

PRESUPUESTOS Y REGULACION DE LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS FUERZAS ARMADAS

JOSE M. MARTI
Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO

0. PRELIMINARES.

PARTE I.

1.1. FUNDAMENTACIÓN DE LA ASISTENCIA RELIGIOSA.

- 1.1.1. *Los principios del Sistema de Derecho eclesiástico español: la cooperación del Estado con la libertad religiosa.*
- 1.1.2. *Fricciones entre marco constitucional y asistencia religiosa.*
- 1.1.3. *El interés estatal en lo religioso como explicación última de la asistencia religiosa.*

1.2. CONCEPTO DE ASISTENCIA RELIGIOSA.

1.3. ESTUDIO PARTICULARIZADO DEL SUJETO PASIVO DE LA ASISTENCIA.

- 1.3.1. *Circunstancias e índole (individual o colectiva) del sujeto.*
- 1.3.2. *La asistencia religiosa como derecho subjetivo de doble titularidad.*
- 1.3.3. *Respuesta a las objeciones doctrinales contra un derecho subjetivo a la asistencia religiosa.*

1.4. INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y ASISTENCIA RELIGIOSA.

- 1.4.1. *La asistencia religiosa como servicio público.*
- 1.4.2. *Admisibilidad e inconvenientes de la técnica del servicio público y de la integración orgánica.*

PARTE II: LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS FUERZAS ARMADAS.

2.1. LA ASISTENCIA EN EL DERECHO COMPARADO: LOS MODELOS ITALIANO, FRANCÉS Y ALEMÁN.

2.2. ANTECEDENTES DE DERECHO ESPAÑOL.

- 2.2.1. *Origen y evolución de la asistencia espiritual católica y de la religiosa, a los miembros de las Fuerzas Armadas, hasta su supresión.*
- 2.2.2. *Restablecimiento y nueva organización de la asistencia espiritual católica y religiosa a las Fuerzas Armadas hasta la Constitución de 1978.*

2.3. LOS ACUERDOS DE 1979 ENTRE EL ESTADO ESPAÑOL Y LA SANTA SEDE Y LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS FUERZAS ARMADAS

- 2.3.1. *Valoración y constitucionalidad.*
- 2.3.2. *El Acuerdo sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas.*

- 2.4. **NORMAS DE DESARROLLO.**
 - 2.4.1. *Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y de cada uno de los Ejércitos.*
 - 2.4.2. *El problema de la integración de la asistencia católica en las Fuerzas Armadas: planteamiento.*
 - 2.4.3. *La integración orgánica del Cuerpo de capellanes en la sentencia del T.C. del 13 de mayo de 1982.*
 - 2.4.4. *Las actividades de los capellanes.*
- 2.5. **NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS.**
 - 2.5.1. *Antecedentes a la Ley Reguladora del Régimen de Personal Militar Profesional.*
 - 2.5.2. *La Ley Reguladora del Régimen de Personal Militar Profesional.*
 - 2.5.2.1. El *status* de quienes permanezcan en los Cuerpos eclesiásticos de los tres Ejércitos.
 - 2.5.2.2. El servicio de Asistencia Religiosa: principios.
 - 2.5.2.2.1. El personal adscrito.
 - 2.5.2.2.2. Naturaleza de la relación de servicios.
 - 2.5.2.2.3. El régimen jurídico.
 - 2.5.2.2.4. Examen particular del régimen disciplinario de los miembros del Servicio.
- 2.6. **LOS ACUERDOS FIRMADOS CON LA FEDERACIÓN DE ENTIDADES RELIGIOSAS EVANGÉLICAS DE ESPAÑA Y DE COMUNIDADES ISRAELITAS DE ESPAÑA, Y CON LA COMISIÓN DE COMUNIDADES ISLÁMICAS DE ESPAÑA.**
 - 2.6.1. *La modalidad de asistencia religiosa establecida por los Acuerdos con confesiones distintas de la Iglesia Católica.*
 - 2.6.2. *El régimen jurídico de los ministros de culto que prestan la asistencia religiosa.*
- 2.7. **LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS FUERZAS ARMADAS PARA LAS CONFESIONES SIN ACUERDO.**

PARTE III: CONCLUSIONES.

