

LA ASISTENCIA RELIGIOSA COMO SERVICIO PUBLICO: LA COLABORACION DEL ESTADO

JUAN CALVO

Universidad de Santiago de Compostela

El Estado «fija nuestros menús, dirige las colas a las puertas de las tiendas, pesa nuestras raciones, cuenta nuestros abrigo, enumera los huevos en el trasero de las gallinas y cuando nuestras zapatillas están agujereadas es el señor alcalde quien decide si tenemos derecho a comprarnos otro par».

(PIERRE GAXOTTE)

El enunciado que se le ha dado a esta Ponencia no debe ser entendido como una afirmación, sino como un planteamiento cuestionable. La respuesta —afirmativa o negativa— sólo puede provenir de unos previos conceptos de «asistencia religiosa» y de «servicio público», formulados con rigurosa claridad y que, por ello, puedan tener general acogida. Ahora bien, si formular claramente los conceptos de asistencia religiosa y servicio público fuese una tarea a realizar *ex novo* podría, acaso, ser más fácil que la que se nos impone a través del estudio de la amplia y diversa literatura jurídica ya existente sobre ambas expresiones. No sólo la doctrina, sino también las legislaciones y la jurisprudencia presentan una singular variedad acerca de ambos temas y de su eventual relación. Tanto es así que, tras una meditada lectura, parecería más lógica una declaración de imposibilidad en el intento de conseguir unas nítidas delimitaciones de tales conceptos, dejando que el imperio de los hechos dicte su empírica ley. Sin embargo, la constatación de las notorias imprecisiones que la realidad ofrece en los diferentes sistemas y ordenamientos jurídicos acerca del servicio público y, aunque en menor medida, acerca de la asistencia religiosa, no debe impedir ni enervar el estudio de su acertada calificación y aplicación jurídicas, puesto que, como ARIÑO señaló, no se trata de «un puro afán cientifista, sino que acontece que el concepto de servicio público es piedra angular en nuestro sistema jurídico, y de que se aprecie o no su existencia dependen decisiones muy importantes»¹.

¹ G. ARIÑO, *Concepto de servicio público y bases de su régimen jurídico*, Madrid 1975, página 35.

Un presupuesto insoslayable viene dado por la situación de estos temas en la esfera del Derecho público, lo que nos sitúa, a su vez y necesariamente, en una realidad política. La insistencia de los grandes maestros, como DEL GIUDICE o JEMOLO, en la necesidad o conveniencia de abstraerse o de prescindir de valoraciones y elementos políticos —que afectarían a otra sede científica²—, no pueden tener un sentido absoluto, pues el mismo DEL GIUDICE señala que eso ha de ser «al meno di regola» —lo que es un relevante matiz— y JEMOLO no puede ocultar el general «carattere politico della disciplina»³. Me parece que la calificación política de unas realidades en nada atenúa o empaña su carácter jurídico; son, en todo caso, exigencias distintas y necesariamente interrelacionadas: lo están en la realidad social y su omisión daría paso a un estéril nominalismo jurídico, más aún que al normativismo rígido y abstracto⁴.

En relación con el concepto de servicio público, bueno sería poder compartir el optimismo de REDANÒ al afirmar que fue un concepto oscuro e incierto hasta tiempos recientes...⁵. Pero más cierto parece —y las controversias entre los administrativistas así lo confirma: valga aducir la no escasa literatura sobre la llamada «crisis del concepto de servicio público»⁶— que todavía está distante la claridad en el concepto, para aplicarlo con rigor y certeza. Existe, evidentemente, una generalizada idea de lo que es o puede ser un servicio público; pero tiene más de pragmática intuición que de delimitadora reflexión.

Sea cual fuere, no obstante, su precisa definición conceptual, está fuera de toda duda razonable que el servicio público sólo puede ser entendido, de una parte, atendiendo a la distinción entre Estado y sociedad; y, de otra parte, a la compleja cuestión de los fines y de la estructura organizativa del Estado. En uno y otro caso, su correcto planteamiento —ya que acaso no su solución, por tratarse precisamente de un incesante proceso histórico, en cada sociedad y en cada Estado— exige tener en cuenta algunas pautas o datos de carácter histórico.

² V. DEL GIUDICE, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, 10.^a ed., Milano 1964 (reed., 1970), página 8; A. C. JEMOLO, *Premesse ai rapporti tra Chiesa e Stato*, Milano 1965, pág. 147.

³ *Ibid.*, pág. 148.

⁴ Vid. K. LOWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, trad. A. GALLEGRO ANABITARTE, Barcelona 1965; el traductor, en un sugerente apéndice —«Constitución y Política»—, destaca la íntima relación entre las situaciones de hecho y el Derecho; aquéllas provocan flexibilidad y tensiones, que hacen más exigente, aunque relativa, su precisa regulación jurídica; así, la impregnación de sentido ético que tiene la realidad familiar —puesta en evidencia si se la compara con una Ley de Régimen Local— no postula que se sustituya el Derecho de familia por un complejo filosófico-ético...

⁵ U. REDANÒ, «Servizio Pubblico», en *Nuovo Digesto Italiano*, XVIII, Torino 1940, página 231.

