

# CONSIDERACIONES JURÍDICO-INTERNACIONALES DEL DESPLIEGUE DE LA DIVISIÓN ESPAÑOLA DE VOLUNTARIOS EN EL FRENTE DEL ESTE

EUGENIO PÉREZ FRANCISCO

Universidad de Alcalá

eugenio.perezf@uah.es

**RESUMEN:** Durante la II Guerra Mundial, España envió al Frente Oriental un contingente de tropas voluntarias, con la denominación de División Española de Voluntarios. La cuestión a la que intenta responder esta colaboración es determinar el documento jurídico que sustentó un despliegue de tal naturaleza y que no podía ser otro que un acuerdo internacional bilateral entre España y Alemania, surgidas entre el Ministro Serrano y el Embajador Von Stohrer, con autorización de sus respectivos gobiernos, si bien es cierto que el mismo tenía la complejidad de su oralidad, algo poco frecuente en la práctica internacional por los problemas que presenta tanto a la hora de su prueba como respecto de su contenido material. Dicho acuerdo inicial, se vio complementado por otros, celebrados por comisiones técnicas bilaterales que dieron lugar a un SOFA y que determinó las condiciones del despliegue de la Fuerza española.

**PALABRAS CLAVE:** División Azul – División Española de Voluntarios – Tratado internacional – Acuerdo sobre el estatuto de la Fuerza – Ley de Bandera – Segunda Guerra Mundial – Frente del Este.

## INTERNATIONAL AND LEGAL CONSIDERATIONS OF THE DEPLOYMENT OF THE SPANISH VOLUNTEER DIVISION ON THE EASTERN FRONT

**ABSTRACT:** During World War II, Spain sent a contingent of volunteer troops to the Eastern Front, known as the Spanish Division of Volunteers. The question that this collaboration tries to answer is to determine the legal document that made such

---

*Eugenio Pérez Francisco. Doctor en Derecho, Licenciado en Ciencias Políticas y Doctor en Historia. Es Profesor (LP) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Sus dos últimos artículos “La condición de los miembros de la dotación de los buques de guerra de la Armada como Policía Judicial, en operaciones marítimas «de ley y orden»: Agentes de la Autoridad, o ¿Policía Marítima Internacional” y “Breves reflexiones en torno a la presencia de una Fuerza expedicionaria en territorio extranjero” fueron premiados por la Sección de Seguridad de Colegio de Abogados de Madrid en la edición de sus premios anuales de 2021 y 2022.*

a deployment possible and that could not be other than a bilateral international agreement between Spain and Germany, arising between Minister Serrano and Ambassador Von Stohrer, with authorization of their respective governments, although it is true that it had the complexity of its orality, something rare in international practice due to the problems it presents both at the time of its test and with respect to its material content. This initial agreement was complemented by others, concluded by bilateral technical commissions that gave rise to a SOFA and that determined the conditions for the deployment of the Spanish Force.

**Keywords:** Blue Division – Spanish Volunteers Division – International treaty – Status of Forces Agreement– Law of flag – Second World War – Eastern Front.

## INTRODUCCIÓN

Puede parecer sorprendente que tantos años después del despliegue de la División Azul<sup>1</sup> en el Frente del Este siga siendo un tema de estudio y con un goteo constante aparezcan cada año distintas publicaciones sobre ella fundamentalmente desde el punto de vista histórico, lo cual es prueba irrefutable del interés que la materia despierta entre la doctrina y la sociedad.

Y es, ciertamente complejo iniciar alguna aportación doctrinal novedosa sobre aspectos del despliegue, a falta de la aparición de nuevos datos o con una aproximación desde otra disciplina, como en el presente caso, desde el Derecho Internacional Público y del Derecho Militar Operativo y centrado en la calificación jurídica internacional del ofrecimiento del Ministro Serrano al Embajador Von Stohrer del envío de un contingente al entonces recién abierto Frente del Este, así como de las reuniones que tuvieron lugar en Berlín, en julio de 1941 entre representantes del Ejército de la Reserva alemán y la Comisión de aposentamiento; o del documento titulado “Conclusiones de Derecho Penal y Disciplinario para las Unidades de Voluntarios encuadrados en el Ejército alemán de agosto de 1941”. Reuniones en Berlín que, como veremos, puede ser calificadas como acuerdos internacionales, teniendo en cuenta los efectos que produjeron y que se vieron complementados por otros acuerdos técnicos, también verbales, de los que conocemos su existencia por los resúmenes enviados a Madrid por los representantes españoles y que reflejan el completo cumplimiento de lo acordado mientras que la Fuerza española estuvo desplegada en el Frente ruso e incluso siguen produciendo hoy efectos. Es esa forma verbal

---

<sup>1</sup> Permítaseme utilizar la denominación “División Azul”, para incluir en ella al colectivo de voluntarios enrolados, bajo bandera española, en el Frente del Este y que agruparía a los voluntarios de la División Española de Voluntarios, de la Legión Española de Voluntarios, la Escuadrilla Azul y el personal en comisión de servicio en la Kriegsmarine.

la que puede producir una gran inseguridad jurídica a las partes intervinientes, pero que en nada afecta a su plenitud y validez, especialmente como ocurre en este caso, por la práctica bilateral.

A fin de poder analizar estos hechos a la luz del Derecho Internacional Público y del Derecho Militar Operativo, para poder abordar el estudio del estatuto jurídico de una Fuerza desplegada fuera del territorio de la Potencia de bandera, con carácter general y desde luego en nuestro caso, debe partirse del estudio de dos cuestiones principales: La figura del derecho de presencia y la ley aplicable a la Fuerza desplegada.

## EL DERECHO DE PRESENCIA DE UNA FUERZA EN TERRITORIO EXTRANJERO

El derecho de presencia, entendiéndolo por tal la fundamentación última por la que una Fuerza se encuentra fuera del territorio de su bandera, procede necesariamente de una de las situaciones:

- Que el despliegue se haya producido sin consentimiento del Estado huésped, en cuyo caso, o bien es fruto de un conflicto armado, o bien procede de una resolución de una organización internacional competente en materia de paz y seguridad internacional.
- Que se produzca en el ejercicio de un derecho de paso.
- Que una Potencia tenga bases militares en el territorio de otra.
- Que exista un compromiso o autorización para que se produzca el despliegue.

Si no existe consentimiento del Estado huésped, en el primero de los supuestos, nos encontraríamos ante una situación bélica entre ambos y probablemente también de ocupación (de todo o parte del territorio de una de las Potencias enfrentadas), a la que se pondrá fin tras un alto el fuego firmado entre las Potencias enfrentadas o el propio acuerdo de paz. Evidentemente, la realidad puede ser mucho más compleja de la anterior manifestación. Si tomamos el caso de Alemania tras la II GM, ésta se encontraba en la situación jurídica de *debellatio* (derrota total de una Potencia enfrentada en un conflicto armado frente a otra), si nos atenemos a la *Declaration regarding the Defeat of Germany and the Assumption of Supreme Authority by Allied Powers*, de 5 de junio de 1945<sup>2</sup>.

En mayo de 1945, sólo se firmó un “alto el fuego” (eso sí, por dos veces por exigencia de Stalin, al considerar que en la primera, la URSS no había tenido suficiente protagonismo en el acto) para poner fin a las hostilidades entre los beligerantes en Europa, debiéndose esperar al verdadero tratado de paz iniciado con el conocido como Encuentro 4+2, firmado en Moscú el 12 de septiembre

---

<sup>2</sup> El texto que puede consultarse en línea en [www.avalon.yale.edu/wwii/ger01.asp](http://www.avalon.yale.edu/wwii/ger01.asp) [10 de diciembre de 2020].

de 1990<sup>3</sup> y el firmado el 1 de octubre, en Nueva York, relativo a la supresión de los derechos de las Potencias vencedoras sobre el territorio alemán.

Los Aliados, al terminar el conflicto, habían impuesto la permanencia en territorio alemán de un despliegue militar por zonas, acordado en Yalta y en calidad de Potencias ocupantes. Fue la República Federal Alemana, el 26 de mayo de 1952, quien concluyó el Convenio de relaciones entre las tres Potencias y ella, y otro posterior de 26 de octubre de 1954, relativo a la presencia de fuerzas extranjeras en su territorio, del que eran parte Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Gran Bretaña y Estados Unidos. Por otro lado, la República Democrática Alemana concluyó otro acuerdo similar con la URSS, para acordar la presencia militar soviética en su territorio sobre la base del Tratado de relaciones entre ambos, de fecha 20 de septiembre de 1955.

Tras la unificación alemana, se adoptó un nuevo tratado sobre las condiciones para el establecimiento temporal y las modalidades para la salida progresiva de las fuerzas soviéticas del territorio de la República Federal Alemana, de 12 de octubre de 1990 y el Acuerdo germano-soviético sobre ciertas medidas provisionales, de 9 de octubre de 1990, acuerdo que facilitó la salida total de tropas soviéticas de territorio alemán. Mejor parada había salido anteriormente Austria con el acuerdo de las cuatro Potencias vencedoras, de 9 de julio de 1945, en el que se acordaban las zonas de ocupación de cada una de ellas del territorio austríaco, que se mantuvo en vigor hasta la adopción de *Austrian State Treaty* de 15 de mayo de 1955<sup>4</sup>.

El segundo de los supuestos, en el que no existe consentimiento del Estado para que se despliegue una Fuerza en su territorio; en nuestros días, la autorización última procederá de decisiones de la comunidad internacional expresada a través de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU o

3 Como una mera anécdota, todavía seis naciones indias se encuentran en guerra con Alemania y son las integrantes de la Confederación Iroquesa, al no haber firmado el necesario tratado de paz. Todo empezó cuando un miembro de esa tribu, de nombre Green, presentó una demanda (123 F.2d 862 -1941-) contra la *Nationality Act* de 1940, entonces recientemente aprobada y que abría la puerta para la conocida como Ley Burke-Wadsworth (*Selective Training and Service Act of 1940*, 50 U.S.C.A.) que obligaba a la inscripción de todos los varones entre los 21 y 36 años, nacionales norteamericanos, que así habían sido considerados para que cumplieran el servicio militar obligatorio. La cuestión estribaba en que los miembros de las tribus integrantes de la Confederación estaban sujetos a esa ley federal, a pesar de que históricamente habían sido consideradas como naciones soberanas. Como forma de resolver el contencioso, la Confederación declaró la guerra al Eje (ya lo había hecho también en 1917 al final de la IGM) y los varones de las tribus afectadas se integraron en el Ejército de los Estados Unidos, aunque formalmente no se les aplicó dicha norma; [law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/123/862/1486244/](http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/123/862/1486244/) [19 de marzo de 2020]. La Confederación no llegó a firmar tratado de paz alguno con Alemania. Sobre el particular, puede consultarse [www.combat.ws/S3/BAKISSUE/CMBT04N4/IROQUOIS.HTM](http://www.combat.ws/S3/BAKISSUE/CMBT04N4/IROQUOIS.HTM) [19 de marzo de 2021].