0. PRELIMINARES

La asistencia religiosa es una institución clave para la comprensión de cualquier sistema de Derecho eclesiástico. La regulación adoptada por el legislador nos ofrece un dato muy significativo en orden a calificar el modelo de relación del Estado con el fenómeno religioso¹.

Junto a los presupuestos políticos que condicionan la organización de la asistencia religiosa, o su no inclusión, en el sistema de Derecho eclesiástico, están las *circunstancias sociales* que, sumadas a los anteriores, darán el perfil definitivo al modelo de asistencia religiosa diseñado. Es decir, que «il consenso più diffuso che una confessione religiosa può vantare rispetto ad altre nell'ambito comunitario» puede jugar en el sentido de propiciar una estructuración de la asistencia religiosa permanente (interna) cuando se trate de confesiones muy extendidas, y externa cuando no².

Consecuentemente, sobre el dato del notorio arraigo en España de las confesiones, fijado para firmar acuerdos de cooperación con el Estado (art. 7, 1, de la L.O.L.R.), se podría establecer la proporción de la asistencia religiosa, sin poner en peligro el principio de igualdad y no discriminación³.

Dentro de la relevancia que, por las razones expuestas, atribuimos a la asistencia religiosa, destaca el significado de *la prestada a las Fuerzas Armadas*, toda vez que es la «manifestación paradigmática»⁴ de aquélla. Por ello, nuestro trabajo, sentadas unas nociones generales, que ocuparán la primera parte, profundizará, a lo largo de la segunda, en la asistencia

¹ En efecto, se ha afirmado que «... la asistencia religiosa pone en juego *toda la normativa del Derecho Eclesiástico*» (E. MOLANO, «La asistencia religiosa en el Derecho Eclesiástico del Estado español», en *Persona y Derecho*, 11 [1984], 212), y que «*las soluciones concretas que se den a los problemas que plantea la asistencia religiosa nos podrán servir de pauta para medir la calidad de nuestro Derecho Eclesiástico*» (*ibid.*, pág. 244).

² C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose. Il regime pattizio*, Bologna 1988, pág. 137. Es posible que esta mayor relevancia social implique, como reverso de la moneda, un control sobre las confesiones mayoritarias que no existe para la minorías (*ibid.*, pág. 138).

³ E. MOLANO, *o. c.*, pág. 236.

⁴ A. MARTÍNEZ BLANCO, *Derecho eclesiástico del Estado*, II, Madrid 1993, pág. 297.

religiosa a las Fuerzas Armadas tal y como hoy queda fijada por las disposiciones más recientes.

Con carácter previo es necesario precisar dos conceptos para distinguirlos entre sí. Primeramente el de *asistencia religiosa*, que significa propiamente la acción del Estado para establecer las condiciones o infraestructura adecuada a fin de que puedan recibir asistencia espiritual directa los ciudadanos de sus respectivas confesiones⁵. Por otra parte, la *asistencia espiritual* vincula al fiel y su confesión o a aquél y los respectivos ministros sagrados⁶. La relación que surge de la asistencia espiritual interesa principalmente al ordenamiento confesional y vendría a designar «el conjunto de actividades y servicios que las confesiones religiosas prestan a sus miembros para la satisfacción de sus fines religiosos»⁷.

Sobre esta distinción conceptual —entre asistencia religiosa y asistencia espiritual— se articulará la exposición que sigue.

PARTE I

1.1. FUNDAMENTACIÓN DE LA ASISTENCIA RELIGIOSA

1.1.1. *Los principios del Sistema de Derecho eclesiástico español: la cooperación del Estado con la libertad religiosa*

El Estado español viene caracterizado por los adjetivos de social, democrático y aconfesional (cfr. arts. 1, 1; 9, 2 y 16, 3, de la Constitución). Esta configuración se descompone en varios principios bien conocidos y estudiados por la doctrina: libertad religiosa, igualdad⁸ y laicidad⁹.

Completa la lista el principio de *cooperación*, cuyo fundamento es el precepto constitucional que impone al Estado potenciar la libertad, la igualdad, así como la participación social, cultural... (art. 9, 2, y 16, 3, de la Constitución). Esta labor ha de realizarse sobre la base de intereses co-

⁵ M. LÓPEZ ALARCÓN, «Asistencia religiosa», en R. NAVARRO-VALLS (coordinador), *Derecho Eclesiástico del Estado*, Pamplona 1993³, pág. 370.

