estado por un acto unilateral del Estado colonizador, acto de cuya naturaleza, interna o internacional, y régimen, discrecional o reglado, no cabe ocuparse aquí, pero que en todo caso supone una relación de creador a criatura.

Esta relación puede graduarse a través de tres fórmulas. La primera, a la que corresponden la práctica británica (salvo en el caso de Birmania), estadounidense en Filipinas, y belga, implica que el nuevo Estado es creado y dotado de una Constitución por la potencia administradora. La vinculación entre creador y criatura es muy estrecha, hasta el punto de que, como demuestra el Derecho interimperial británico, el orden constitucional de los nuevos Estados encuentra su fundamento en el orden de la metrópoli, y en un planteamiento kelseniano de la cuestión, pudiera dudarse si la pirámide normativa no tiene su cúspide, pese a la independencia, en la Constitución británica, a través de las Leyes del Parlamento Imperial (132). La dificultad de cambiar tal situación, una vez establecida, sin recurrir a procedimientos revolucionarios, y la urgencia con que algunos nuevos Estados han vivido la necesidad del cambio, muestra lo erróneo del criterio clásico, según el cual, una vez constituido el Estado, «poco importa la vía por la que los individuos que le sirven de órganos hayan adquirido tal capacidad o cualidad» (133).

Una segunda fórmula, representada fundamentalmente por el modelo birmano y su variante guineana, si bien hace del nuevo Estado la obra de la potencia administradora, puesto que es ésta la que lo crea como tal Estado, rompe toda vinculación entre el orden constitucional de la metrópoli y el orden constitucional de la colonia independizada, que es obra exclusiva del constituyente autóctono, ya asamblea, ya pueblo.

Por último, la tercera fórmula, a la que corresponde la práctica francesa en los TOM africanos, a la autoctonía constitucional une que el nuevo Estado nace, no en virtud de un acto de la metrópoli, sino de la autodeterminación de la misma comunidad que se constituye en Estado, si bien las bases de la autodeterminación y las consecuencias de la misma son creadas y formalizadas por la antigua metrópoli (134). Por otra parte, el procedimiento utilizado por Francia sólo es viable cuando una asimilación teóricamente completa y el reconocimiento del principio de autodeterminación como base del Estado-nación,

(132) Para un planteamiento kelseniano de la Autoctonía véase LATHAM: *The Law of the Commonwealth*, Londres, 1949.

(133) CARRÉ DE MALBERG: Op. cit., I, pág. 62.

(134) Ordenanza 6-X-1958.

hace posible que una misma norma, la Constitución de 1958, fuera autóctona en Francia y en cada uno de los TOM (135).

Esas breves constataciones de hecho permiten obtener ciertas conclusiones teóricas referentes a tres cuestiones diversas: la teoría clásica del nacimiento del Estado; la teoría del Poder Constituyente y la noción misma de descolonización.

Respecto de la primera, tres eran las tesis medulares de los autores clásicos en la materia: la facticidad del Estado, su carácter originario y la vinculación entre nacimiento del Estado y proceso constituyente. Sin embargo, el somero análisis realizado demuestra que la mayoría de los nuevos Estados nacen en virtud de un acto jurídico, ya de procedencia interna, como es el caso de las leyes británicas, belgas y americanas o españolas, ya, lo que es más raro, de orden internacional, en supuestos que no hemos considerado aquí.

Ahora bien, Kelsen y la Escuela de Viena, y, desde otros supuestos, Anzilotti, habían ya negado la facticidad del nacimiento del Estado en pro de su regulación por el Derecho internacional, pero ello supone dos tesis absolutamente ajenas a los resultados del análisis realizado. En primer lugar, la calificación de un hecho por el Derecho internacional no supone para Kelsen que el orden derivante «proceda a la creación del mismo (Estado) en su existencia natural, cuando lo que acontece es que le toma como es y le imputa una consecuencia jurídica» (136); por ello, en segundo término, la determinación del nacimiento del Estado por el Derecho internacional se da para Kelsen en el plano de la acronía lógica de un sistema, es decir, en la Teoría Pura del Derecho y del Estado, de evidente filiación kantiana. Por el contrario, las conclusiones a que hemos llegado suponen que el acto jurídico que crea el Estado no califica un hecho natural ya existente, sino que produce el hecho y por ello la relación de determinación entre el orden derivante y el orden derivado, especialmente importante en cuanto a la génesis de la Constitución, se da en la diacronía de la historia jurídica. Evidentemente hacer de este resultado