⁶ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 2.^a ed. —existen posteriores—, Madrid 1962, pág. 121; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, 2.^a reimpression —asimismo las hay posteriores—, Madrid 1978, pág. 37.

La expresión «servicio público» fue utilizada por vez primera por ROUSSEAU, quien, en acertada interpretación de MEILÁN⁷, hizo una transposición del servicio del Rey en un sentido liberal, presentándolo como actividad del y al servicio de los ciudadanos. Con la Revolución Francesa el individuo se encuentra situado —solo e indiferenciado— frente al Estado, lo que obliga a éste a asumir nuevas tareas que pertenecían a lo que se puede y suele llamar «cuerpos sociales intermedios», tuvieran o no vinculaciones religiosas, aunque éstas predominaban. El Estado asumió así los «servicios asistenciales», en los que se trataba de actividades e instituciones preexistentes; pero al ser estatalmente reguladas —y algunas absorbidas— nacen ahora como «servicios públicos». Estas actividades quedan sometidas a un riguroso intervencionismo, aunque puedan seguir ejercidas, como hasta entonces, por iniciativa privada o por instituciones religiosas —de carácter privado, a tales efectos—. El intervencionismo estatal determina que una serie de actividades con utilidad o finalidad pública —es decir, de los ciudadanos— son declaradas progresivamente como de competencia estatal y, por ello, ya sólo mediante autorización o concesión del Estado pueden ser legitimados los particulares que pretendan desarrollar una actividad en ese campo. Tal es, según la común doctrina administrativa, el mecanismo que origina la técnica del servicio público⁸.

Con acierto, a mi modo de ver, destacó ARIÑO que «el trasfondo político-ideológico que late tras el concepto y técnica del servicio público hará que éste aparezca cargado de intención política»⁹. A este respecto, es decir, a la falta inicial de contenido jurídico, es notable constatar que en el Proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA (en 1851) el servicio público ni siquiera aparecía mencionado, teniendo ya entrada en la redacción promulgada en 1889. Hasta el momento, es decir, hasta hoy, no existe en el Derecho español un régimen genérico de carácter uniforme que se fundamente en una concepción unívoca de servicio público, pues cada uno de los así considerados tiene su propia y específica regulación; pero, al menos, en esta variedad se pueden hallar elementos comunes que permiten distinguir y calificar esas actividades.

En el sistema jurídico español las actividades que el Estado avoca a sí —para su gestión inmediata o bien mediante autorizaciones o concesiones— y que tienen una natural relación con las actividades de los particulares, son reconducibles a tres posibles y tradicionales formas admitidas:

⁷ J. L. MEILÁN, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Madrid 1968, pág. 11: «Como subraya ROUSSEAU, el servicio público es algo que atañe personalmente a todos los que integran la nación; algo que se contrapone a asuntos e intereses privados. El servicio público sucede al servicio del Rey, porque se ha operado una sustitución en la titularidad de la soberanía.»

⁸ G. ARIÑO, *op. cit.*, págs. 23 y sigs.

⁹ *Ibid.*, pág. 27.

policía, fomento y servicio público¹⁰. Con la primera se trata de limitar y ordenar ciertas actividades o entidades privadas, en beneficio del orden público y común (mediante órdenes, autorizaciones, limitaciones, etc.); la segunda tiende a proteger o promover actividades o entidades de los particulares, estimadas de utilidad general o que satisfacen necesidades vitales de la sociedad (el Estado, en este caso, no manda, sino que ofrece tutela o apoyo, sobre todo económico); y con la tercera, el Estado pretende satisfacer comunes y vitales necesidades de los ciudadanos, a través de organismos de la propia Administración, excluyendo a los particulares o en concurrencia con éstos. Se observa claramente que en las dos primeras modalidades la intervención estatal es externa, es decir, no acoge la actividad en sí misma, aunque influya en ella. Al contrario, en la modalidad técnica del servicio público queda afectada la misma actividad por el protagonismo estatal, bien sea *nomine proprio* o por delegación.

Ahora bien, el contenido u objeto material de estas actividades —en realidad se califican mejor como prestaciones en favor de los ciudadanos— puede ser y de hecho es muy variado. Además, es de fácil comprobación que los textos constitucionales «no son parcos en declaraciones relativas a prestaciones administrativas a los ciudadanos, pero tales declaraciones suelen carecer de la precisión necesaria para servir de base a un compromiso efectivo, posibilitándolo una actitud de exigencia del ciudadano frente a la Administración»¹¹.

En esta variada gama de servicios posibles hay que situar los que atañen a la esfera religiosa, tanto individual como colectiva. La intervención estatal en este ámbito no admite ni un tratamiento unitario y uniforme para todos los Estados, ni siquiera para uno solo: la historia muestra la gran versatilidad administrativa de las estructuras estatales modernas en este tema. Pero en todos se pueden contemplar unas determinadas regulaciones del fenómeno socio-religioso, bien a través de las técnicas de policía o de fomento, o bien creando u organizando discrecionalmente un servicio público.