⁶ *Ibid.*, pág. 372.

⁷ A. MARTÍNEZ BLANCO, *o. c.*, pág. 297.

⁸ El principio de igualdad se traduce y se concreta para el legislador en la *no discriminación*. «La discriminación es, pues, la diferencia de trato legal que carece de fundamento, que no es razonable, y debe partirse de que nunca será razonable una distinción legal que altere el patrimonio jurídico básico, es decir, los derechos fundamentales, pues la igualdad es ante todo igualdad de derechos» (M. MORENO ANTÓN, *El principio de igualdad en la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*, Salamanca 1989, pág. 76).

⁹ Sobre la formulación terminológica de este último principio hay vacilaciones, aunque lo que importa más es su contenido: «que nuestra Constitución reconoce la *autonomía e independencia mutuas* que han de existir entre el Estado y las Confesiones religiosas» (E. MOLANO, *o. c.*, págs. 237-238, nota 46).

munes a ambas partes y por lo mismo no estrictamente confesionales, pues éstos son ajenos al Estado español.

La asistencia religiosa, como el mismo término *asistencia* indica¹⁰, se inserta en este radio de acción estatal¹¹; sin la colaboración estatal que allana los obstáculos que «impidan o dificulten» el ejercicio de la libertad religiosa (art. 9, 2, de la Constitución), algunos ciudadanos no podrían verla satisfecha¹². Esta circunstancia podría suponer la reversión competencial de su regulación al *ámbito autonómico*¹³.

1.1.2. Fricciones entre marco constitucional y asistencia religiosa

La *laicidad* del Estado no plantea dificultades, por cuanto no se trata tanto de una valoración positiva de lo religioso como de la promoción de la personalidad —principio de orden público según el art. 10, 1— al que la promoción de los grupos queda supeditada (art. 9, 2)¹⁴.

Más difícil respuesta tiene la *desigualdad* —discriminatoria— que puede deslizarse en el diferente trato que se da a aquellos individuos con una creencia religiosa, a los que se les facilitan medios para difundir su fe, com-

¹⁰ Sobre él precisa G. FUENTES que «a más de significar auxiliar, puede enlazarse con el *munus*, oficio público, que si bien en sus orígenes aparece como ejecutor de funciones de control, éstas vienen derivando en la actualidad, sin perder algo de su carácter de oficio público, a configurarse como prestaciones, en el sentido de auxiliar el desarrollo de una determinada actividad que, por circunstancias intrínsecas, no pueden ejercitar sus destinatarios». G. FUENTES, «Laicidad del Estado y derecho a la asistencia religiosa», en *A.D.E.E.* (1987), 302; E. MOLANO, *o. c.*, pág. 216. Hoy a esta labor de la Administración tiende a llamársele «acción social» (cfr. J. L. BELTRÁN AGUIRRE, *El régimen jurídico de la acción social pública*, Oñati 1992, págs. 39 y sigs.).

¹¹ «En el ámbito del Derecho Eclesiástico, la asistencia religiosa es el campo en el que adquiere todo su sentido el artículo 9, 2, de la Constitución, y la interpretación que del mismo hace el T.C. en relación con la igualdad jurídica del artículo 14» (M. MORENO ANTÓN, *o. c.*, pág. 94; A. MARTÍNEZ BLANCO, *o. c.*, pág. 301, nota 13).

¹² M. LÓPEZ ALARCÓN, «El interés religioso y su tutela por el Estado», en *VV.AA.*, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona 1983², pág. 565; L. DE LUCA, voz «Asistencia religiosa», en *Enciclopedia del Diritto*, III, Varese 1958, págs. 796-797.