4 El texto puede consultarse en línea en: [www.dipublico.org/100823/state-treaty-with-annexes-and-maps-for-the-re-establishment-of-an-independent-and-democratic-austria-signed-at-vienna-on-15-may-1955/](http://www.dipublico.org/100823/state-treaty-with-annexes-and-maps-for-the-re-establishment-of-an-independent-and-democratic-austria-signed-at-vienna-on-15-may-1955/) [20 de diciembre de 2020].

de alguno de sus miembros para atender circunstancias excepcionales, como las catástrofes naturales o humanitarias, o cómo no, por aplicación del capítulo VII de la Carta, bien se encuentre en tránsito (limitado, en consecuencia a un breve espacio temporal) o bien para el establecimiento de bases militares en su territorio, lo que presupone una alargada presencia militar en el territorio del Estado huésped o por operaciones de paz y seguridad internacionales. Serán los Estados miembros de dicha organización quienes atenderán al llamamiento a título individual o a través de alguna otra organización internacional.

Respecto del derecho de paso<sup>5</sup>, tercero de los supuestos, no existe una casuística amplia sobre esta materia, aunque no podemos dejar de citar el *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* (Portugal v. India) seguido ante la Corte Internacional de Justicia, sentencia de 12 de abril de 1960. Aunque en dicho fallo, por 8 contra 7 votos, la Sala entendió que no cabía el derecho de paso de Portugal a través de territorio indio, entre los enclaves portugueses de Dadra, Nagar-Aveli y el distrito costero de Daman, de las fuerzas armadas, policía armada, el transporte de armas y municiones portuguesas. Sin embargo, la Opinión Disidente del Juez Fernandes en ese fallo es especialmente ilustrativa (puntos 19 y 20) cuando trae a colación numerosos convenios internacionales en los que se ha reconocido a algún Estado el derecho de paso a través de su territorio, incluso de fuerzas militares, como ocurrió en el Tratado de París 21 de abril de 1921, concluido entre Polonia y Alemania, en el que se regulaba el tránsito entre Prusia y el resto de Alemania. En todo caso, la existencia de la figura, en nuestros días, viene reconocida en el artículo 43.1 de la Carta de la ONU, como método de ayuda para mantener la paz y seguridad internacionales.

Con referencia al establecimiento de bases militares en el extranjero, tercero de los supuestos, cualquier referencia a la figura, pasa necesariamente por citar el caso norteamericano, ya que dicho país mantiene en la actualidad en torno a unas 800 repartidas por todo el mundo, con un presupuesto de unos 100.000 millones \$ para su sostenimiento anual<sup>6</sup>. España, como otras muchas Potencias, mantiene diversas bases norteamericanas en su territorio desde la década de los cincuenta del siglo pasado, variando notablemente el régimen jurídico de uso desde los primeros acuerdos a hoy.

---

<sup>5</sup> Por su curiosidad, no podemos dejar de citar el caso de la solicitud (y concesión) del Gobierno Provisional de Burgos, dirigida a Francia, para poder liberar el pueblo de Llívia, perteneciente a la provincia de Gerona, en febrero de 1939. Como se sabe, dicho municipio español, está rodeado por todos sus límites geográficos por territorio francés, de acuerdo como quedó establecido en el Tratado de los Pirineos de 1659; sólo existe un derecho de paso entre dicha población y Puigcerdá. De esta suerte, las tropas del citado Gobierno tuvieron que atravesar suelo francés para llegar hasta el enclave español.

<sup>6</sup> Sobre el particular, puede consultarse, entre otras muchas, la obra de David VINE, *Base Nation* Nueva York: Metropolitan, 2015.

En el caso de que exista ese consentimiento, respecto del tránsito o permanencia de una Fuerza extranjera, cuarto y último de los supuestos, necesariamente deberá haberse dado la autorización previa (tácita o expresamente) por parte del Estado huésped para que se produzca tal despliegue y dicha autorización sólo puede expresarse mediante un tratado internacional en el que se exprese esa voluntad y precisamente sobre la base de dicho consenso entre España y Alemania, fue posible el envío (y sus condiciones) de una Fuerza española al Frente del Este durante la II Guerra Mundial, tal y como se expone en el presente.

#### LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA FUERZA DESPLEGADA EN TERRITORIO EXTRANJERO

La segunda de las cuestiones que planteamos es la determinación de la ley aplicable a la Fuerza desplegada, ya que si, la presencia de la Fuerza se encuentra en territorio de otra, sin consentimiento del Estado huésped, está claro que será la ley nacional de la Fuerza ocupante la que imperará en los territorios ocupados, sin perjuicio del respecto a las normas del Derecho Humanitario Bélico invocables, especialmente en lo relativo a la ocupación; en el supuesto de que exista tal consentimiento, será necesaria la delimitación de los derechos y deberes aplicables tanto a la Fuerza extranjera como a la Potencia anfitriona, extremos que deberán ser acordados por las Potencias implicadas, mediante los correspondientes acuerdos.

Los acuerdos puntuales que alcancen las partes en el despliegue, son conocidos hoy como *Status of Forces Agreement* (SOFA), siendo un concepto que sin perjuicio de los antecedentes históricos más lejanos, se consagra a partir de los grandes conflictos habidos en el siglo XX, sobre todo a partir de la casuística producida durante la IGM y más adelante durante la IIGM, cuando la situación entre los beligerantes se hizo más compleja por la creación de fuerzas combinado-conjuntas de varias nacionalidades y, en la segunda mitad del siglo, por la labor de la OTAN y de otras organizaciones que han incluido entre sus fines la cooperación militar, situación que se mantiene en nuestros días, cuando la figura jurídica se ha perfeccionado, especialmente por doctrina militar norteamericana.

Un concepto menos elaborado y previo al del SOFA es el de Ley de la Fuerza Visitante (LFV) o Ley de Bandera, que es la forma tradicional de jurisdicción reconocida por el Derecho Internacional a la Fuerza fuera de su territorio, hoy en manos prácticamente en su totalidad de la *Office of the Judge Advocate General, International Law & Operational Law Division* del Ejército de los Estados Unidos, organismo que, por razones obvias, comanda hoy el barcodel Derecho Militar Operacional de Occidente.

Podemos encontrar un antecedente lejano de la Ley de Bandera en la Ordenanza de 13 de mayo de 1587 de Alejandro Farnesio<sup>7</sup>, dictada para las fuerzas españolas en Flandes<sup>8</sup>, que acabó siendo de aplicación a todos los Tercios:

“En el juzgar, se conformarán con las Leyes y Derecho Común, y las Ordenanzas, Bandos, Costumbres, Privilegios y Constituciones; sin atenerse a ningunas Leyes Imperiales, Costumbres, ni Constituciones Particulares de ninguna Provincias, ni Lugares, á las cuales los Soldados no están sujetos, porque los Soldados que sirven debajo de bandera, á, cualquier parte que vayan, han de tener siempre las mismas Leyes, Costumbres y Privilegios; que no es razón que, habiendo de andar de una provincia a otra, hayan de mudar a cada paso de Leyes, ni Costumbres; ni tampoco conviene a la autoridad de la disciplina Militar, que los Soldados están sujetos a las Leyes y Costumbres de las Provincias en que hacen la Guerra”.

---

<sup>7</sup> Ordenanza de 13 de mayo de 1587, dispuesta por Alejandro Farnesio, Duque de Parma y de Plasencia, Gobernador y Capitán General de los Estados de Flandes, sobre lo que toca al cargo de Auditor General, particulares del Ejército; Fuero de los que sirven en él y cumplimiento de su Testamento. El texto puede consultarse en la compilación hecha por Miguel GUTIERREZ CARRETERO, “Recopilación de las ordenanzas Militares de los Austrias”, *Revista de Historia Militar*, LXI, Extraordinario I (2007), p. 241-462 (243).

<sup>8</sup> Lógicamente las tripulaciones de los buques, así como estos, tienen unas particularidades excepcionales que se han reconocido tradicionalmente a los efectos de la determinación aplicable. Hace años José María Blanca abordó este tema, acreditando que ya en los tiempos de Fernando III el Santo, al nombre al primer Almirante de Castilla, don Ramón de Bonifaz, quien tan activamente colaboró en la reconquista de Sevilla, impuso las jurisdicciones del almirante para el enjuiciamiento y castigo de los hechos imputados a las tripulaciones de las unidades que mandaba (p. 60), criterio que va reproduciéndose en lo sucesivo y, por tomar algunos ejemplos, en 1606 se dictó por Felipe III (1578-1621) aprobó las Ordenanzas para las Armadas del Océano y Flotas de Indias en la que se ordenaba que en ninguna parte de sus reinos, donde entrara dicha Armada o invernase, pueda conocer de las causas civiles o criminales de la gente del mar y guerra que en ella sirve o adelante sirviese y solo sería competente el general o el auditor de dicha Armada; durante el reinado de Carlos II (1661-1700) se redactaron las Recopilaciones de Leyes de Indias, en las que se transcribieron muchas normas anteriores referidas a la Armada, alguna de ellas relativas a la administración de la justicia, especialmente en su aspecto jurisdiccional ya que se pretendía separar la jurisdicción propia de los capitanes generales y almirantes de armadas y flotas y las autoridades y justicia de tierra (p. 61) concluyendo que la competencia se atribuía a dichos capitanes generales y almirantes siempre que los hechos afectaran a las dotaciones, tanto por lo ocurrido a bordo de los buques o en tierra, al igual que en los casos de naturaleza civil o penal. Estos criterios se siguieron manteniendo en sucesivas reformas como las propiciadas por Felipe V en 1737, o las redactadas por el Almirante Oquendo en 1748; José María BLANCA CARLIER, “Datos para la historia de la Justicia Militar de la Marina Militar”, *Revista General de Marina*, CXXV, (1943) p. 59-64.

Como se ve, Felipe II y sus generales, también fueron pioneros en esta materia. Y la consecuencia de la Ordenanza, a nuestros efectos, nos la explica Moreno<sup>9</sup>, al sostener que:

“De manera que un soldado no podrá ser convenido ni llamado en justicia por ningún delito ni deuda ni por otra cosa ninguna si no es por ante los Auditores y jueces militares, y ninguno otro, excepto en causas de acciones reales, hipotecarias y de sucesión, de bienes raíces y patrimoniales porque en tal caso cada uno podrá proseguir y pedir su justicia según las costumbres y ante los jueces del lugar donde estuvieren situados dichos bienes, que conforme a las leyes comunes y los placartes del Emperador mi señor de gloriosa memoria, sin querer derogar fuera de esto en cosa chica ni grande a los privilegios militares, los cuales queremos y es nuestra voluntad que sean inviolablemente guardados”.

Este concepto de LFV fue ampliamente desarrollado desde planteamientos nacionales como por el Juez Marshall<sup>10</sup> y sólo necesitaremos, para llegar al concepto de SOFA que las operaciones militares del siglo XX hagan que se compliquen las relaciones de los beligerantes y sus aliados, hasta el punto de que se adopten en un tipo de acuerdos internacionales específicos para evitar en lo posible los conflictos de jurisdicción y éste es un elemento clave ya que hasta el momento, eran prácticamente desconocidos para el DI. De esta suerte, durante la IGM, partiendo de la primacía de la Ley de Bandera, Francia concluyó con Bélgica un SOFA, el 14 de agosto de 1914, en el que se determinaba que la jurisdicción era exclusiva para conocer de los ilícitos cometidos conforme a sus respectivas leyes nacionales (teniendo en cuenta que durante las hostilidades, la jurisdicción de la Fuerza es completa e independiente de la constitución y de las leyes de la zona ocupada), lo que en la práctica suponía concluir que los despliegues de las tropas de los Aliados era similar a una situación de ocupación con consentimiento, por la prevalencia de la ley de la Fuerza ocupante, ya que ésta extendía su jurisdicción sobre la penal ordinaria, lo que propiciaba que los Estados huéspedes se comportaran como Potencias ocupadas debido a que el Estado titular de la Fuerza no sólo se reservaba la jurisdicción sobre su contingente sino también sobre los civiles que habitaban en la zona ocupada.