En todo caso, como último criterio previo a la consideración directa de nuestro tema, es preciso advertir que la configuración del Estado moderno no admite —ni siquiera en las expresiones de confesionalidad estatal todavía existentes— que las intervenciones en esta materia puedan situarse coherentemente dentro de los fines y estructuras esenciales al Estado mismo, lo que constituye, en los aspectos administrativos, la «función pú-

¹⁰ L. JORDANA DE POZAS, «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48 (1949), págs. 41 y sigs.; esta tripartición, como dice GARRIDO FALLA, «ha hecho fortuna»; esto no quiere decir que no existan otras figuras, como la de planificación, producción, etc., que no restan la importancia primaria de aquéllas.

¹¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Madrid 1981, pág. 67.

blica» en sentido estricto. Esta se distingue del servicio público por estar en la estructura del ser del Estado, como su organización propia y exclusiva, determinando sus contenidos y finalidades. Los servicios públicos, en su genérica caracterización, corresponden a actividades de bienestar, cuyos titulares originarios son los particulares; pero, por razones históricas o por la indispensabilidad e importancia de su prestación, pasan a ser asumidas por el Estado, sin alcanzar el carácter impositivo y exclusivo de la función pública (lo que significa, según la expresión administrativista, que no suponen ejercicio de poderes soberanos).

Este criterio limitativo, que impide tanto los sistemas de política teocrática como jurisdiccionalista —es decir, el fenómeno socio-religioso como fundamento y fin de la política, en un caso, o como instrumento de la política, en el otro—, puede tener todavía en el ordenamiento español alguna manifestación de excepcionalidad, si no se justifican de otro modo los cuerpos de capellanes castrenses y, aunque en menor medida, los de prisiones. Tal como están configurados, parecen adoptar un modo de incorporación orgánica a una función que es propia y exclusiva del Estado, como es la de las Fuerzas Armadas y la de la organización penitenciaria. Los otros tipos de capellanes en centros públicos —esto es, de beneficencia y sanitarios, sobre todo— no pueden ser enjuiciados de igual manera, al tratarse en ellos de actividades no propias y exclusivas del Estado, aunque, de todas formas, exigen también una razonada justificación en el modelo utilizado —o utilizable— para ese servicio religioso.

La cierta «coloración publicística» —en expresión de MONETA¹²— que el factor religioso alcanza en el Estado democrático moderno no debe ocultar que este modelo de Estado sólo es congruente con el axioma de que el interés religioso en sí mismo no puede ser estatal en sentido estricto. De aquí que las instituciones religiosas o sus miembros, en cuanto tales, no pueden tener vinculaciones orgánicas con el Estado. Este es justamente el punto crucial para situar y explicar las relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y con las demás Confesiones, que demanda a los poderes públicos nuestra Ley de leyes, y, de modo especial, hace referencia a una de sus más características expresiones, como es la que opera bajo la figura de la asistencia religiosa.

Si, como han destacado entre nosotros GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la libertad de conciencia es el paradigma supremo de las libertades dominadas por la regla de la abstención y de la incoercibilidad del Estado, es preciso tener en cuenta, a la vez, que el artículo 16.3 impone a aquél relaciones de cooperación con las distintas Confesiones, lo que es ratificado en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa¹³. Una defi-

¹² P. MONETA, *Stato sociale e fenomeno religioso*, Milano 1984, pág. 120.

¹³ *Op. últ. cit.*, pág. 58; en la edición citada, el texto constitucional aludido se indica, por error gráfico, como 16, 1.

ciente o incorrecta interpretación práctica de tal mandato constitucional es evidente que puede violar tanto la reconocida autonomía e independencia de las Confesiones religiosas, como el principio de ajenidad de lo religioso en la esencia y fines del Estado democrático moderno. Al tratarse, pues, de actividades esencialmente privadas —en el sentido de no estatales— la intervención del Estado en las legítimas manifestaciones religiosas de los ciudadanos puede, en principio, al igual que para las demás actividades o ejercicio de derechos, adoptar cualquiera de las modalidades anteriormente recordadas, de policía, fomento y servicio público, quedando vedada su incorporación o participación en la función pública en sentido estricto.

Pues bien, es dable ahora —y exigible en esta Ponencia, al constituir su objeto— poner en conexión la llamada asistencia religiosa, como actividad del Estado, con los tipos indicados por la común doctrina administrativa. Pero antes, aunque sea con brevedad, es necesario delimitar también el concepto o realidad político-jurídica de «asistencia religiosa».

Aunque sea uno de los más característicos temas del Derecho Eclesiástico, bien es sabido que el instituto de la asistencia religiosa carece de un tratamiento monográfico en la literatura jurídica española. Su elaboración fragmentaria, a través del estudio de algunas de sus manifestaciones, así como trabajos de aproximación —como el de MOLANO¹⁴—, y, sobre todo, teniendo en cuenta la sugerente y variada obra de los eclesiasticistas italianos, nos permite operar con un triple y gradual criterio interpretativo:

1.º Se puede considerar asistencia religiosa la tutela que el Estado moderno presta a los ciudadanos, en general, para que éstos puedan ejercer legítimamente sus derechos, individuales y colectivos, en materia religiosa. Desde este punto de vista, la función administrativa del Estado se relaciona más directamente con la llamada función de policía: no sólo tiene que garantizar el ejercicio de los derechos, sino que, en virtud del orden público, lo puede limitar o controlar en sus expresiones públicas. Se trata aquí de la ineludible coordinación de los derechos y de los deberes interrelacionados de todos los ciudadanos.