¹³ En efecto, el artículo 148, 1, 20.^a, estipula que pueden ser asumidas competencias por las Comunidades Autónomas en materia de «asistencia social», lo que ha ocurrido, según especifican todos los Estatutos de Autonomía. así como dieciséis leyes regionales de acción social ya aprobadas en 1992 —tan sólo estaba pendiente la de la Comunidad de Cantabria— (cfr. J. L. BELTRÁN AGUIRRE, *o. c.*, págs. 111-115). En estos textos no hay declaraciones expresas sobre la asistencia religiosa, lo que puede deberse o bien a que esta asistencia no sea asumida por los órganos de gobierno autonómicos o bien a que se haya conceptualado como complementaria y subsumida en servicios públicos más amplios —idea que propone JUAN CALVO, «La asistencia religiosa como servicio público: la colaboración del Estado», en *A.D.E.E.*, 4 (1988), 149—, siguiendo, en consecuencia, el régimen de éstos.

¹⁴ I. C. IBÁN, «Asistencia religiosa y Fuerzas Armadas», en L. PRIETO-C. BRUQUETAS (eds.), *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Madrid 1986, págs. 522-524; D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid 1991², págs. 231 y sigs. Una postura más colectivista en: M. LÓPEZ ALARCÓN, «El interés religioso y su tutela por el Estado», pág. 513; A. GIRÁLDEZ, «Consideraciones sobre la reforma del régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas», en *Ius canonicum*, 22 (1982), 175.

parativamente al que reciben los ateos que excluyen de su concepción del mundo la existencia de un Ser Supremo.

IBÁN, que se planteó con agudeza el problema¹⁵, cree imposible un control de la asistencia religiosa para que en ella no se den actividades proselitistas, y no ve otra salida, para dejar intacta la libertad religiosa, que permitir que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, las diversas «concepciones del universo» puedan ser difundidas, y en el caso —que él considera excepcional y subsidiario— en que haya que contratar al ministro, remunerándolo con fondos públicos, hay que optar por supeditar la igualdad a la libertad religiosa entendida en su acepción positiva¹⁶.

1.1.3. *El interés estatal en lo religioso como explicación última de la asistencia religiosa*

La fundamentación de la asistencia religiosa sobre la base de la libertad religiosa y la cooperación estatal se cuestiona porque la asistencia religiosa aparece en muy diversos modelos de Estado, a lo largo del tiempo y a lo ancho de la geografía. IBÁN piensa que «la única razón real de la existencia de la asistencia religiosa en nuestro país en la actualidad, es que ésta existía con anterioridad»¹⁷. Y concluye que la asistencia religiosa se mantiene porque, más en el pasado que hoy, es un instrumento que indirectamente sirve para el control social¹⁸.

Efectivamente, hoy, a causa de los criterios inspiradores de los poderes políticos, no es excepcional que las confesiones muestren su desacuerdo con las iniciativas de aquéllos y viceversa¹⁹. Tampoco faltan puntos de mutuo interés si se admite que determinados valores religiosos refuerzan valores castrenses o contribuyen a la rehabilitación de internos en centros penitenciarios²⁰.

Este enfoque colorea la *normativa penitenciaria* que considera la participación de los internos en las actividades o responsabilidades de orden religioso apta para «inculcar en los mismos sentimientos de solidaridad

¹⁵ I. C. IBÁN, *Asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*, págs. 532 y sigs. y 551-552.

¹⁶ *Ibid.*, págs. 552-553 y nota 136.

¹⁷ I. C. IBÁN-L. PRIETO SANCHIS-A. MOTILLA, *Curso de Derecho eclesiástico*, Madrid 1991, pág. 437.

¹⁸ I. C. IBÁN-L. PRIETO SANCHIS-A. MOTILLA, *o. c.*, págs. 439-442. Esto es muy claro en el caso de las Instituciones penitenciarias: las prácticas religiosas fueron consideradas como elemento esencial para la reeducación de los detenidos y los capellanes tenían competencias de control. Juicio válido tanto para la situación española como para la italiana (cfr. C. CARDIA, *o. c.*, págs. 274-275).

¹⁹ Sobre la actitud evasiva o crítica de la Iglesia Católica respecto a las autoridades civiles: ASAMBLEA PLENARIA DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, *La verdad os hará libres*, 20 de noviembre de 1990, núm. 7; 13... En Francia: L. DE VAUCELLES, «La laïcité en France. Approche historique», en *Culture-religion et citoyenneté, la laïcité à l'épreuve de l'immigration*, Paris 1985, pág. 24; L. DE NAUOIS, «La consessionalité de l'Etat en droit Français», en *L'année canonique*, 26 (1972), págs. 270 y sigs.