<sup>9</sup> José MORENO CASADO, “La ordenanza de Alejandro Farnesio de 1587”, *Anuario de Historia de Derecho Español* (1961), p. 421-458 (440).

<sup>10</sup> Asunto del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Schooner Exchange v. Mc Faddon and other* (1812).

En Gran Bretaña se adoptó una *Order* de acuerdo con las previsiones de la *Defence of the Realm Consolidation Act*<sup>11</sup> de 1914, que en palabras de Barton<sup>12</sup> garantizaba la jurisdicción compartida entre los Aliados y el Reino Unido; pero con la llegada de las tropas norteamericanas, se propuso la conclusión de un convenio entre los Estados Unidos y el Reino Unido que garantizaba la jurisdicción exclusiva norteamericana sobre sus tropas acantonadas en territorio de aquel, criterio que no llegó generalizarse, aunque hay que tener en cuenta que la cuestión era más sencilla de resolver que en el continente, al no haber hostilidades en la isla.

Pero será con la IIGM cuando la movilización de recursos personales y materiales alcance unos niveles dramáticos, con la creación de fuerzas multinacionales en ambos bandos y la escalada y proliferación de acciones a escala mundial, que llevará a un nivel de enfrentamiento no conocido hasta hoy y en el caso de nuestro estudio supondrá esfuerzos jurídicos para atender a esa nueva situación, como ocurrió con Reino Unido cuando en 1942, mediante un canje de notas con los Estados Unidos de fecha 27 de julio de 1942 (en la que se condiciona la validez del acuerdo a la necesaria autorización parlamentaria y a la esperanza de que los Estados Unidos dieran reciprocidad a las tropas británicas que en su caso fueran estacionadas en los Estados Unidos), confirió a los tribunales militares norteamericanos la jurisdicción exclusiva sobre los delitos cometidos por el personal norteamericano desplazado a su territorio<sup>13</sup>. Ese intercambio de notas, según Barton<sup>14</sup> es calificable como un “SOFA”.

En todo caso, merece la pena abordar, si bien sea brevemente, la casuística convencional de los Aliados, cuyo punto central se encontró en Gran Bretaña. Y así, respecto de la presencia de la Fuerza de gobiernos en el exilio asentados en territorio británico, tenemos que tener en cuenta que Gran Bretaña adoptó la *Allied Forces Act*, de 1940<sup>15</sup>, como norma de derecho interno en la que se garantizaba la jurisdicción de los tribunales militares aliados para el conocimiento de los ilícitos referidos a disciplina, siempre que fuera punible el hecho tanto en el ordenamiento de la Fuerza como en el del Estado huésped, por lo que se manejaba un criterio de jurisdicción concurrente, mientras que en la mayoría

---

11 El texto de dicha norma, puede consultarse en: [www.national.archives.gov.uk/pathways/firstworldwar/transcripts/first\\_world\\_war/defence\\_of\\_the\\_realm.htm](http://www.national.archives.gov.uk/pathways/firstworldwar/transcripts/first_world_war/defence_of_the_realm.htm) [20 de enero de 2019]. De forma similar se adoptó, en Canadá la *Canada War Measures Act*, en Australia, la *Australia's War Precautions Act* y en Nueva Zelanda, la *New Zealand's War Regulation Act*.

12 George BARTON, “Foreign Armed Forces: Immunity from Criminal Jurisdiction”, *British Yearbook of International Law*, 27 (1950), p. 199-204.

13 Lawrence OPPEHEIM, *International Law. A treatise*. vol. 1, p. 434, reproducido en línea en [www.gutenberg.org/41046/41046/1046.htm](http://www.gutenberg.org/41046/41046/1046.htm) [20 de enero de 2019].

14 George BARTON, E, *Foreing...*, *op. cit.*, p. 200.

15 El texto de esta norma puede consultarse en línea en: [www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/3-4/51/contents/enacted](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/3-4/51/contents/enacted) [20 de enero de 2019].

de los casos, la jurisdicción permanecía en manos de los tribunales británicos. Si esta *Allied Forces Act* británica armonizaba la situación jurídica de las tropas organizadas por alguno de los gobiernos en el exilio asentados en Gran Bretaña (Bélgica, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia y Yugoslavia), posibilitaba también la conclusión de numerosos convenios relativos al establecimiento de su Fuerza en su territorio con dichos gobiernos, como por ejemplo el acuerdo anglo- checoslovaco, de 25 de octubre de 1940 (o el concluido con el Gobierno Provisional de Polonia, de 5 de Agosto de 1940) que daría lugar a un convenio tipo que se firmaría con otros gobiernos aliados en el exilio y en los que se estableció, como regla, que los ilícitos perseguibles ante la jurisdicción británica, siempre sería ésta la competente. De hecho, incluso se estipula que los ilícitos de naturaleza militar, si afectasen al orden público británico, sería también esta jurisdicción la competente.

Los ilícitos referidos a la disciplina, eran competencia de la jurisdicción militar del Estado huésped, aunque esa actividad convencional afectaba a las más diversas materias, como la autorización al Gobierno Polaco en el Exilio para la creación de una Armada<sup>16</sup>, u otro de Préstamo y Arriendo de material militar con el Gobierno de Checoslovaquia en el exilio, de 11 julio de 1942<sup>17</sup>.

Pero con notables diferencias, mucho más interesantes son las relaciones entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, ya que mientras Gran Bretaña pudo imponer su jurisdicción (en gran parte) a las tropas establecidas en su territorio aportadas por gobiernos en el exilio, los Estados Unidos no tolera-

16 En este sentido puede consultarse en línea: [www.treaties.fco.gov.uk/responsive/app/consolidatedSearch/#search/v=grid,c=1,q=counry\\_name%3D%5BPOLAND%D%2Cfields3%D%BBI%5D%2Ctitle%3D%2Cbagreement%D%2CqueryType%3D%5B64%5D,sm=s, sb=0%3Atitle%3AAS C,l=library2\\_lib,a=t](http://www.treaties.fco.gov.uk/responsive/app/consolidatedSearch/#search/v=grid,c=1,q=counry_name%3D%5BPOLAND%D%2Cfields3%D%BBI%5D%2Ctitle%3D%2Cbagreement%D%2CqueryType%3D%5B64%5D,sm=s, sb=0%3Atitle%3AAS C,l=library2_lib,a=t)

17 Véase en línea: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-cs-ust000006-1300.pdf>. El caso checo tiene unas consideraciones particulares ya que en julio de 1940, Gran Bretaña reconoció al gobierno checo en el exilio presidido por Benès, tras haber ocupado Alemania Bohemia y Moravia. Los checos en el exilio organizaron dos escuadrones de pilotos que constituían la *Czechoslovak Armed Forces* que se integraron en el RAFUR británico, según acuerdo bilateral de 25 de octubre de 1940 y en el que estableció que la jurisdicción del contingente sería concurrente británico-checoslovaca. Más adelante también se les permitió la creación de la 1ª Brigada Mixta adscrita al Ejército (luego transformada en Brigada Blindada Independiente). Sobre el caso checo, puede consultarse la tesis doctoral elaborada por Alan BROWN, *The Czechoslovak Air Forces in Britain, 1940-1945*, Southampton: University Southampton, 1998. Otros convenios que podemos citar es el *Additional Protocol between the United Kingdom and Poland concerning Loan by the United Kingdom of British Warships for incorporation to Polish Naval Detachment*, de 2 de diciembre de 1940; *Exchanges of letters between United Kingdom and Poland concerning Polish Armed Forces. Death sentences*, de 23 de septiembre de 1940; *Exchange of notes between the United Kingdom and Czechoslovakia regarding civil claims against Czes Armed Forces*, de 11 de noviembre de 1943; *Exchanges of notes between Government of the United Kingdom of Great Britain and the Government of Czechoslovakia Republic concerning the policy of His Majesty's Government in the United Kingdom in regard to Czechoslovakia*, de 5 de Agosto de 1942; *Exchanges of Notes between the United Kingdom and France concerning for pensions for Free French Forces*, de 7 de Agosto de 1941. *Termination of Agreement*, de 28 de noviembre de 1945 (El convenio al que puso fin éste, no fue publicado).

rían que la jurisdicción británica fuera competente para enjuiciar a sus tropas desplazadas a Gran Bretaña, amén de que la colaboración entre ambas Potencias era mucho más compleja, pero también más beneficiosa para Gran Bretaña de lo que aportaban los numerosos gobiernos en el exilio y provisionales de diversos Estados ocupados; de esta suerte, la colaboración había empezado claramente con la conclusión del acuerdo bilateral anglo-norteamericano, acordado entre ambas Potencias mediante Canje de Cartas de 2 de septiembre de 1940 por las que a Estados Unidos se les reconocía el derecho a arrendar bases, durante noventa y nueve años en Terranova, Bermuda, Bahamas, Jamaica, Santa Lucía, Trinidad, Antigua y Guayana Británica a cambio de la entrega de cincuenta destructores<sup>18</sup>, dejando para un momento posterior la cuestión sobre la jurisdicción aplicable en las mismas (e incluso, su localización exacta). En el art. IV del *Leased Bases Agreement*, de 27 de marzo de 1941<sup>19</sup>, se reconoció la jurisdicción exclusiva norteamericana para todo tipo de ilícitos de naturaleza militar, cometidos incluso por nacionales británicos y sólo en el supuesto de que el ilícito cometido no fuera tal conforme a su jurisdicción, se notificaría a las autoridades del territorio a los efectos oportunos, pero incluso se llegó a acordar la entrega a las autoridades norteamericanas del autor aprehendido fuera de las bases arrendadas de un hecho calificable como delito conforme a la jurisdicción militar norteamericana. Este acuerdo fue complementado por otro del 2 de septiembre<sup>20</sup>. Faltaba poco para la llegada del *Anglo-American Mutual Aid Agreement*, de 28 de febrero 1942<sup>21</sup>, que fue concluido un mes después del desembarco norteamericano

---

18 El texto de la comparecencia de Roosevelt ante el Congreso norteamericano, para la ratificación del acuerdo, puede consultarse en línea en: [www.calhum.org/files/uploads/program\\_related/TD-Roosevelt\\_Message\\_to\\_Congress.pdf](http://www.calhum.org/files/uploads/program_related/TD-Roosevelt_Message_to_Congress.pdf), y el texto del Acuerdo, en el que también fue parte Canadá en [www.heritage.nf.ca/articles/politics/leased-bases-agreement.php](http://www.heritage.nf.ca/articles/politics/leased-bases-agreement.php), [10 de febrero de 2019].

También puede consultarse sobre esta cuestión <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-gb-ust000012-0551.pdf>, <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-gb-ust000012-0603.pdf> y la ampliación del acuerdo a la base de Ascensión <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-gb-ust000012-0600.pdf>

19 El *Lend and Lease program* vino a sustituir a un acuerdo, mucho menos ventajoso para Gran Bretaña que era el *Cash & Carry Agreement* de 1937. Borchard, a propósito del inicio del acuerdo *cash and carry*, sostiene que: “*The Nye School was mainly responsible for the «cash-and- carry» provisions written into the Act of 1937, though it yielded to objections by limiting the provision to two years. As contrasted with mandatory prohibition on arms exports and loans and travelling on belligerent vessels, the cash and carry provision can come into effect only at Presidential discretion and then only as to goods... which the President places on a special list. These may then be carried only in foreign vessels and after payment in cash or short-term bill, so that title passes out of American into Foreign hands*”; Edwin BORCHARD, “Neutrality”, [en línea], *Faculty Scholarship Series*, Paper 3470, p. 48, [www.digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3470](http://www.digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3470), [4 de diciembre de 2021].