(135) El principio de autodeterminación se consagra en el preámbulo de la Constitución de 1958 y en el art. 1.º de la misma. Es interesante señalar que la participación de los guineanos en el referéndum español de 1966 (cfr. Instrucción 29-XI-1968, B. O. G. de 30-XI) no tuvo efectos análogos a los del referéndum constitucional francés, sino que, por el contrario, constituyó un notable entorpecimiento a la hora de instrumentar la autodeterminación de Guinea como territorio no autónomo, ajeno a la nación española aunque bajo su soberanía. Cfr. mi estudio de próxima aparición, *La delimitación del territorio nacional en la reciente doctrina del Consejo de Estado*. La razón fundamental debe encontrarse en que el referéndum español no fue un acto de *autodeterminación*, sino de *adhesión* a la decisión previa del Jefe del Estado, que no admitía alternativa.

(136) *Rec. des Cours*, XLII, págs. 263.

empírico un argumento contra la teoría pura, sería tanto como impugnar las tesis kantianas del origen trascendental del conocimiento a partir de los nuevos hallazgos psicológicos en torno al comienzo experimental del conocer.

Al negar la facticidad empírica del nacimiento del Estado, se niega también su carácter originario, de manera que *no será ya imposible buscar más allá de la aparición de un Estado los fundamentos jurídicos del mismo*. Las dificultades para alcanzar la autoctonía constitucional provienen esencialmente de que dichos fundamentos se imponen por sí solos.

En cuanto a la identificación del nacimiento del Estado y su proceso constituyente, cuya última raíz se encuentra en la fundamentación de ambos en el principio de autodeterminación, su consideración exige tratar, aunque sea brevemente, el problema del Poder Constituyente. Si tomamos como ejemplo la exposición clásica de Carré de Malberg (137), resulta que las alteraciones de la Constitución se producen de dos maneras. Hay, de una parte, cambios violentos llamados, según los casos, revoluciones o golpes de Estado, y en los cuales la Constitución resultante no será producida de acuerdo a lo previsto en la Constitución anterior; hay, de otro lado, la revisión de la Constitución que, cualquiera que sea su importancia, deberá tener lugar de acuerdo a las reglas establecidas en la Constitución anterior. En el primer caso, la cuestión del Poder constituyente es una mera cuestión de hecho intematizable jurídicamente «car, il n'y a point place dans la science du Droit Public pour un chapitre consacré a une théorie juridique des coups d'Etats ou des revolutions...» En el segundo supuesto se puede, propiamente, afirmar que no existe órgano constituyente, sino solamente órganos constituidos.

Llevando estas categorías sobre los datos antes expuestos, resulta que, sin abandonar el campo de la legalidad, encontramos frecuentemente un constituyente originario, anterior al Estado mismo y, por tanto, a toda previa constitución de éste, no sólo en los casos en que otro Estado, la potencia administradora, ejerce el Poder Constituyente, sino cuando el pueblo o una Asamblea, cuerpo soberano, adopta una Constitución. Por otra parte, se observa que la simple revisión constitucional no responde a la problemática de la autoctonía, sin que la lucha por ésta suponga «buscar los principios constitucionales fuera de las constituciones positivas» (138); los ejemplos indio y ghanés son, en este caso, especialmente significativos. De lo dicho resulta que el esquema clásico resulta insuficiente y al constitucionalista se le ofrece la posibilidad de investigar el origen absoluto de la Constitución, esto es el verdadero Poder Constituyente. De los datos reunidos parece deducirse que *este origen absoluto*

(137) Op. cit., II, págs. 495 y sigs.