²⁰ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, págs. 375 y 396.

que les hagan considerarse miembros activos de la sociedad, descartando toda idea de marginación» (art. 135 del R.D. 1.201/1981, de 8 de mayo, que aprueba el Reglamento Penitenciario)²¹. Por ello se pide al capellán del centro, en el artículo 293, 2, 6.^a, del Reglamento penitenciario, y más en el artículo 84, 2, del R.D. 3.331/1978, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, una colaboración con las autoridades que puede condicionar el futuro penitenciario del recluso.

Esta investidura de funciones públicas a un ministro de culto, en el desempeño de su ministerio religioso, parece contrario al principio de laicidad y al de cooperación —en cuanto que éste presupone que «el interés religioso no puede ser estatal en sentido estricto»²²— y compromete la libertad religiosa de los internos²³.

1.2. CONCEPTO DE ASISTENCIA RELIGIOSA

En un sentido generalísimo, DE LUCA definía la asistencia religiosa como cualquier ayuda proporcionada por el Estado para la satisfacción de los intereses religiosos de los ciudadanos²⁴. Tres son, pues, las notas que la caracterizan: 1.^a) ayuda prestada por el Estado (sujeto activo-prestador)²⁵; 2.^a) supone un beneficio, una ayuda en materia religiosa (contenido); 3.^a) a los ciudadanos (sujeto pasivo-destinatario).

Sin embargo, la doctrina científica suele añadir otro requisito que cir-

²¹ Objetivo equivalente, según se deduce de otros preceptos (art. 25, 2, de la Constitución; 1, 1, de la Ley General Penitenciaria, y 237 del Reglamento), «a desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general», como dice el último de los artículos mencionados. Un comentario de este *fin primordial* de las instituciones penitenciarias, en F. BUENO ARÚS, «Estudio preliminar» en C. GARCÍA VALDÉS, *La reforma penitenciaria española. Textos y materiales para su estudio*, Madrid 1981, págs. 11-14.

²² JUAN CALVO, o. c., pág. 139; E. MOLANO, o. c., pág. 217. El T.C. interpreta que el artículo 16, 3, de la Constitución «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales» (S. 24/1982, de 13 de mayo, f.j. 1.º).

²³ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, o. c., págs. 952-953. Respecto a la asistencia religiosa católica a los establecimientos penitenciarios se advierte que se atenderá a los artículos 2 y 3 de la L.O.L.R., y en cuanto a su contenido se incluye la «colaboración en la humanización de la vida penitenciaria» (art. 2 del Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los establecimientos penitenciarios, de 20 de mayo de 1993). Aunque el marco de la L.O.L.R. debe ser siempre respetado, y no sólo para la asistencia religiosa aquí establecida.

²⁴ L. DE LUCA, o. c., pág. 796.

²⁵ En este punto nos separamos de la terminología empleada por E. MOLANO, o. c., página 232, quien, invirtiendo la perspectiva por nosotros adoptada (cfr. J. L. BELTRÁN AGUIRRE, o. c., págs. 199 y sigs.), entiende que sujeto pasivo de la obligación de prestar la asistencia no puede ser otro que el Estado y todos los entes públicos que de él dependen. Esta opción es consecuencia de no separar, con expresiones adecuadas, «los servicios y actividades de atención, que las Iglesias y Confesiones religiosas prestan a sus miembros para la realización de los fines religiosos» —a lo que nosotros llamamos asistencia espiritual—, «de la *regulación* que de esos servicios y actividades hace el *Derecho del Estado*», o, según nuestra terminología, asistencia religiosa (cfr. E. MOLANO, o. c., pág. 214).

cunscribe la asistencia a sólo aquellos ciudadanos que se encuentran en *situación de desventaja*²⁶, es decir, que dependen de o están sujetos por especiales vínculos²⁷.

Generalmente se sostiene que son tres las circunstancias en que se da esta sujeción especial: internamiento en un centro hospitalario, reclusión en un establecimiento penitenciario y pertenencia a las Fuerzas Armadas²⁸. En este caso los miembros de las Fuerzas Armadas reciben esa asistencia o bien como una contraprestación a su servicio —si son profesionales—, o, de estar cumpliendo el servicio militar, en concepto de compensación por haber mermado su libertad religiosa anterior²⁹.