20 El texto de esta norma puede consultarse en línea en: <http://loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-gb-ust000012-0560.pdf> [4 de diciembre de 2021].

21 *Preliminary Agreement between of the United States of America and the United Kingdom*, de 23 de

en Gran Bretaña y ésta, apartándose de su criterio histórico (ya que entendió el Parlamento que se trataba de algo temporal y necesario debido a la propia guerra) aprobaba, por mera necesidad, la *USA Visiting Forces Act*, en la que se reconocía la completa inmunidad del contingente norteamericano en su territorio y se adaptaba la legislación interna británica al Canje de Notas de 27 de julio de 1942, concluido en Londres entre el Reino Unido y Estados Unidos<sup>22</sup> en el que se plasmó que los ilícitos cometidos desde el 7 de diciembre de 1941 por el personal militar de la Fuerza norteamericana sita en territorio británico, con carácter general, quedaban sometidos a su legislación y a la jurisdicción de sus tribunales militares<sup>23</sup>, sobre la base de la reciprocidad y posteriormente se complementó con un intercambio de notas hecho en Londres el 29 de febrero y 28 de marzo de 1944, relativo a las reclamaciones por los daños causados por miembros de las FF.AA. norteamericanas<sup>24</sup>.

De esta suerte, Gran Bretaña aplicaba los dos principios de jurisdicción internacional, según fuera el Estado con el que se obligaba que tradicionalmente reconocidos por el Derecho Internacional: la Ley de Bandera, teoría asumida por las Potencias con fuerza suficiente para hacerla valer frente a los Estados huéspedes y, en segundo lugar, la teoría de la soberanía estatal para los restantes casos.

Existió otra posibilidad y referida a los territorios liberados por los Aliados, situación que llevaba a la necesidad de la determinación del estatuto de la Fuerza aliada desplegada sobre cada uno de ellos, la cual se materializaba mediante acuerdos concluidos por los gobiernos en el exilio con el de los responsables de la Fuerza. Por todos ellos, citaremos el acuerdo concluido entre Estados Unidos y Noruega relativo a la administración civil y jurisdicción en los territorios liberados por los Aliados<sup>25</sup> y ello sin perjuicio de las especiales concurrencias de

---

febrero de 1942. Ya en el art. 1 de este documento, puede leerse: “*The Government of the United States of America will continue to supply the Government of the United Kingdom with such defense articles, defense services and defense information as the President shall authorize to be transferred or provided*”. El texto de esta norma puede consultarse en línea en: [www.avalon.law.yale.edu/wwii/angam42.asp](http://www.avalon.law.yale.edu/wwii/angam42.asp). De fecha ligeramente posterior (11 de junio de 1942) es otro acuerdo firmado por los Estados Unidos con la URSS, cuyo texto puede consultarse en [www.law.yale.edu/20th\\_century/wwii/amssov42.asp](http://www.law.yale.edu/20th_century/wwii/amssov42.asp)

22 El texto de este Canje de notas puede consultarse en línea en: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-gb-ust000012-0607.pdf>

23 Y de esta suerte, hasta los delitos contra la libertad sexual cometidos por el personal militar norteamericano fuera de sus bases, pasó a ser competencia de su jurisdicción. Lilly ha calculado que fueron 2.500 las mujeres británicas violadas entre junio de 1943 y abril de 1945 por tropas norteamericanas en suelo británico; J. Robert LILLY, *Stupri di guerra. La violenza commessa dai soldati americani in Gran Bretaña, Francia e Germania, 1942-1945*, Milán: Mursia, 2004.

24 El texto de este Canje de notas, puede consultarse en <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-gb-ust000012-0660.pdf>

25 El texto del acuerdo puede consultarse en línea en: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-no-ust000010-0545.pdf>

jurisdicciones que se dieran en Italia desde el desembarco aliado en Sicilia hasta el fin de la IIGM<sup>26</sup>.

En nuestros días el SOFA define la relación del personal y bienes militares del Estadotitular de la Fuerza respecto del Estado anfitrión sobre la base de un acuerdo internacional, de tal suerte que se establecen los derechos y obligaciones de ambos Estados en todas las cuestiones que puedan afectar a su permanencia en territorio del Estado huésped o que él ocupe, quedando fuera del mismo cualquier cuestión relativa a la planificación o el envío de una Fuerza al territorio de otro Estado.

Duret y Allende Salazar<sup>27</sup>. consideran que un SOFA regula:

“la situación jurídica de las Fuerzas de un país extranjero, presentes en otro con carácter pactado y permanente, como consecuencia de un tratado o una alianza o de cualquier otro acuerdo de cooperación militar que impli-

---

26 Mucho más complicado fue el caso de Italia, entre el otoño de 1943 y la primavera de 1945, en el aspecto de la concurrencia de distintas jurisdicciones en un mismo Estado, donde cohabitaban tanto jurisdicciones ordinarias como extraordinarias, civiles y militares, ya que el modelo jurisdiccional de 1941 (basado en el Regio Decreto de 9 de septiembre de 1941, nº 1022, relativo a la justicia militar y vertebrándola sobre la base de 12 tribunales militares territoriales y el Tribunal Supremo y sobre la situación del estado –o no– de guerra) es común tanto a la República Social Italiana como al territorio controlado, primero por el Gobierno de Badoglio (nombrado Presidente el 25 de julio de 1943 por el Gran Consejo Fascista y más tarde, tras su destitución), por el de Bonomi, a partir del 8 de junio de 1944. Una vez firmado el alto el fuego con los Aliados el 9 de septiembre de 1943, Hitler procede a la ocupación del Norte de Italia, ocupación que coincide parcialmente con el territorio de la nueva República. En ambas zonas (Reino y República) se aplican los mismos códigos, todos ellos promulgados a comienzos de la década de los años treinta y tanto en el territorio de la República como en el del Reino, se crearon órganos judiciales de carácter extraordinario, con objeto de perseguir a ciudadanos no afines a sus ideas: en la República se crea un tribunal especial en Verona para juzgar a los miembros del Gran Consejo Fascista, mientras que en el Reino, se aprueba el conocido como Decreto Bonomi de 27 de julio de 1944, para juzgar a fascistas en un Tribunal Superior de Justicia también constituido ad hoc (La Fiscalía Militar de Turín instruyó 362 expedientes de juicios y 94 informes sobre delitos cometidos por militares alemanes y miembros de formaciones paramilitares italianas, en el Noroeste de Italia, entre septiembre de 1943 y abril de 1945. Se intentó incluso por Italia poner en marcha un Núremberg italiano, pero ante la complejidad de la empresa, no quedó otro remedio sino reenviar los expedientes a los tribunales conforme al principio *locus commissi delicti*). A todas estas jurisdicciones, tenemos que añadir las jurisdicciones excepcionales de las Zonas de Operaciones del Nordeste de Italia, en las zonas de *Alpenvorland* y *Adriatisches Kütenland*, formalmente italianas pero ocupadas por Alemania, donde se suprimieron algunas competencias jurisdiccionales en favor de las Comisiones Supremas Alemanas. Por los Aliados, tras su desembarco en Sicilia, se constituyeron tribunales marciales y los propios tribunales militares, siendo los primeros los competentes para enjuiciar a encartados por la Comisión de crímenes de guerra y con competencia sobre soldados alemanes e italianos. Sobre este particular, puede consultarse la obra de Samuele TIEGHI, *Le Corti Marziali di Salò. Il Tribunale militare regionale di guerra di Milano (1943-1945)*, Tesis Doctoral, Milán: Università degli Studi di Milano, 2013.

27 J. DURET y J.F. ALLENDE SALAZAR, *Estatuto de las FF. AA., OTAN y España*. Madrid: Editorial Tecnos, 1982, p. 12.

que la existencia de bases o instalaciones de aquel país en el territorio de éste”.

Así, el elemento principal ante el que nos encontramos es la existencia de un tratado internacional<sup>28</sup> concluido entre Estados, acordado en el ámbito de su política nacional de seguridad y defensa y en el que se establecen los derechos, privilegios y obligaciones del personal (tanto militar como civil adscrito a la Fuerza) e incluso de determinados bienes adscritos a la Fuerza, con atención a cómo las leyes nacionales del Estado en el que se produce el despliegue, pueden ser oponibles a dicho personal y bienes.

Por razones obvias, un SOFA es un instrumento necesario para los despliegues tanto en tiempo de paz como de hostilidades, con contenido genérico, sabiendo que en la mayoría de los casos se negocian de forma individualizada y, en consecuencia, cada uno de ellos tiene un carácter único, pueden contener previsiones, siguiendo a Alía<sup>29</sup>, tales como:

- Definición de conceptos fundamentales del acuerdo: unidades, tropas, agrupaciones, territorio nacional, bandera, teatro de operaciones, zona de operaciones, área de responsabilidad, vigencia temporal y espacial, negociación y resolución de disputas o la aplicación de otros convenios internacionales.
- Asuntos administrativos y de personal: identificación y documentación necesaria para la entrada, permanencia y salida de la zona de operaciones, permisos de conducir y registro de vehículos particulares, permisos de armas, permisos de trabajo del personal civil no funcionario, uso de uniforme (fuera de las instalaciones militares), Registro Civil, asistencia sanitaria, educación o culto.
- Asuntos económicos: cuestiones referidas a aduanas, tributos, tasas, peajes, contratos, cambio y control de moneda, seguros, retribuciones y salarios del personal local al servicio de la Fuerza.
- Operaciones y logística: comunicaciones, banderas y distintivos, Policía Militar, armamento y equipo, seguridad, correo, movimiento de tropas, cruce de fronteras y traslados internos, uso de instalaciones, investigación de siniestros de operaciones militares, protección del medio ambiente o asistencia humanitaria.

<sup>28</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, instrumento de ratificación de España, publicado en BOE nº 142, de 13 de junio de 1980. La cita de esta Convención se hace atendiendo al momento histórico actual al estar la misma en vigor entre los signatarios y ser parte del mismo la mayoría de los Estados de la sociedad internacional de nuestros días.

<sup>29</sup> Miguel ALÍA PLANA, “Acuerdos sobre el Estatuto de las Unidades Expedicionarias” en Eugenio PÉREZ FRANCISCO (coord.) *Manual de Derecho Operativo*, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 207-246, en concreto, p. 209 y ss.

- Jurisdicción penal, militar, ordinaria, (civil, laboral, contencioso-administrativa, jurisdicción del comandante –atestados, investigaciones previas y reservadas, potestades disciplinarias–), reclamaciones económicas, derechos procesales e inmunidades o la propia investigación criminal.

## EL “ACUERDO” ENTRE ALEMANIA Y ESPAÑA PARA EL DESPLIEGUE: SU INCUESTIONABLE EXISTENCIA Y SU CONTROVERTIBLE NATURALEZA

Se ha considerado necesario hacer esta aproximación teórica para abordar el objeto fundamental de la presente colaboración que no es otra sino contestar a la pregunta cuál fue el soporte jurídico que permitió el despliegue de la Fuerza española en el Frente del Este y cuál fue su estatuto jurídico. Repasemos los hechos.