2.º Bajo otro significado, se entiende por asistencia religiosa la regulación por el Estado de los servicios y actividades que prestan las Confesiones religiosas, a las que puede legítimamente favorecer a través de la acción administrativa de fomento, puesto que son grupos sociales reconocidos por su finalidad de expresión y desarrollo de un derecho fundamental de los ciudadanos. De no existir mandato constitucional expreso, esta acti-

¹⁴ E. MOLANO, «La asistencia religiosa en el Derecho eclesiástico español», en *Persona y Derecho*, vol. XI (1984), págs. 211 y sigs. En el artículo correspondiente al vocablo «Assistenza religiosa» (en *Enciclopedia del Diritto*, vol. III, Milano 1958, págs. 796 y ss.), decía L. DE LUCA para presentar la bibliografía orientadora: «Non esistono trattazioni specifiche»; esto ya no puede ser afirmado en Italia, aunque sí en España.

vidad no es realizada en cumplimiento de una obligación, sino por una discrecional decisión política del Estado.

3.º Pero la intervención estatal plantea otro tipo de problemas en la asistencia religiosa considerada en un sentido estricto, esto es: la mediación del Estado en situaciones individuales o colectivas de imposibilidad, previsible dificultad o particular interés para el ejercicio ordinario y común de las actividades religiosas de determinados ciudadanos. En tales casos, si no es suficiente la función administrativa de policía o de fomento, podría el Estado operar con la técnica del servicio público, en el supuesto de que tal actividad fuese compatible —aunque no fuese propia— con su estructura y finalidades; y, además, que no se originara ningún quebranto en la incoercibilidad estatal del ejercicio del derecho de libertad religiosa, ni se atentase, total o parcialmente, contra la legítima autonomía de cualquier Confesión religiosa reconocida.

En las dos primeras acepciones, la asistencia religiosa por parte del Estado consiste en una simple, aunque positiva, tutela externa del sector socio-religioso, cuyo riesgo de abuso o de desviación de poder es evidente, a través del establecimiento de limitaciones o de ayudas arbitrarias o de carácter discriminatorio, cuando su otorgamiento no tiene fundamento constitucional y no pueden ser justificadas a tenor de un criterio de racionalidad, como mantiene tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español¹⁵. De modo bien distinto se muestra al juicio del jurista la asistencia religiosa si se le pretende aplicar la tipología del servicio público, en la que el Estado asume el ejercicio de esa actividad directamente o mediante el sistema de autorizaciones o concesiones. La legitimación o no de este supuesto es lo que vamos a afrontar.

Para ello debemos atender a la aplicabilidad o no a la asistencia religiosa estatal de cada uno de los elementos o notas comunes a cualquier especie de servicio público. Señalada ya su singular distinción de la estricta función pública de ejercicio de poderes y de fines exclusivamente estatales, las notas determinantes del servicio público son: la titularidad estatal, la utilidad de los ciudadanos como destinatarios del servicio y la reconocida necesidad o indispensabilidad de su objeto o contenido para la vida social y no para el Estado en sí mismo. De ellos, es el primero, el de la titularidad, el que plantea dificultades —acaso insalvables— para su admisión.

Es un principio administrativista que «la creación u organización de un servicio público se entiende en todo caso como perteneciente a la fa-

¹⁵ Vid., por ejemplo, sentencia de 29 de noviembre de 1985 del Tribunal Constitucional.

cultad discrecional de la Administración»¹⁶. No se trata de situaciones ocasionales, sino de prestaciones habituales y reguladas con precisas y específicas normas, que el Estado impone como exigencia una vez que asume esa concreta actividad mediante la *publicatio*: bien sea declarando formalmente su titularidad, bien sea estableciendo tan sólo la reglamentación que obliga a los particulares autorizados a desarrollar esa actividad de un modo predeterminado en la norma estatal. Si se priva al Estado de este título de creador u organizador, «el servicio público sería una cosa indefinible y, por tanto, un concepto inútil para el Derecho», como afirma ARIÑO¹⁷.

El sistema eclesiástico español muestra aspectos de esta titularidad en la figura de la asistencia religiosa, hasta en sus formas más cuestionables. Es cierto que ya no tienen cabida posible actos legislativos unilaterales como el de la Orden Ministerial de 11 de octubre de 1944, creando la Asesoría Eclesiástica de Sindicatos, en la que en su Preámbulo se decía que: «La Organización Sindical ha tomado sobre sí la tarea asignada históricamente a los Sindicatos confesionales, contribuyendo así conscientemente a dar eficacia a las consignas formuladas para gobernantes y para dirigentes sociales en las encíclicas y mensajes pontificios»; y en su capítulo I, artículo 2, establece el «fin expreso de recibir, incorporar y desenvolver la colaboración de la Iglesia en el seno mismo de la Organización Sindical en orden a su orientación social-cristiana. Pretende ser, además, un instrumento más de apostolado que se proporciona a la jerarquía eclesiástica para contribuir a su misión divina cerca de los productores». Y, por si esto fuera poco, en el artículo siguiente se prescribe que tiene «el carácter de oficio eclesiástico en el sentido lato, por lo menos, del canon 145»¹⁸. Así es el texto legal, nada menos: no sólo se asume en un organismo del Estado —cuyo contenido, los Sindicatos, a tenor de la propia doctrina social de la Iglesia, a la que pretende dar expreso cumplimiento, correspondería a la libre asociación y organización obrera— una tarea confesional, sino que se constituye estatalmente un «oficio eclesiástico» con referencia a una norma del ordenamiento canónico. Esto es un ejemplo —incluso con su técnica deficiente— de la confesionalidad, extinguida de manera formal al promulgarse la Constitución en 1978.