Próxima a estas situaciones de sujeción por internamiento, el Derecho español recoge otros supuestos de *asistencia religiosa impropia* en la que «concurren razones de oportunidad para que la asistencia espiritual se preste como complementaria de la enseñanza religiosa en los centros públicos docentes», esta asistencia también podría producirse con ocasión de circunstancias que dificultan el acceso o comunicación con los ministros del propio culto (emigrantes, turistas, asilos...) ³⁰.

La concepción apuntada entiende por asistencia religiosa «la acción del Estado para establecer las condiciones o infraestructura adecuada a fin de que puedan recibir asistencia espiritual directa de sus respectivas confesiones los ciudadanos que tienen disminuidas las posibilidades de recibirla por encontrarse internados en centros caracterizados por un régimen de especial sujeción» ³¹.

Queda así descrito, en líneas generales, en qué consiste la asistencia religiosa, quiénes intervienen en ella, y su fundamentación: garantizar la satisfacción de los intereses religiosos. Pasamos, acto seguido, al examen particularizado de los sujetos y su modo de actuar en la asistencia reli-

²⁶ I. C. IBÁN, «Asistencia religiosa y Fuerzas Armadas», págs. 525 y sigs.; G. FUENTES, *o. c.*, pág. 303.

²⁷ Frecuentemente la doctrina científica habla de «relaciones de especial sujeción», para referirse a las situaciones de desventaja a que aquí aludimos. Con ello se asume un concepto de Derecho administrativo que tiene el inconveniente de su poca concreción y de la amplitud con que puede ser concebido —algunos autores lo extienden a la utilización de establecimientos públicos (museos...) y servicios de transportes, por ejemplo—, que desborda los límites que en Derecho eclesiástico se quieren dar al término. Sobre estas relaciones y sus caracterización: A. GALLEGO ANABITARTE, «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración», en *Rev. de la Administración Pública* (1961), págs. 24-26 y concordantes.

²⁸ Basten, por todos: M. MORENO ANTÓN, *o. c.*, pág. 14; E. MOLANO, *o. c.*, pág. 227.

²⁹ I. C. IBÁN, *Asistencia religiosa y Fuerzas Armadas*, págs. 527-528.

³⁰ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, pág. 370.

³¹ *Ibid.*, pág. 370. Para D. LLAMAZARES la asistencia religiosa estatal en sentido estricto es: «la acción del Estado destinada tanto a eliminar los obstáculos esenciales que afectan a algunos de sus ciudadanos (bien por una situación de hecho como la enfermedad, bien como consecuencia de estar cumpliendo alguna especial obligación para con el Estado) para el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, así como a fomentar y promocionar la misma de modo que sea real y efectiva, sin discriminación respecto al resto de los ciudadanos» (D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *o. c.*, pág. 932).

giosa, cuestión compleja que pide ser dilucidada antes de acometer el estudio de cualquier regulación concreta del instituto.

1.3. ESTUDIO PARTICULARIZADO DEL SUJETO PASIVO DE LA ASISTENCIA

1.3.1. *Circunstancias e índole (individual o colectiva) del sujeto*

Frente a la postura comentada, que es la mayoritaria³², interesan otras que matizan el requisito de especial sujeción, y de que la provoque el Estado. Se señala que la sujeción en los hospitales es muy distinta a la que existe en las Fuerzas Armadas y en los centros penitenciarios, además cabe también que el Estado se interese porque en los *establecimientos privados* (hospitalarios...), se preste la debida asistencia religiosa a los internos³³.

Aunque esta extensión al terreno privado no satisface a todos³⁴, se ha de admitir, al menos en Derecho español, a juzgar por el artículo IV, 1, del Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre el Estado Español y la Santa Sede³⁵.

GONZÁLEZ DEL VALLE amplía el enfoque anterior y parte del estudio de la asistencia que llama *común*, centrada en la atención de una serie de templos, para luego hacer lo propio con la que llama *especial*, en que está englobada la asistencia a situaciones de *especial sujeción*.