Los historiadores no han encontrado documento material o físico alguno en el que conste un acuerdo internacional en el que Alemania y España acordaran el envío de la Fuerza española al Frente del Este y dada la magnitud de la empresa, la cuestión no era baladí, de ahí que tengamos que identificar, a falta de dicho documento, la fórmula que sirviera de marco legal para el envío de la Fuerza española al Frente del Este.

De esta suerte y prescindiendo de las relaciones que mantuvieron ambas Potencias desde 1936, el 21 de junio, día de la invasión (la noche de antes, Serrano, Ridruejo y otros, cenando en el Ritz, sopesaron la posibilidad de que en caso de guerra contra la URSS, España debía mandar un contingente militar), tiene lugar una reunión entre Serrano Suñer y el Embajador alemán en Madrid, Von Stohrer, en la que el Ministro español oferta el envío a Rusia de una unidad de voluntarios que se integraría en la *Wehrmacht*, siendo aceptada esta propuesta, unos días después, tras recibirse en Madrid, la autorización de Hitler para materializar el proyecto. En el plano interno español, tras la azarosa reunión del Consejo de Ministros que se alargó los días 23 y 24 de junio y que es ampliamente reseñada por la doctrina, se aprobó el envío de la DEV bajo las condiciones que nos es conocida, desestimando el planteamiento del Ministro del Ejército Varela de enviar una unidad orgánica del Ejército, planteamiento que desde el punto de vista militar era la opción más lógica, pero que podía ser muy cuestionable desde el punto de vista del Derecho Internacional Público en tanto que España había declarado su no beligerancia en el conflicto europeo.

Ante este primer hecho, debemos acudir a la teoría general del Derecho de los Tratados del momento, muy lejos todavía de las previsiones de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 y, caso de haberse hecho, así como su contenido y alcance.

Con referencia a la capacidad de ambos Estados para concluir tratados internacionales u otros de similar naturaleza jurídico internacional, no parece

discutible la cuestión de que la decisión pudiera ser tomada por el Consejo de Ministros en junio de 1941, sin límite alguno, ya que en España la Ley de Cortes no se promulgaría hasta 1943<sup>30</sup>, por lo que el poder de Franco, como Jefe de Estado y Presidente del Gobierno, no era cuestionable y, de hecho, ya se había concluido algún otro tratado en esas fechas<sup>31</sup>.

Por el lado alemán, dos hechos habría que tener en cuenta y son la disposición del AltoMando alemán, en la reunión mantenida en la sede del Ministerio de Asuntos Exteriores, el 30 de junio de 1941, para facilitar la incorporación de voluntarios extranjeros en la *Wehrmacht* y el Reichstag, había ardidado tiempo atrás y con el *placet* de Hitler al ofrecimiento español, poco se podría decir en contra. De ahí que ambos Estados no tuvieran graves obstáculos para concluir un acuerdo, para que España pudiera contribuir con tropas al esfuerzo bélico alemán, a falta de determinar su contenido más concreto. Dicho acuerdo se infiere, en consecuencia, de las reuniones mantenidas entre Serrano Súñer y Von Stohrer y las autorizaciones previas que ambos tenían, de sus respectivos Gobiernos, tal y como hemos dicho y, en consecuencia, la naturaleza del acuerdo era claramente verbal.

Si, en estos términos, ambas Potencias podían concluir un tratado internacional para regular el despliegue de la Fuerza española, tendremos que analizar si un acuerdo de esta naturaleza era aceptable por el Derecho Internacional Público del momento.

El Derecho Internacional Público de la primera mitad del siglo pasado estaba mucho menos desarrollado que el de nuestros días, pero, desde el momento en que dos sujetos de Derecho Internacional se ponen de acuerdo sobre una cuestión objeto del mismo y desean dar valor jurídico a dicho acuerdo, lo plasman vía tratado internacional y, siguiendo a Kelsen<sup>32</sup> o Ago<sup>33</sup>, un tratado internacional será fuente del Derecho. Admitido esto, quedará por determinar las características o elementos que deben concurrir en los tratados internacionales para que tengan plena validez jurídica e incluso ver

30 La Ley Constitutiva de las Cortes Españolas se publicó en el BOE nº 200, de 19 de julio de 1942. Entre sus competencias, de acuerdo con su artículo 14, se establecía que debían ser oídas para la ratificación de aquellos tratados que afectaran a materias de su competencia.

31 Entre otros podemos citar, el Acuerdo sobre intercambios comerciales y régimen de pagos entre España y Francia (BOE nº 24, de 24 de enero de 1940); Acuerdo entre España y Bulgaria para regular el régimen de intercambios comerciales y sus pagos correspondientes (publicado en BOE nº 62, de 2 de marzo de 1940); Convenio entre el Gobierno español y la Santa Sede acerca del modo de ejercicio del privilegio de presentación (publicado en BOE nº 168, de 17 de junio de 1941); o el Acuerdo general de relaciones culturales entre España y la República Argentina (publicado en BOE nº 254, de 11 de septiembre de 1942) o la Ley de 22 de marzo de 1939, sobre la ratificación del Tratado de Amistad y no agresión firmado entre España y Portugal, de 17 de marzo de 1939, publicada en BOE nº 83, de 24 de marzo de 1939.

32 Hans KELSEN, *General Theory of Law & Status*, Cambridge, 1946.

33 Roberto AGO, *Scienza giuridica e Diritto Internazionale*, Milán, 1950.

la práctica seguida por los Estados y así sin ánimo de ser exhaustivo podemos traer a colación, algunos tipos de acuerdos utilizados por la práctica internacional, y así:

- Por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), se ha considerado como “tratado internacional” la participación de dos Estados en una resolución del Consejo de la Sociedad de Naciones<sup>34</sup>, un manifiesto de una Cámara de Cuentas de un Estado<sup>35</sup>, y por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), incluso un *modus vivendi* tácito<sup>36</sup>.
- En cuanto a la forma de expresión de la voluntad de los sujetos de DI, puede ser escrita u oral, según aceptó la CPJI<sup>37</sup>, llegándose a admitir los signos (como en el caso de un “alto el fuego”) o mediante una serie de actos

---

34 CPJI, Serie A/B, Advisory Opinion, October 15<sup>th</sup>, 31, n° 42, *Railway Traffic between Lithuania and Poland (Railway sector Landwarów-Kaisiadorys)*, p. 116, cuando dice: “According to the view maintained before de the Court on behalf of the Polish Government, Poland and Lithuania, in accepting this recommendation, undertook not only to negotiate but also to come to an agreement, with the result –it is alleged– that Lithuania has incurred an obligation to open the Landwarów-Kaisiadorys railway sector to traffic a conclusion which would decide the question on which the Court is asked for an opinion”.

35 CPJI, Serie A/B, *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, n° 46, p. 145., al sostener: “In this connection, the Court observes that no such limitation necessarily ensues from the old provisions relating to the free zones; that in case of doubt a limitation of sovereignty must be construed restrictively; and that while it is certain that France cannot rely on her own legislation to limit the scope of her international obligations, it is equally certain that French fiscal legislation applies in the territory of the free zones as in any other part of French territory. The legitimacy of the imposition of fiscal taxes within the zones as apart from customs duties at the frontier, is shown by Article 4 of the Manifesto of the Royal Sardinian Court of the Accounts of September 9<sup>th</sup>, 1929, relating to the zone of Saint-Gingolph: The laws at present in force in the said communes included in the new zone relating to excise and other duties with the sole exception of the laws concerning the customs– shall continue to be observed as heretofore”.

36 CIJ, *Case concerning the Continental Shelf*, sentencia de 24 de febrero de 1982, Recueil, 1982, p. 70-71. “The Court considers that the evidence of the existence of such a *modus vivendi*, resting only on the silence and lack of protest on the side of the French authorities responsible for the external relations of Tunisia, falls short of proving the existence of a recognized maritime boundary between the two Parties. Indeed, it appears that Libya is not in fact contending that it had that status, but rather that the evidence that such a line was employed or respected to a certain extent is such as to deprive the ZV 45° line of credibility. But in view of the absence of agreed and clearly specified maritime boundaries, the respect for the tacit *modus vivendi*, which was never formally contested by either side throughout a long period of time, could warrant its acceptance as a historical justification for the choice of the method for the delimitation of the continental shelf between the two States, to the extent that the historic rights claimed by Tunisia could not in any event be opposable to Libya of the *modus vivendi* line”.

37 CPJI, Serie A/B, *Case Legal Status of Eastern Greenland*, n° 53, p. 69-71 y Serie A/B, asunto n° 53, p. 91 (Voto Particular del Juez Anzilotti): “7. The outcome of all this is therefore an agreement, concluded between the Danish Minister at Christiania, on behalf of the Danish Government, and the Norwegian Minister for the Foreign Affairs, on behalf of the Norwegian Government, by means of purely verbal declarations. The validity of this agreement has been questioned, having regard, in the first place, to its verbal form, and to the competence of the Minister for Foreign Affairs. As regards the form, it should be noted, to begin with, that as both Parties are agreed as to the existence and tenor of these declarations, the question of proof does not arise. Moreover, there does not seem to be any rule of international law requiring that agreements of this kind must necessarily be in writing in order to be valid”.

implícitos<sup>38</sup>. En esta misma línea, se mueve la CIJ<sup>39</sup> y mucho más rotunda para nuestro caso en el asunto iniciado por Qatar contra Bahrain<sup>40</sup>.

- Con argumentos de este tipo, el juez Jessup<sup>41</sup> consideró que el término tratado no tenía un sentido claro ni uniforme y que una Decisión del Consejo de la Liga de la Sociedad de Naciones, podía ser considerada como un tratado internacional o incluso sus interesantes reflexiones sobre los ante-

---

38 CPJI, Serie A, asunto *Rights of minorities in Upper Upper Silesia*, nº 15, p. 24-25, que reza: “*It is true that in this case the consent of the Respondent took the form of an express declaration, whereas in the present case, it only follows from the pact of having asked for a decision on the merits, without making reservations as to the question of jurisdiction. This circumstance, however, cannot in the Court’s opinion, justify a different conclusion, since there is no rule laying down that consent must take the form of an express declaration rather than that of acts conclusively establishing it*”.

39 En este sentido, puede consultarse el asunto *Nuclear Test (Australia v. France)*, Recueil 1974, Judgment, 20 December 1974, p. 267: “45. *Whether a statement is made orally or in a writing makes no essential difference, for such statements made in a particular circumstance may create commitments in international law, which does not require that they should be couched in written form*”. En el asunto *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 of 25 March 1951, Advisory Opinion 20 December 1980*, Recueil 1980, *Separate Opinion Judge Ruda*, p. 123, puede leerse: “*It is well known that international law does not impose any given form for the conclusion of an agreement, provided that there is sufficient evidence of the intention of the parties to create rights and obligations, i. e., to produce legal effects. There is no legal restrictions between formal and informal agreements, because of validity of treaty does not depend on the adoption of any form; therefore is up to the parties to choose such form as they think fit for assuming international obligations*”.

40 *Case concerning maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain). Jurisdiction and Admissibility*, judgment 1 July 1994. Rec. 1994, p. 121: “24. *The 1990 Minutes refer to the consultations between the two Foreign Ministers of Bahrain and Qatar, in the presence of the Foreign Minister of Saudi Arabia, and state what had been*

«*agreed*» between the Parties... 25. *Thus the 1990 Minutes include a reaffirmation of obligations previously entered into: they entrust King Fahd with the task of attempting to find a solution to the dispute during a period of six months... Accordingly, and contrary to the contentions of Bahrain, the Minutes are not a simple record of a meeting, similar to those drawn up within the framework of the Tripartite Committee... They enumerate the commitments to which the Parties have consented. They thus create rights and obligations in international law for the Parties. They constitute an international agreement*”.