Sin embargo, todavía se presentan vestigios de este entramado de no fácil solución entre la titularidad sobre la organización y sobre el contenido del servicio. Valga este ejemplo reciente: en la jurisdicción eclesiástica castrense, dos años antes de dictarse por Decreto del Arzobispado Castrense —el 1 de mayo de 1982— la institución de los vicarios episcopales, ya habían sido designados así por la Orden Ministerial de Defensa, que

¹⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *op. ult. cit.*, pág. 68.

¹⁷ G. ARIÑO, *op. cit.*, pág. 45.

¹⁸ Vid. A. BERNÁNDEZ CANTÓN, *Legislación eclesiástica del Estado*, Madrid 1965, págs. 73 y sigs.; en la referencia al oficio eclesiástico, se escribe «nato», evidentemente por «lato».

determinaba la estructura y funcionamiento del Vicariato General Castrense y que constituía con ese título a los tenientes vicarios (unos 25 por aquel entonces)¹⁹.

En la práctica legislativa y administrativa se constata que la zona de convergencia entre el contenido y los meros aspectos organizativos externos es, en ocasiones, de difícil delimitación, sobre todo cuando se trata de instituciones con una larga tradición confesional o simplemente social y que, además, como de modo crítico señala TOZZI²⁰, viene influida en su fundamento e interpretación por una corriente de cultura jurídica ligada al esquema concordatario y de relación de poderes entre Iglesia y Estado.

Este es, en mi juicio, el punto crucial de esta cuestión. Si el Estado asume un deber de prestaciones de asistencia religiosa, con fundamento en la tradición secular de la sociedad española y en la coherencia constitucional —ya que no en una obligación en sentido expreso y preciso, que ésta no existe—, es necesario, no obstante, someter las actuaciones de los poderes públicos que establecen dichos servicios a un ponderado examen, sobre todo acerca de las normas —unilaterales o bilaterales— de constitución y aplicación.

Ahora bien, este título intervencionista del Estado no podría legitimarse en un modelo democrático, como el español, si el fenómeno religioso no admitiese un tratamiento simplemente objetivo e histórico, es decir, bajo una concepción antropológica, según la sugerencia genérica de VITALE²¹, en un proceso que el mismo autor denomina «*sdrammattizzazione della religione*», con la posibilidad de considerar las exigencias religiosas como exigencias sociales²². En este punto, me parece inatacable afirmar de las disposiciones constitucionales españolas lo mismo que CASUSCELLI considera acerca de las italianas, esto es, que de su atenta lectura se concluye que el interés religioso puede ser reconducido al cuadro de intereses que concurren al progreso espiritual de la sociedad²³. Pero, aún en este supuesto, la doctrina es unánime en afirmar que el contenido de ese eventual intervencionismo estatal no debe incluir como propia la actividad religiosa, ya que ésta se adscribe exclusivamente a los grupos confesionales reconocidos²⁴.

¹⁹ Vid. L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «Servicio religioso a las fuerzas armadas y servicio militar de los clérigos», en *Acuerdos Iglesia-Estado español en el último decenio*, Barcelona 1987, pág. 215.

²⁰ V. TOZZI, «L'assistenza spirituale fra libertà religiosa e principio partecipativo», en *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano 1981, pág. 1328.

²¹ A. VITALE, *Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, 3.ª ed., Milano 1984, pág. 406.

²² *Ibid.*, pág. 306.

²³ G. CASUSCELLI, *Post-confessionismo e transizione*, Milano 1984, págs. 31 y sig.; cita también a FINOCCHIARO al resaltar la inexistencia de justificación, ni teórica ni histórica, de la tesis de la absoluta incompetencia del Estado en el interés religioso.

²⁴ Vid. V. TOZZI, *op. cit.*, pág. 1285; aunque sea crítico en el modo, pues estima que debería existir más expresión participativa de los miembros, pero el hecho en sí es incontestable.

Por ello, en su estricta proyección jurídica, considero fundamentales estos presupuestos:

1.º El deber genérico, ya que no obligación expresa y precisa, con amparo constitucional, de prestar asistencia religiosa como responsabilidad del Estado, no ampara un título de éste para crear u organizar directamente un servicio religioso, sino para facilitar la prestación de tal servicio por las Confesiones legitimadas.

2.º Tampoco se puede entender como un servicio público de gestión por ente interpuesto —en este caso, el grupo religioso—, que daría lugar a una inadmisibles responsabilidad subsidiaria del Estado en el supuesto de incumplimiento de esta actividad por el ente religioso a modo de concesionario del servicio, si el ciudadano reclama por tal incumplimiento.

3.º En relación con los destinatarios, el servicio público de asistencia religiosa no puede dar origen a un derecho subjetivo que afectase a la prestación espiritual considerada en sí misma, y que facultase al ciudadano a instar su tutela ante los órganos del Estado.