(138) *Ib.*, págs. 499-500.

que trasciende la mera revisión constitucional sólo se encuentra en la soberanía popular. La plena autoctonía se da allí donde el pueblo directamente, o simbólicamente «en» una Asamblea constituyente de tipo convencional, adopta una Constitución, por la razón de que la soberanía popular introduce una solución de continuidad en el orden constituido. Cuando no se recurre a la soberanía popular para hacerla fuente formal de la Constitución, el resultado es perderse en una serie de remisiones sin fin, hacia un origen inalcanzable (139).

Volviendo al tema de la relación entre creación del Estado y proceso constituyente abordamos un punto de interés para la teoría de la descolonización. La doctrina clásica identificó uno y otro momento, porque hacía del Estado fruto del principio de autodeterminación y a la vez consideraba que este principio se manifestaba en la decisión constituyente. La misma doctrina sobrevive en las dos interpretaciones clásicas que se dan de la descolonización como *deber* de la potencia administradora y como *derecho* de los pueblos descolonizados. No es posible abordar en estas líneas la problemática que supone optar por una de ambas posiciones, pero una vía de solución puede apuntarse al rechazar el principio común que pervive en ambos términos de la alternativa y que constituye la raíz de su oposición. Que la creación del Estado no depende formalmente en la mayoría de los supuestos más que de la competencia de la potencia administradora ha quedado sobradamente puesto de relieve, e incluso se ha excluido la posibilidad de declaraciones unilaterales de independencia (140). Es la metrópoli la habilitada, en las condiciones establecidas por el ordenamiento internacional, para dar a luz el nuevo Estado, y ello tiene lugar normalmente por un acto unilateral (verbigracia, la ley española de 27 de julio de 1968), y, por tanto, puede decirse que *la independencia de los territorios no autónomos pueden constituir un deber de la potencia administradora*. Por otra parte, la lucha por la autoctonía y los supuestos en que ésta se consigue a través de la intervención de la soberanía popular, muestran que la Constitución es la expresión de la autodeterminación en cuanto contiene

(139) Por ello es tarea del constitucionalista estudiar la expresión formal y adecuada de esta soberanía. Cfr. LOEWENSTEIN: *Political Reconstruction*, Nueva York, 1946, páginas 212 y sigs. La potencia innovadora e irreversible del constituyente popular que ya pusiera de relieve SCHMITT, tiene graves consecuencias de trascendencia práctica inmediata. Así, en Marruecos, posibilita el control jurisdiccional de la actividad administrativa. (Cfr. ROUSSET: *Reflexions sur la competence administrative du Roi dans la constitution marocaine*, en «Revue Juridique et Politique», XXI (1967), 4.)

(140) Respecto al caso de Rhodesia del Sur. Cfr. «Commonwealth Survey», 1964, página 1085, y 1965, pág. 489.

la decisión sobre el modo y la forma de la propia existencia política (141). Ello permitiría afirmar que el ejercicio del Poder Constituyente sobre sí mismos es un derecho de los pueblos.

MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN

R É S U M É

Ce travail prétend être une contribution à l'élaboration schématique de la Théorie Générale de l'Etat, c'est à dire à une élaboration basée sur l'analyse des solutions concrètes tecnico-juridiques que le droit constitutionnel apporte aux conflits d'intérêts politiques.

Cette approximation méthodologique conduit à des résultats très différents de ceux qui sont scellés par la pensée axiomatique dans la Théorie classique de l'Etat. Dans le cas présent, les thèmes dont l'étude constitue le point de départ —naissance de l'Etat et pouvoir constituant— ont fait l'objet d'une interprétation constante —v. gr. la facticité du phénomène de l'état que l'on ne peut réduire à des catégories juridiques, son origine et son lien avec le processus constituant; mais la pratique du Droit Publique a contesté beaucoup de ces interprétations dogmatiques— v. gr. la succession d'Etats dément le caractère originaire du dit phénomène. Dans cette même ligne, le présent travail examine la genèse de l'Etat et de sa constitution dans les multiples cas offerts par la récente décolonisation, relativement au thème de la qualité autochtone du pouvoir constituant. Le problème semble déterminé par la rencontre de trois intérêts différents: la souveraineté de l'Etat métropolitain qui exige techniquement le caractère hétérogène formel de la création du nouvel Etat; les exigences de la stabilité constitutionnelle et les revendications nationalistes en pro de la qualité autochtone.