41 Sentencia de 21 de diciembre de 1962, Casos del Sudoeste Africano. Opinión Separada del Juez Jessup. (CIJ, Rec. 1962). Dicho juez, en la p. 393, sostiene: “*The decisión of the Council on 7 May, 1919, allocating the Mandate for South West Africa to the Union of South Africa, constituted the first link in what maybe called the chain of title. This «decision» was an international agreement between France, Great Britain, Italy, the United States and the Union of South Africa (represented by Great Britain) which had dispositive effect. Japan subsequently concurred in or adhered to this agreement*”. Sobre la segunda cuestión, mantiene en la p. 402: “*In preparing draft codes on the law of treaties, rapporteurs have at times pointed out that the draft has for convenience, been limited to apply, for example, only to treaties embodied in written instruments. But the 1962 Report of the International Law Commission, like that of 1959, emphasizes that the fact that the articles do not apply to international agreements not in written form is not to deny the legal force of oral agreements under international law*”, citándose en ese mismo fallo, el caso seguido ante la CPJI, el *Case of Free Zones of Upper Savoya and the District of Gex* (Series A/B, nº 46, p. 145, cuando la CPJI dice: “*The concord of wills thus represented by the Manifesto confers on the delimitation of the zone of Saint-Golp the character of a treaty stipulation which France must respect as Sardinia’s successor in the sovereignty over the territory in question...*”.

cedes de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados y referida al requisito de la forma escrita<sup>42</sup>.

Si estas formas de acuerdos internacionales han sido reconocidas como tales por la CPJI, ésta no hace sino ratificar desde el punto de vista científico de autores como Fiore<sup>43</sup> quien sostiene:

“Que el Derecho Internacional no ha establecido ninguna forma como esencial para crear una obligación convencional entre una u otra forma, en lo que se refiere al contenido y a la sustancia que se deriva del *vinculum juris*. Nosotros aplicamos, por consiguiente, la palabra tratado a pacto expreso, a todo acuerdo explícito y recíproco, toda convención sinalagmática entre Estados”.

Y dice el mismo autor<sup>44</sup> sobre la forma de los acuerdos que:

“Si se atiende a la forma del título de que deriva el pacto recíproco, puede hacerse una división de los pactos entre los Estados, por ejemplo, según se derive de un convenio escrito o no escrito. Acostúmbrase a redactar los acuerdos por escrito, para que haya siempre una prueba de lo que fue objeto de acuerdo; pero, según los principios del derecho, nada se opone a que se concluya un pacto verbal (...) y los que contraen la obligación estén debidamente autorizados, y que representen a sus respectivos Estados, si se puede probar lo que se convino entre las partes, tendrá el pacto verbal el mismo valor que el escrito”.

---

42 En esta misma línea a Anzilotti, quien en su Opinión Disidente en el Asunto Legal Status of Eastern Greenland, de 5 de abril de 1933, seguido ante la CPJI, Serie A/B, n° 53, p. 91, sostuvo: “*The outcome of all this therefore an agreement, concluded between the Danish Minister at Cristiania, on behalf of the Danish Government, and the Norwegian Minister for Foreign Affairs, on behalf of the Norwegian Government, by means of purely verbal declarations. The validity of this agreement has been questioned, having regard, in the first place, to its verbal form, and to the competence of the Minister for Foreign Affairs*”.

43 Pascual FIORE, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Traducción de Alejo García Moreno, tomo III, Madrid: Centro Editorial Góndora, 1895, p. 17. De una u otra forma, el concepto de tratado tiene un similar alcance para la doctrina. Citemos también el concepto que maneja el que fuera Presidente de la CIJ, Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, como “toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional destinada a producir efectos jurídicos, es decir, a crear, modificar o extinguir un derecho”. Véase su *Curso de Derecho Internacional Público*, tomo I, Montevideo: FCU, 1959, p. 98.

44 *Ibidem*, p. 22.

De esta suerte, no cabe la duda de la existencia de un tratado internacional verbal hispano-alemán que propició el despliegue de la Fuerza española en el Frente del Este, otro referido a su retirada y la creación de la Legión y, de un tercero referido al envío de personal de Marina a la *Kriegsmarine*. Y en apoyo de este planteamiento, podemos citar, a mayor abundamiento a Rousseau<sup>45</sup>, quien nos recuerda que actualmente los tratados internacionales constan en documento escrito, salvo en raras ocasiones y cita, como ejemplo, el acuerdo verbal concluido en Lisboa entre el General Franco y el Presidente Salazar, el 23 de octubre de 1949, sobre la intervención militar de las fuerzas portuguesas, al lado de las españolas, en el caso de una agresión contra la frontera pirenaica española<sup>46</sup>. Es decir, existió cierta práctica de conclusión de tratados internacionales verbales en la década de los años cuarenta del siglo pasado, por parte de las autoridades españolas, práctica posibilitada por el Derecho Internacional Público.

Subsidiariamente a la afirmación de la existencia de los antedichos tratados internacionales verbales entre España y Alemania, para el envío de la Fuerza, podemos plantearnos, de forma subsidiaria, si pudo haber sendos actos unilaterales entre dichas Potencias que justificaran jurídicamente hablando, esos mismos despliegues, apoyándonos al efecto desde los de vista doctrinal y jurisprudencial.

Y así, en el plano doctrinal contemporáneo, Remiro<sup>47</sup> nos dice:

“...una buena porción de las obligaciones que se quieren explicar como resultado de acuerdos tácitos y verbales puede también explicarse –y suele explicarse más adecuadamente– recurriendo a otros expedientes técnicos que no tienen que ver –o tienen que ver sólo indirectamente– con el mecanismo convencional. Piénsese en las situaciones de *estoppel*, en los actos unilaterales”.

Esta misma línea es mantenida por Díez de Velasco<sup>48</sup>, cuando dice, en relación con la promesa que su:

<sup>45</sup> Charles ROUSSEAU, *Derecho de Derecho Internacional*, Traducción de Puente Egido, Barcelona: Ariel, 3ª edición, 1966, p. 325.

<sup>46</sup> Aunque fueron siete los encuentros que Salazar y Franco mantuvieron, sólo en esta ocasión, Franco viajó a Portugal y es el más interesante a nuestros efectos. El país se vistió de gala para la cumbre. Franco llegó a bordo del buque de Marina, Miguel de Cervantes y fueron numerosas reuniones bilaterales, ya que Portugal, técnicamente neutral durante la II Guerra Mundial y, en la práctica, una posición que rebasó la neutralidad benevolente con Gran Bretaña, no sólo por las ventas masivas de wolframio, sino porque llegaron a ceder una base en las Azores. Sin embargo, ello no bastó para que tampoco fuera invitada a la firma de la Carta de San Francisco, aunque, a cambio, sí fue invitado a ser miembro originario de la OTAN.

<sup>47</sup> Antonio REMIRO BROTONS: *Derecho Internacional Público. Derecho de los Tratados*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 30.

<sup>48</sup> Manuel DÍEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 12ª edición, 1999, p. 134.

“... carácter de acto unilateral es discutido, aunque cabe afirmarlo para alguna de ellas, si bien una buena mayoría de las conocidas son de carácter convencional. Podemos definirla como la manifestación de voluntad de un Estado, destinada a asumir una determinada conducta de hacer o de no hacer en las relaciones con otros Estados respecto de una situación concreta”.

De esta suerte, estos autores llaman la atención de la posible conexión entre algunos convenios internacionales, tácitos y verbales, con otras figuras encuadrables en los actos unilaterales<sup>49</sup>.

Pero, Miaja de la Muela<sup>50</sup>, después de abordar la teoría general de los actos unilaterales, sostiene:

“Un minucioso análisis realizado por Quadri de los ejemplos que cierto sector doctrinal se ha basado para sostener la vigencia en el Derecho internacional del principio *promissio est servanda*, demuestra que se trataba siempre de promesas aceptadas, o constitutivas de una respuesta afirmativa a la petición emanada de otros Estados. El caso más típico es el de la neutralidad de Austria: el acto interno que la proclamó fue resultante del juego de equilibrio de poderes entre las grandes Potencias, que, en cierta manera, la impusieron, aunque más tarde reconocieron aquel acto unilateral”.

De esta suerte, el autor afirma la vigencia del principio *promissio est servanda*, como de la validez de los actos internos con clara repercusión internacional. Por ser el caso paradigmático en la materia, debemos citar el asunto *Scotia*, 81 U.S. 170 (1871)<sup>51</sup>, del que se puede concluir la doctrina que de disposiciones nacionales positivas de Estados y, en consecuencia, de alcance limitado a su jurisdicción, pueden acabar transformadas en obligaciones universales, al ser generalmente aceptadas por la comunidad internacional. Sin embargo, para

---

<sup>49</sup> Como sostiene el relator Bierly: “Puede encontrarse una explicación de la fuerza obligatoria de las llamadas declaraciones unilaterales, como creadoras de derechos contra el declarante, en la teoría del presunto consentimiento del beneficiario. En el supuesto de que sea aceptada esta teoría, es permisible clasificar tales declaraciones como tratados”. Comisión de Derecho Internacional. Segundo periodo de sesiones. AG, A/CN.4/23, de 14 de abril de 1950, p. 14.

<sup>50</sup> Antonio MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al derecho internacional público*, Madrid: Atlas, 7ª edición, 1979, p. 187.

<sup>51</sup> El texto de la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano puede consultarse en línea en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/81/170/>

nuestro caso, puede sernos de más utilidad, como luego veremos, lo planteado por Accioly<sup>52</sup>:

“El reconocimiento es la aceptación de la legitimidad de determinado estado de cosas, o de una pretensión de otro Estado. Hay que distinguir el reconocimiento como acto unilateral, del que puede ocurrir o concluir un acto bilateral, cuando se trata de aceptarla propuesta de otro Estado, o reconocimiento del acierto o de la conveniencia de tal propuesta, para la formación de un ajuste”.

En la doctrina previa y contemporánea del despliegue, la doctrina de los actos unilaterales, parece estar menos desarrollada que hoy. Y así, Fiore<sup>53</sup> nos dice:

“Las obligaciones unilaterales pueden contraerse mediante una declaración, una memoria, un manifiesto, una nota, etc. Sin embargo, estos actos no producen en general una obligación propiamente jurídica, correlativa, como la que nace de un convenio internacional, que constituya por sí misma un título jurídico en el que pueda considerarse fundado el derecho y la obligación correspondiente por parte de los Estados contratantes... Puede haber casos en que el Estado mismo pudiera estar obligado a mantener los compromisos contraídos por sus funcionarios públicos y a ejecutar las obligaciones que se hallen en el mismo caso, sobre todo si teniendo conocimiento de tales actos los ha ratificado tácitamente”.

Por otra parte, desde el punto de vista jurisprudencia, tanto el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI)<sup>54</sup> y más recientemente la propia Corte

52 Hildebrando ACCIOLY, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Traducción de José Azcárraga, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 566.