Es evidente que si cualquiera de estas proposiciones no es compatible con la adopción de la técnica del servicio público, tal modalidad no sería aplicable a la asistencia religiosa estatal, en una concepción democrática con régimen de libertad de conciencia y de cultos. Pero aun en el caso de cumplir tales presupuestos, todavía cabe negar la congruencia de tal servicio público en base a razones menos axiomáticas.

El servicio de asistencia religiosa exige, por su propia naturaleza, una doble titularidad, al menos en el Estado democrático. Si el Estado no puede legislar, ni tener una directa actividad orgánica acerca del contenido mismo del servicios —esto es, sobre los actos religiosos en cuanto tales—, ni acerca de sus resultados —esto es, no puede admitir, ni siquiera a trámite, el recurso contra un cumplimiento insatisfactorio del servicio en cuanto a su objeto esencial—, se impone el acuerdo meramente externo con los grupos religiosos legítimos portadores del título específico del servicio religioso.

Esto nos conduce —y conduce al Estado— inevitablemente a la consideración del debatido problema de la representación de intereses religiosos. Si, de una parte, la inmediata funcionalidad de la asistencia religiosa —como se muestra evidente y ha estudiado bien TOZZI²⁵— consiste en atender las necesidades de las personas concretas; de otra parte, el Estado sitúa el fundamento de su intervención en la misma, no tanto o no sólo en esa referencia individual, sino en cuanto los ciudadanos son

²⁵ «L'assistenza religiosa come servizio della pubblica amministrazione fra principi costituzionali e revisione del concordato», en *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, 2, Napoli 1981, pág. 357; *Assistenza religiosa e diritto ecclesiastico*, Napoli 1986.

miembros de los grupos sociales con finalidad religiosa, lo que no implica —según destacó LARICCIA²⁶— un desconocimiento o infracción de los intereses individuales.

Con independencia de que la autoridad legítima —y legitimada ante el Estado— de los grupos sociales con finalidad religiosa actúe en representación de sus miembros o con un título que respalda un interés institucional —objeto, asimismo, de larga y compleja controversia, no extinguida—, lo cierto es que, atendiendo a la legislación española, es a los órganos de las Conferencias religiosas reconocidas a quienes *autoriza* el Estado, en determinados supuestos y con más o menos precisas garantías y ayudas, a fin de que puedan realizar en establecimientos o instituciones públicas actividades de carácter religioso, individual y colectivamente.

Con este acto de simple autorización —y no de concesión de un servicio— se subraya que la fórmula de cooperación por parte del Estado no implica —o debe no implicar— la integración orgánica, ni del Estado en las organizaciones religiosas, ni viceversa.

De modo menos radical, pienso que tampoco significa una coordinación de los organismos estatales y confesionales. Cierto es que esta relación coordinadora puede parecer no sólo posible, sino la concreta forma elegida en España. Estos serían, al menos, sus fundamentos:

1.º El artículo 4.2 del Acuerdo jurídico entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, establece que «el régimen de asistencia religiosa católica y la actividad pastoral de los sacerdotes y de los religiosos en los centros mencionados (es decir, penitenciarios, hospitales, sanatorios, orfanatos y centros similares, como dice en el párrafo anterior) que sean de carácter público serán regulados de común acuerdo entre las competentes autoridades de la Iglesia y del Estado».

2.º El Acuerdo sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, de la misma fecha, podría ser por sí mismo y enteramente un notorio ejemplo de tal coordinación, además de las concretas relaciones que prescribe para el nombramiento del Vicario general castrense o para el destino de los capellanes.

3.º El Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios públicos, de 24 de julio de 1985, entre el Gobierno —a través de los Ministros de Justicia y de Sanidad y Consumo— y el Presidente de la Conferencia Episcopal —autorizado por la Santa Sede—, del cual dice MOLANO que «en los términos utilizados por el Acuerdo —«servicio u organización» —trata de destacarse, efectivamente, el carácter orgánico que debe tener la inserción del servicio dentro del Hospital, y su articu-

²⁶ S. LARICCIA, «La rilevanza giuridica dell'interesse religioso», en *La legislazione ecclesiastica*, Milano 1967, pág. 321.

lación coordinada con el resto de los servicios hospitalarios, en evitación de que sea una especie de «quiste» ajeno a la estructura y funciones internas del centro»²⁷.

Todo esto es cierto y es incuestionable que el Estado español propicia, en la regulación positiva realizada, este modelo de servicio de asistencia religiosa integrado en la organización hospitalaria, penitenciaria, de beneficencia y, sobre todo, de las Fuerzas Armadas. Pero esto requiere un análisis más ponderado.

En efecto, podría parecer que nos encontramos ante la pretensión de configurar una especie más de esas, a mi modo de ver, mal llamadas «materias mixtas», es decir, aquello que es de «interés común» al Estado y a la Iglesia —o Confesión religiosa, en general— y sobre lo que convergen o son cumulativos dos poderes independientes, que pactan a fin de lograr de modo más justo tal común interés. Estimo, sin embargo, que la doble titularidad que se ejerce en la técnica de asistencia religiosa no se explica con acierto y adecuadamente recurriendo a tales fundamentos. Ni el título sobre las actividades religiosas es compartido, ni el interés protegible es común. Se trata, más bien, de distintas titularidades, que corresponden a distintos y no comunes intereses. Por ello, la decisión adoptada de coordinarlos unitariamente parece, al menos, encontrar su único apoyo en motivaciones de índole política y no estricta o directamente jurídicas, lo que no implica que sean injustas o erróneas, pues pueden ser las más adecuadas *hic et nunc*; pero este marco circunstancial condiciona el juicio que se emita sobre su existencia.