Dans ce but, sont analysées l'une après l'autre, les solutions offertes par le droit comparé au moyen de la construction d'une typologie et, à partir de celle-ci, l'indépendance de la Guinée Equatoriale et son processus constituant en 1968.

On distingue les systèmes qui instituent le processus constituant dans celui de l'indépendance et les systèmes qui les séparent. Dans les premiers on distingue trois modèles différents: l'anglo-belge, l'américain du Nord et le français. Une analyse de sa casuistique démontre que dans les deux premiers on ne peut jamais obtenir la qualité autochtone de la constitution dans le

(141) En este sentido pueden citarse los principios que deben regir la descolonización mediante libre asociación contemplados en la Resolución 1.541 (XV).

nouvel Etat, à l'exception bien sûr de la voie révolutionnaire. Au contraire on peut l'obtenir dans le troisième cas au moyen de l'institution de la qualité autochtone dans l'autodétermination à travers la Constitution de la Communauté en 1958. Dans le second système, représenté par les cas de la Birmanie en 1947 et de la Somalie en 1960, le processus constituant a une qualité d'autochtone sans atteindre au fait que la création du nouvel Etat soit formellement hétéronome.

Cette deuxième solution a inspiré les formules suivies en Guinée Equatoriale caractérisées par deux traits principaux: la séparation du processus d'indépendance —nécessairement hétéronome puisque décidée et accordée par l'Espagne— et le processus constituant, matériellement créé par une Conférence Constitutionnelle de type anglo-belge, mais oeuvre, officiellement, du peuple de Guinée par voie de référendum et sans l'intervention de l'Espagne, c'est à dire pleinement autochtone.

De tout cela on peut déduire le caractère dérivé de la naissance d'un Etat, sa juridicité et le manque de lien entre la création de l'Etat et le processus constituant dont la qualité autochtone apparaît liée aux techniques démocratiques.

S U M M A R Y

This article is intended to be a contribution to the "topical" make up of the General Theory of State, built on the analysis of definite technical-juridical solutions given by the constitutional law to solve conflicts of political interests.

This methodological approach gives very different results to those obtained by axiomatic thinking in the classic theory of State. In the present case the themes under survey —namely, the birth of the State and constituent power— have been the object of constant interpretation —i. e. the factitiousness of a statal phenomenon irreducible to juridical categories, its originating nature and its link with the constituent process, however the practice of Public Law has questioned many of these dogmatic interpretations— i. e. the succession of States contradicts the originating character of said phenomenon. Along this same line the author examines the genesis of the State and its constitution in the many cases arisen from the recent decolonization concerning the theme of the autochthony of the constituent power. The problem is in fact outlined by the concurrence of three different interests: sovereignty of the metropolitan State which, technically speaking, demands a formal heteronomy of the creation of the new State; the demands for constitutional stability and the nationalist claims in favour of autochthony.

To this end, the author goes on to analyze the solutions put forward by

comparative law by means of a typology and then the independence of Equatorial Guinea and the 1968 constituent process.

With regard to the first one can distinguish the difference between the systems that lay the foundations for a constituent process within the independence process and those that separate the two processes. In the first case one can see three different patterns: the Anglo-Belgian, the North American and the French. An analysis of its casuistry shows that in the first two cases an autochthony of the constitution could never be obtained in the new State, unless, of course, it was by revolutionary means. However, in the third case autochthony is achieved in the selfdetermination through the Constitution of the Community in 1958. In the second system, represented by the Burman case in 1947 and the Somali case in 1960, the constituent process is autochthonous without affecting the fact that the creation of the new State is formally heteronomous.

This second solution gave birth to the formulae adopted in Equatorial Guinea which are characterized by two features: the separation of the process of independence —necessarily heteronomous as it was decided and agreed upon by Spain and the constituent process which was opened by a Constitutional Conference of Anglo-Belgian style, but was formally the work of the Guinean people by means of a referendum and with no intervention on the part of Spain, that is to say, absolutely autochthonous.

Hence the derived character of the birth of the State, its juridical content and the separation of the creation of the State and the constituent process whose autochthony is linked together with democratic techniques.