53 Pascual FIORE, *Tratado...*, *op. cit.*, tomo III, p. 13-14.

54 TPJI, Serie A/B, *Legal Status of Eastern Greenland*. Judgment of April 5<sup>th</sup>, 1933. La cuestión se suscitó por la conocida como Declaración Ihlen, formulada el 22 de julio de 1919, por el Ministro de Asuntos Exteriores de Noruega, en relación con la soberanía de Dinamarca sobre Groenlandia, quien declaró verbalmente a su homólogo danés que su Gobierno no pondría ningún obstáculo a la pretensión danesa de declarar su soberanía sobre toda Groenlandia, a pesar de que en ese momento, Noruega mantenía algunos enclaves en la isla y como en la década de los años treinta todavía se mantenían dichos enclaves, el asunto acabó ante el TPJI, quien acabaría declarando la soberanía danesa sobre ese territorio. En la p. 71, de dicho fallo, puede leerse: “*The Court considers it beyond all dispute that a reply of this nature given by the Minister for Foreign Affairs on behalf of his Government in response to a request by the diplomatic representative of a foreign Power, in regard to a question falling within his province, is binding upon the country to which the Minister belongs*”.

Internacional de Justicia (CIJ)<sup>55</sup>, se han pronunciado en numerosas ocasiones en torno a la validez de los actos unilaterales como forma de crear obligaciones jurídicas internacionales, e independientemente de la forma de la declaración sea verbal o escrita<sup>56</sup>, lo importante es que conste la voluntad en obligarse<sup>57</sup> y naturalmente por autoridad competente<sup>58</sup>.

---

55 Citaremos el asunto *Nuclear Test case (Australia v. France)*. Judgment of 20 December 1974, p. 267: “43. It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding. In these circumstances, nothing in the nature of a *quid pro quo* nor any subsequent acceptance of the declaration, nor even any reply or reaction from other States, is required for the declaration to take effect, since such requirement would be inconsistent with the strictly unilateral nature of the juridical act which the pronouncement by the State was made... ”

44. Of course, not all unilateral acts imply obligations; but a State may choose to take up a certain position in relation to a particular matter with the intention of being bound... 45. With regard to the question of form, it should be observed that is not a domain in which international law imposes any special or strict requirements. Whether a statement is made orally or in writing makes no essential difference, for such statements made in particular circumstances may create commitments in international law, which does not require that they should be couched in written form”.

56 Ibidem p. 267-268, para. 45 y p. 473, para. 48.

57 *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*. Preliminary Objections. Judgment of 15 June 1962, p. 31, cuando dice: “Where... as is generally the case in international law which place the principal emphasis on the intentions of the parties, the law prescribes no particular form, parties are free to choose what form they please provided their intention clearly results from it”. Y en este mismo sentido se pronuncia la misma, en su fallo en el *Case concerning the frontier dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, Judgment of 22 December 1986, cuando dice: “39... Thus it all depends on the intention of the State in question, and the Court to form its own view of the meaning and scope intended by the author of a unilateral declaration which may create a legal obligation”.

58 Es una regla consolidada en el DI que tanto el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores, representan al Estado por el mero ejercicio de sus funciones, como ha ratificado la CIJ en *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections. Judgment of 11 July 1996, parágrafo.: “44... Yugoslavia likewise contended that Mr. Izetbegović was not even acting legally at the time as President of the Presidency. The Court does not, in order to rule on that objection, have to consider the provisions of domestic law which were invoked in the course of the proceedings either in support of or in opposition to that objection... According to international law, there is no doubt that every head of State is presumed to be able to act on behalf of the State in its international relations”...; en el *Case concerning the Arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. Judgment of 14 February 2002, para.: “53: ... The Court further observes that a Minister of Foreign Affairs, responsible for the conduct of his or her State’s relations with all other States, occupies a position such that, like the Head of State or the Head of Government, he or she is recognized under international law as representative of the State solely by virtue of his or her office. He or she does not have to present letters of credence: to the contrary, it is generally the Minister who determines the authority to be conferred upon diplomatic agents and countersigns their letters of credence...”. No obstante lo anterior, la propia Corte se hace eco de que por el incremento de las relaciones internacionales, no es descartable que otros representantes (no los precitados anteriormente) puedan ser considerados autorizados por el Estado. Y así, en el *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (New Application, 2002,*

En definitiva, bien calificuemos como tratado internacional o como actos unilaterales los efectos de las predichas reuniones entre el Ministro de Asuntos Exteriores y el Embajador alemán parece claro el surgimiento de una obligación internacional plena entre las partes, para el envío y aceptación de la Fuerza española para su despliegue en el Frente del Este.

La segunda cuestión y no menos importante es la cuestión del estatuto jurídico aplicable a dicha Fuerza. Para su determinación volvemos a encontrarnos con el mismo problema que en el caso anterior, ya que de las reuniones que se celebraron en Berlín, primero entre la Comisión aposentadora española que se trasladó desde España el 5 de julio, al mando del Tte. Col. Mazariegos y a la que se unió el Agregado militar, Tte. Col. Roca de Togores, Conde de Rocamora y otros, comenzando sus trabajos con sus interlocutores alemanes del Cuartel General del Ejército de Reserva del Reich (*Ersatzheer*), sobre numerosas cuestiones referidas a la Fuerza. Como sólo nos han llegado testimonios parciales de lo acordado en las reuniones celebradas entre los días 7 y 12 (ya que nunca se llegó a firmar documento alguno entre los participantes respecto de lo allí acordado), especialmente el documento recogido por los taquígrafos del Ministerio del Ejército, basado en los dictados que se hacían desde Berlín y que podemos agrupar lo tratado en tres grandes grupos:

- Aquellas sobre las que ambas partes estuvieron de acuerdo, como son: la composición de la Fuerza (no sin esfuerzo), uniformidad, haberes, logística, franquicia postal, alimentación<sup>59</sup>, policía militar, la sanidad, pensiones o el servicio religioso y éste con grandes cesiones por ambas partes.
- Aquellas otras sobre las que no hubo acuerdo, como la pretensión española de que la alimentación suministrada por Alemania al contingente, fuera al gusto español y que no fue admitida por la contraparte o la alemana de que España aportara 300 vehículos, cosa que no se admitió por los negociadores españoles.
- Por último, las que no se plantearon y debieron ser resueltas en momentos posteriores, como la identificación del personal con un *Personalausweis* o la gestión del correo mediante el *Feldpost*.

---

*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*), sentencia de 3 de febrero de 2006, podemos leer: “46... it is well-established rule of international law that the Head of State, the Head of Government and the Minister for Foreign Affairs are deemed to represent the State merely by virtue of exercising their functions, including for the performance, on behalf of the said State, of unilateral acts having the force of international commitments... 47. The Court notes, however, that with increasing frequency in modern international relations other persons representing a State in specific fields may be authorized by that State to bind it by their statements in respect of matters falling within their purview. This way be true, for example, of holders of technical ministerial portfolios exercising powers in their field of competence in the area of foreign relations, and even of certain officials”.

59 Informe reservado enviado al Ministro Varela por personal de la Dirección General de Seguridad, de 9 de agosto de 1941 (Archivo Varela, 115-50), p. 2.

Y una segunda reunión, de 18 de agosto, sobre cuestiones de jurisdicción que llegó a España con el título “Conclusiones sobre el Derecho Penal y disciplinario para las Unidades Españolas de Voluntarios” en la que se concluyó:

- La jurisdicción aplicable al contingente sería la española, salvo en los supuestos de los delitos de espionaje cuando se hiciera a favor de cualquier Potencia enemiga, excepto a favor de la URSS.
- Los delitos cometidos por los miembros de la DEV mientras estuvieran ingresados en un centro penitenciario alemán o mientras fueran trasladados a ellos bajo custodia alemana, fueran competencia de ésta. Este supuesto, sin embargo, no llegó a producirse ya que las penas privativas de libertad, por los delitos cometidos por los voluntarios, fueron ejecutadas en España, salvo las de muy corta duración, que fueron cumplidas en un pelotón de castigo adscrito al Cuartel General.
- El derecho de gracia sería otorgado, en su caso, conforme a la legislación nacional española.
- Los prisioneros de guerra, capturados por la Fuerza española, serían entregados a la autoridad alemana y sometidos a la jurisdicción alemana.

Sin embargo, Serrano<sup>60</sup> sostiene al respecto de esas conclusiones:

“Estas conclusiones (...) no nos consta que fueran finalmente objeto de un acuerdo internacional formal, sino que quedaron únicamente reflejados en el acta de la reunión y trasladada la mayor parte de ellas a un documento escrito que bajo el título «Conclusiones sobre el Derecho Penal y disciplinario para las Unidades Españolas de Voluntarios, encuadradas en el Ejército alemán», fue transmitido, con posterioridad a la reunión por el Mando Superior del Ejército (*Oberkommando des Heeres*) al Agregado Militar Español y que curiosamente tiene una omisión respecto de la reunión del 18 de agosto y es la relativa al enjuiciamiento de los prisioneros de guerra de la URSS de nacionalidad española”.

Compartimos parcialmente su afirmación de que las conclusiones “fueran objeto de un acuerdo internacional formal” en el sentido de que difícilmente cumplen las previsiones de la Convención de Viena de Derechos de los Tratados, pero ello no significa que no puedan ser considerados como un acuerdo internacional bilateral a la luz de las explicaciones realizadas en el presente y de los

---

60 Ángel SERRANO BARBERÁN, “La Justicia en la División Azul”, *Revista Española de Derecho Militar*, 100 (2014), p. 369-402 (p. 373).

documentos en los que apoyamos nuestra postura ya que, en definitiva fueron los que posibilitaron el despliegue de la Fuerza. Más parece que el documento pueda ser calificado como un acuerdo SOFA, similares a los que concluían los Aliados con Gran Bretaña para el establecimiento en su territorio de tropas o los que hoy, *mutatis mutandi*, se concluyen en el ámbito de los Estados OTAN. El acuerdo alcanzado en julio de 1941 fue parcialmente modificado respecto a la composición de la Fuerza en el otoño de 1943, cuando la presencia española se limita a la Legión Española de Voluntarios hasta su repatriación en marzo del año siguiente.

Inferimos la existencia de dicho acuerdo de las reuniones que tuvieron entre representantes de las dos Potencias para que así se procediera.

Mucho menos estudiado es la situación del personal español de Marina adscrito en la *Kriegsmarine*, cuya colaboración se inicia por el interés español de conseguir tecnología, unidades navales alemanas y formación de tripulaciones y, sobre este particular, el despliegue de personal de la Marina se realizó entre noviembre de 1942 y mayo de 1943, integrado en las conocidas Comisiones Fernández Marín, Fernández de la Puente y Urzáiz, personal desplazado en comisión de servicio y considerado con personal de la DEV a los efectos de reconocimientos y condecoraciones, pero no como miembros de la *Kriegsmarine*, ya que su despliegue en diversas unidades en el Báltico se justificaba para su adiestramiento en tácticas alemanas de combate y formación en el manejo de material naval. Por ello, aunque tampoco se ha localizado ningún texto escrito sobre dicha colaboración, el acuerdo que suponemos nuevamente de naturaleza verbal, puede ser considerado como un acuerdo internacional, al estilo de los que hoy se conocen como *Technical Agreement*, en el que se establece el modelo de integración del personal extranjero en la Fuerza, sin derecho a haberes, pero con derecho a portar las condecoraciones que pudieran recibir de la Potencia huésped.