Así, cuando se intenta fundamentar esa correlación orgánica del servicio religioso con las Fuerzas Armadas, se afirma que la jerarquización de los capellanes y su vinculación administrativa con el Ministerio de Defensa y, por tanto, del servicio mismo, es conveniente por razones de prestigio para actuar en un cuerpo social esencialmente jerarquizado. Incluso, según MOSTAZA²⁸, «otra razón más nada despreciable, a favor de dicha asimilación jerárquica es de índole económica, como nos demuestra la historia». Ciertamente, y téngase a modo de anécdota, ya decía SANCHO DE LONDOÑO —capitán de los Tercios— en su «Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado», que para que los capellanes de los Tercios sean buenos sacerdotes es imprescindible que tengan buena paga, que los que acuden «por tres escudos» —suelo de los

²⁷ E. MOLANO, «La asistencia religiosa en los hospitales públicos», en *Actualidad administrativa*, núm. 20 (1987), pág. 1144. Asimismo, J. GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, «Asistencia religiosa en los centros hospitalarios», en *Acuerdos Iglesia-Estado español en el último decenio*, Barcelona 1987, pág. 87.

²⁸ A. MOSTAZA, «Organización de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas», en *Los Acuerdos entre la Iglesia y España*, Madrid 1980, pág. 669, en nota.

capellanes al final del reinado de Felipe II, igual que el pífano y los atabaldos— es de creer que «son idiotas e irregulares»²⁹.

Ahora bien, se puede admitir que la razón se acomoda a una realidad socio-cultural existente; pero no es menos cierto que tal realidad se manifiesta carente o deficiente en los valores que se trata de proteger y desarrollar: el propio valor religioso y el de simple y estricto respeto a un derecho fundamental, que no debería precisar motivaciones adventicias. Tales razones de relación interna con el propio servicio o función estatal —además de las económicas— afectan también al cuerpo de capellanes de prisiones y justifican su integración funcional, aunque sin las connotaciones de la jerarquía militar.

En referencia a los capellanes de centros sanitarios, considera GIMÉNEZ MARTÍNEZ DE CARVAJAL que su regulación positiva es defectuosa, en el Acuerdo suscrito, por la no equiparación plena de los capellanes con el resto del personal hospitalario, incluso aduciendo que es un reflejo de cierto anticlericalismo³⁰. Estimo, sin embargo, que en este Acuerdo y en los Convenios posteriores que lo desarrollan —unos de ámbito nacional y otros de Comunidades Autónomas y locales— se puede apreciar una notable voluntad integradora del servicio religioso en el conjunto del sistema de atención al enfermo y, donde sea requerido, del personal hospitalario. Cuestión distinta es su regulación en cuanto viene exigida por un tratamiento particularizado, pues es evidente y natural la atipicidad del personal de la asistencia religiosa en relación con el esquema tradicional del empleo público, no sólo por su específico contenido, sino también por su doble y necesaria dependencia institucional. En todo caso, esta situación se distingue netamente de la que rige en los supuestos de las Fuerzas Armadas y organización penitenciaria, pues en los servicios sanitarios el Estado puede adoptar los criterios de la empresa o actividad privada y admitir la integración del servicio religioso sin comprometer su propia estructura esencial, lo que no es factible en la organización de las instituciones correspondientes a esta estructura, como son el Ejército y el sistema penitenciario.

Así, pues, convengo con ROBERT³¹ en la calificación de «ambigua» para la figura del capellán militar, incluso en el ordenamiento francés, que tiene una concepción más flexible del servicio público a fin de no impedir,

²⁹ *Ibid.*

³⁰ J. GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, *op. cit.*, pág. 98: confía en que desaparezcan «los últimos vestigios de anticlericalismo y consecuente discriminación del personal religioso».

³¹ J. ROBERT, *La liberté religieuse et le régime des cultes*, Paris 1977, pág. 152; en la pág. 137: «La conception française admet que l'organisation même du service public soit conçue de manière à permettre et même à faciliter la pratique du culte par chacun.» En cuanto a los capellanes militares, BELLINI afirma que constituyen un «estado jurídico mixto» (*Principi di diritto ecclesiastico*, ed. agg., Milano 1976, pág. 216).

sino facilitar la práctica del culto a cualquier ciudadano en conexión con tales servicios. Piensa IBÁN, por su parte, que este sistema variaría con un cambio de fundamentación, desplazando el derecho de presencia de una concreta confesión y fijando su apoyo tan sólo en el derecho del individuo a recibir dicha asistencia³². Es cierto que la relación institucional y no la personal se muestra predominante en las regulaciones de asistencia religiosa conocidas, no sólo en la española, y me parece que es un hecho inevitable. Sea el punto de partida o el de llegada —aun no siendo indiferente su estudio—, la asistencia religiosa en las instituciones públicas tiene que dar adecuada respuesta jurídica a la presencia y actividad del propio personal que realiza dicha asistencia. La realidad de las Confesiones socialmente organizadas y legitimadas y, además, los propios individuos que reclaman de ellas —no del Estado— esos servicios, es lo que ampara su reconocimiento constitucional. Por ello, aunque no sólo parezca, sino que es realmente un criterio reductor de tan complejo tema, la regulación jurídica de la presencia oficial —es decir, en cuanto a su oficio propio— del personal de dicha asistencia es un hecho que impone el mismo elemento religioso tal como existe en la sociedad, sin que obren razones en el Derecho para tachar tal *factum* de ilegítimo. Es más, no tiene por qué ser desacertado admitir que si algún interés de índole administrativa tiene el Estado en esta intervención es justamente para establecer un control legal de estas actividades. Acaso pudiera ser este juicio estimado como maquiavélico y provocar el «legítimo fastidio» a que aludió VITALE acerca de los que no quieren en modo alguno atender a la instrumentalización de lo religioso; dice él que tales personas son inscribibles en la asociación de las almas nobles y bellas, que no perciben —o fingen no percibir— la realidad³³.

El tiempo impone, finalmente, que exponga unas conclusiones. Se evidencia en esta exposición que no me he propuesto un análisis pormenorizado de las normas existentes en el Derecho español, sobre todo las de fuente bilateral, que convengo con MIRABELLI³⁴ en que es la más adecuada y democrática —aunque están presentes aquí quienes piensan, con todo derecho, lo contrario—. Tales estudios de las normas españolas vigentes

³² I. C. IBÁN y L. PRIETO SANCHÍS, *Lecciones de Derecho eclesiástico*, 2.ª ed., Madrid 1987, pág. 217.

³³ A. VITALE, «Assistenza spirituale ed esigenze religiose», en *Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede*, Milano 1987, pág. 390.

³⁴ C. MIRABELLI, «Accordo quadro e quadro concordatario: brevi riflessioni preliminari», en *Vitam impendere vero. Studi in onore di Pio Ciprotti*, Roma 1986, págs. 137 y sig.; a esta necesidad de atender por el Estado, con los instrumentos técnicos adecuados, el hecho de que la regulación del interés religioso tiene unas exigencias previas desde las aspiraciones de la propia base social, vid. S. BERLINGÒ, *Il potere autorizzativo nel diritto ecclesiastico*, Milano 1974. Otra vía de acceso al tratamiento y tutela de la asistencia religiosa por el Estado puede provenir del ámbito internacional: así, por ejemplo, los Convenios de Ginebra de 18 de agosto de 1949, que la exigen a los Estados signatarios en relación con los prisioneros de guerra, personas civiles en tiempo de guerra, o heridos y enfermos en campaña.

están realizados no sólo en los Manuales —LÓPEZ ALARCÓN, IBÁN, REINA...—, sino con ese contenido específico, como los de MOSTAZA, IRIBARRÉN y MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, sobre asistencia a las Fuerzas Armadas, o los de GIMÉNEZ MARTÍNEZ DE CARVAJAL, MOLANO y FERNÁNDEZ ARRUTY, acerca de la asistencia en centros sanitarios. El trabajo expuesto ahora sólo ha pretendido expresar una reflexión personal sobre el tema, que no sé si habrá llegado, al menos, a ser el «caos de ideas claras» de que hablaba VOLTAIRE.

Estas pueden ser, no obstante, mis conclusiones:

1.^a Me parece más ajustado a la propia naturaleza del hecho socio-religioso que el Estado opere en él tan sólo con las técnicas administrativas llamadas de policía y fomento, puesto que su función en esta materia no consiste en ordenar, sino en garantizar un determinado servicio o actividad de los ciudadanos.

2.^a En las estructuras propias y exclusivas del Estado es necesario que no exista integración orgánica de los servicios religiosos. Cuando sea preciso, en razón de los derechos constitucionalmente reconocidos de los individuos y de los grupos religiosos, una conexión de este tipo de servicios debe hacerse mediante un simple y bien garantizado sistema de facilitar —y no de integrar— la prestación de esta actividad religiosa.

3.^a Cuando se trata de instituciones o de actividades incluidas en la compleja técnica del servicio público, el instituto jurídico de la asistencia religiosa estatal debe operar no como un específico servicio público él mismo, sino como un aspecto más de aquél, posibilitando la legislación y la intervención administrativa del Estado que se establezcan entre los responsables —ya sean organismos del Estado, ya sean particulares que gozan de la autorización o concesión del servicio público— y los grupos religiosos interesados los oportunos conciertos para realizar esa prestación.

Por último, séame permitido, ante el más o menos acertado uso de estos conceptos, recordar la prudencial advertencia del administrativista ALEJANDRO NIETO, al decir que «el jurista tiende a vivir aferrado a conceptos que supone inmutables, sin percatarse de que con harta frecuencia está manejando caparazones de moluscos que se extinguieron hace tiempo»³⁵.

³⁵ A. NIETO, «El Derecho como límite del poder en la Edad Media», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 91 (1980), págs. 7 y sigs. (en «34 artículos seleccionados de la *Revista de Administración Pública* con ocasión de su centenario», Madrid 193, pág. 1042).