Dos argumentos restan para considerar que el despliegue de la Fuerza española se basó en un tratado (por muy verbal que fuera). El primero de ellos surge de la afirmación de los historiadores de que Alemania ofreció a España en 1943 celebrar un tratado internacional para resolver el tema de los perjuicios sufridos por los combatientes y los derechos de sus causahabientes, con ocasión de su alistamiento por muerte o heridas sufridas y que las autoridades españolas declinaron por no considerarlo conveniente a la luz de cómo se desarrollan los acontecimientos bélicos e intentando las autoridades españolas poner tierra de por medio por las relaciones mantenidas con las alemanas, de cara al nuevo orden que era previsible que los Aliados impusieran tras su victoria, tal y como ocurrió.

Y el segundo, mucho más consistente, viene de la mano de aprobación de la Ley federal (*Bundesversorgungsgesetz*) *Gesetz über Versorgung der Opfer des Kriegs*

(Ley sobre el cuidado de las víctimas de guerra), de 27 de junio de 1960<sup>61</sup>, cuyo fin, de acuerdo con su art. 1 era determinar como beneficiarios de ciertas ayudas a aquellos que hubieran sufrido daños en su salud como resultado del Servicio Militar o un accidente durante el mismo o debido a las circunstancias propias del Servicio Militar, entendiéndose a dichos efectos por Servicio Militar las acciones de guerra, el cautiverio, el internamiento en el extranjero o en el territorio alemán no sujetos a la administración alemana, debido a su ciudadanía o etnia alemana o por medidas punitivas relacionadas con el Servicio Militar, excluyéndose de los beneficios de la misma algunos colectivos, como en el caso de los condenados por crímenes de guerra y que en su art. 7.2, sostenía que la ley no se aplicaría a las víctimas de guerra que, por la misma causa, tuvieran derecho a recibir atención en otro Estado, a menos que los acuerdos internacionales dispusieran otra cosa, algo que salvaría el derecho de los españoles potencialmente beneficiarios de la citada ley alemana.

En consecuencia y en aplicación de dicho precepto era necesario la conclusión de un acuerdo bilateral entre ambas Potencias para que los voluntarios españoles alistados en la *Wehrmacht*, *Volkssturm*, *Feldendarmierie* o *Heimatflakbatterien* (sólo se excluía en la práctica a los acusados de crímenes de guerra y los voluntarios de las SS, salvo que se encontraran en situación de indigencia –art. 2–), pudieran solicitar las ayudas previstas en calidad de *Kriegsopferfürsorge* –víctimas de guerra– o para la obtención de la *Beschädigterente* –pensión de invalidez–.

Consta que España y Alemania negociaron para cumplir la previsión establecida en el art. 7.2 de dicha ley y que los voluntarios españoles pudieran beneficiarse, algo que se consiguió con el Instrumento de ratificación del Convenio entre el Estado español y la República Federal Alemana sobre el régimen de prestaciones aplicables a las víctimas de guerra<sup>62</sup>. De acuerdo con su art. 1, el convenio era aplicable a los súbditos españoles que estuvieron alistados al “antiguo Ejército Alemán” (sic), eufemismo al que recurre el convenio a fin de no utilizar el término *Wehrmacht*, que hubieran sufrido daños corporales, conforme a la Ley Federal sobre el régimen de prestaciones aplicables a las víctimas de guerra, con consecuencias económicas por la incapacidad producida para el trabajo, así como los derechos de los causahabientes de los caídos, indicando expresamente en su art. 3 que se concedían los beneficios de dicha ley a los integrantes de la División de Infantería 250 y a sus derecho habientes, a los súbditos españoles que, sin haber estado encuadrados en dicha unidad, hubie-

---

61 El texto de dicha ley puede consultarse en línea en: [www.gesetze-im-internet.de/BJNR104530960.html](http://www.gesetze-im-internet.de/BJNR104530960.html) [19 de julio de 2021].

62 Instrumento de ratificación del Convenio entre el Estado español y la República Federal alemana, sobre régimen de prestaciones aplicables a víctimas de guerra, publicado en BOE nº 135, de 7 de junio de 1965.

ren servido en cualquiera de las unidades del “antiguo Ejército alemán”, con excepción de los beneficiarios de la *Bundesversorgungsgesetz* y que no tuvieran reconocido beneficio alguno conforme a la ley española.

A fin de no perjudicar a los voluntarios y sus familias que habían conseguido el reconocimiento de algún tipo de pensión española, el convenio las declaraba compatibles con las alemanas que pudieran conseguir a la luz de éste, todo ello de acuerdo con las previsiones del art. 2 de dicho convenio.

Asimismo, se hacían otras consideraciones para el caso de que los beneficiarios que siendo españoles hubieran obtenido la nacionalidad alemana después de haber sufrido el daño corporal o el fallecimiento del causante o bien que la adquiriera después de la entrada en vigor del tratado o el tratamiento médico de los mutilados (art. 6) quedaban con cargo al Estado español, salvo que el beneficiario viviera en Alemania o el mutilado necesitara tratamientos especiales.

## CONCLUSIONES

El despliegue de la Fuerza española en el Frente del Este se sustenta inequívocamente en el consenso que alcanzaron los Gobiernos de España y Alemania y no parece que se tratara de un acuerdo meramente político por las innumerables cuestiones que debieron afrontarse para propiciar tal despliegue, máxime desde el momento en que España no era *co-beligerante* en conflicto sino *no beligerante*, figura ya muy erosionada por la práctica de lo que estaba ocurriendo desde que comenzara la II Guerra Mundial, al igual que el propio concepto de la neutralidad, según se define en la Convención de La Haya de 1907. Admitido que el acuerdo tuvo naturaleza jurídica, sólo pudo realizarse, a falta de un documento escrito que nos aporte algún otro criterio, mediante un acuerdo internacional verbal o acuerdos internacionales sucesivos, concluidos entre los representantes de dos gobiernos que, digámoslo todo, tenían pocos mecanismos de control internos de su política convencional internacional o bien mediante actos unilaterales sucesivos que fueron dando forma a la relación bilateral determinante del estatuto de la Fuerza española desplegada en el Frente del Este. Cualquiera de las dos figuras que aceptemos, la práctica internacional del contexto histórico, la jurisprudencia internacional y la doctrina científica, avalan su existencia y la idoneidad de su aplicación en el caso que no nos ocupa, a la hora de adquirir compromisos internacionales.

Y, de hecho, al sostener esta hipótesis, los hechos históricos son conformes con dicha calificación y esos instrumentos jurídicos facilitaron el despliegue, primero los acuerdos alcanzados entre el Ministro Serrano y el Embajador Von Stohrer en Madrid y, más tarde por lo acordado en Berlín por la Comisión de aposentamiento y los representantes del Ejército de Reserva alemán, que en el caso español, fueron resumidos y transferidos telefónicamente al Ministerio

del Ejército y que formaron un *memorandum of understanding* sobre el estatuto de la Fuerza española desplegada en el Frente del Este (tanto la integrada en el *Heer* como en la *Luftwaffe*), desde que atravesara la frontera española en julio de 1941, hasta la total repatriación de los últimos en marzo de 1944, en los que se recogieron todos los aspectos fundamentales de la composición de la Fuerza, su integración en la *Wehrmacht* y todas las cuestiones sobre las que se ha aludido en la presente colaboración que determinaron el estatuto de la Fuerza (haber, condecoraciones, servicio religioso, etc. o bien sobre aquellas cuestiones sobre las que no hubo acuerdo o incluso, aquellas otras sobre las que no se había negociado y que eran necesarias para el servicio) y en especial por el reconocimiento de la aplicabilidad de la jurisdicción española a los ilícitos que pudieran cometer sus miembros, con excepción de los delitos no cometidos *in the field*, así como el reconocimiento por Alemania (no era cuestionable tal reconocimiento por España al ser la DEV una unidad inorgánica española) de ciertos derechos pasivos a voluntarios que sufrieron mutilaciones o incluso a los causahabientes de los caídos, reconocimiento de derechos que se completó con el acuerdo internacional bilateral de 1962, concluido entre ambos Estados sobre derechos pasivos a abonar por Alemania a los beneficiarios que se determinaban en el mismo y que todavía hoy sigue produciendo efectos.

El personal de Marina desplegado en la *Kriegsmarine* y a pesar de que alguno de sus componentes solicitara (y consiguiera) de las autoridades españolas el portar el distintivo de excombatiente de la DEV, no es encuadrable en ninguno de los acuerdos de junio, julio o agosto de 1941 o del otoño de 1943, sino que su despliegue se justifica sobre la existencia de algún acuerdo técnico bilateral para la formación del personal de Marina.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alan BROWN, *The Czechoslovak Air Forces in Britain, 1940-1945*, Southampton: University Southampton, 1998.
- Ángel SERRANO BARBERÁN, “La Justicia en la División Azul”, *Revista Española de Derecho Militar*, 100 (2014), p. 369-402.
- Antonio MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al derecho internacional público*, Madrid: Atlas, 7ª edición, 1979.
- Antonio REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público. Derecho de los Tratados*, Madrid: Tecnos, 1987.
- Charles ROUSSEAU, *Derecho de Derecho Internacional*, Traducción de Puente Egido, Barcelona: Ariel, 3ª edición, 1966.
- David VINE, *Base Nation*, Nueva York: Metropolitan, 2015.
- Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Curso de Derecho Internacional Público*, tomo I, Montevideo: FCU, 1959.

- Edwin BORCHARD, “Neutrality”, [en línea], *Faculty Scholarship Series*, Paper 3470, p. 48, [www.digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3470](http://www.digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3470), [4 de diciembre de 2021].
- George BARTON, “Foreign Armed Forces: Immunity from Criminal Jurisdiction”, *British Yearbook of International Law*, 27 (1950).
- Hans Kelsen, *General Theory of Law & Status*, Cambridge, 1946.
- Hildebrando ACCIOLY, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Traducción de José Azcárraga, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- J. Robert LILLY, *Stupri di guerra. La violenza commesse dai soldati americani in Gran Bretaña, Francia e Germania, 1942-1945*, Milán: Mursia, 2004.
- J. DURET, J.M. y J.F ALLENDE SALAZAR, *Estatuto de las FF. AA., OTAN y España*. Madrid: Editorial Tecnos, 1982.
- José MORENO CASADO, “La ordenanza de Alejandro Farnesio de 1587”, *Anuario de Historia de Derecho Español* (1961).
- José María BLANCA CARLIER, “Datos para la historia de la Justicia Militar de la Marina Militar”, *Revista General de Marina*, CXXV (1943).
- Lawrence OPPEHEIM, *International Law. A treatise*. vol. 1, p. 434, reproducido en línea en [www.gutenberg.org/41046/41046/1046.htm](http://www.gutenberg.org/41046/41046/1046.htm) [20 de enero de 2019].
- Manuel DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 12ª edición, 1999.
- Miguel ALÍA PLANA, “Acuerdos sobre el Estatuto de las Unidades Expedicionarias” en Eugenio PÉREZ FRANCISCO (coord.), *Manual de Derecho Operativo*, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 207- 246.
- Miguel GUTIERREZ CARRETERO, “Recopilación de las ordenanzas Militares de los Austrias”, *Revista de Historia Militar*, LXI, Extraordinario I (2007), p. 241-462.
- Pascual FIORE, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Traducción de Alejo García Moreno, tomo III, Madrid: Centro Editorial Góndora, 1895.
- Roberto AGO, *Scienza giuridica e Diritto Internazionale*, Milán, 1950.
- Samuele TIEGHI, *Le Corti Marziali di Salò. Il Tribunale militare regionale di guerra di Milano (1943-1945)*, Tesis Doctoral, Milán: Università degli Studi di Milano, 2013.

ARTÍCULO RECIBIDO: 29-03-2021, ACEPTADO: 05-01-2022