La asistencia especial se basa en la existencia de instituciones —públicas o privadas— que proporcionan una amplia gama de servicios entre los que se incluyen los religiosos, aunque éstos nunca se prestan directamente por los organismos públicos. Por eso cabe detectar servicios especiales de asistencia religiosa en relación con personas que no están sometidas a una situación de peculiar sujeción: a emigrantes, en colonias infantiles, en la Universidad, en los aeropuertos...³⁶.

Esta última exposición, que retoma la definición genérica de DE LUCA, nos parece digna de atención en cuanto que explica supuestos que no pue-

³² M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, pág. 370, nota 1, con numerosas citas a las que pueden añadirse: J. M. CONTRERAS MAZARIO, *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Madrid 1989, págs. 429-433; I. C. IBÁN-L. PRIETO SANCHIS, *Lecciones de Derecho eclesiástico*, Madrid 1989², págs. 210-211.

³³ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, pág. 371, nota 5, y pág. 405; A. MARTÍNEZ BLANCO, *o. c.*, pág. 298.

³⁴ «Este tipo de actividad promocional del Estado no afecta, en cambio, a otros centros privados de enseñanza o de asistencia. Y es que en esos casos, no es el Estado el responsable de que esos ciudadanos tengan las mejores condiciones para el ejercicio de sus derechos, sino las propias entidades titulares de esos centros» (D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *o. c.*, págs. 932-933).

³⁵ *Ibid.*, pág. 943.

³⁶ J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Madrid 1991², págs. 247-248.

den considerarse de dependencia o sujeción y que sí lo son de asistencia religiosa.

Existe, asimismo, una cierta flexibilidad en la fijación del *sujeto pasivo* de la asistencia religiosa, pues si ésta ha de atender prioritariamente a que toda persona pueda recibir asistencia espiritual de su propia confesión (art. 2, 1, *b*, de la L.O.L.R., en relación con el art. 10, 1, de la Constitución), este derecho se instrumentaliza a través de las confesiones que actúan como «entes exponenciales y representativos de los fieles» en estos menesteres³⁷. Hecho que ponen de manifiesto los acuerdos firmados con diversas confesiones religiosas, particularmente el Acuerdo sobre asuntos jurídicos suscrito con la Iglesia Católica, artículo IV, 2.

Sin embargo, queda claro que en este campo y en la actualidad³⁸ «no hay intereses institucionales de las confesiones, independientes de los propios de los fieles»³⁹. Pues si la asistencia religiosa, según determina el artículo 2, 1, *b*, de la L.O.L.R., es un aspecto de la libertad religiosa, se refiere prioritariamente a los individuos⁴⁰, siguiendo el orden enumerativo del artículo 16, 1, de la Constitución; el papel de las confesiones, a la hora de cooperar con el Estado, depende de quienes, en España, comulgan con el credo de aquéllas.

Este enfoque tiene dos aplicaciones inmediatas: 1.^a) evitar el riesgo de que la asistencia religiosa se convierta en ocasión de proselitismo o difusión de creencias religiosas⁴¹; 2.^a) se ha de reconocer, por encima de la representación, a cargo de las confesiones, de los intereses religiosos de sus adeptos en la mayoría de los casos, el derecho de aquéllos a «vedere

³⁷ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, pág. 372; J. GOTI ORDEÑANA, *Sistema de Derecho eclesiástico del Estado. Parte especial*, Donostia 1992, pág. 269. «... es a los órganos de las Confesiones 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» (JUAN CALVO, *o. c.*, pág. 145), tendencia a la institucionalización de la asistencia religiosa que le parece inevitable a este autor, y añade «que 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» (*ibid.*, pág. 148).

³⁸ En contraposición a lo que ocurría en otros tiempos: «...in precedenza l'interessamento verso i bisogni religiosi dei cittadini era prevalentemente in funzione di finalità più propriamente statali e rientrava spesso in una linea di politica confessionale mirante ad attuare un trattamento di favore verso una determinata chiesa» (P. MONETA, *Stato sociale e fenomeno religioso*, Milano 1984, pág. 146).

³⁹ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, pág. 373, nota 7.

⁴⁰ Entiende como una proyección del derecho a la libertad religiosa, individualmente considerada, el derecho a la asistencia religiosa, G. FUENTES, *o. c.*, pág. 304 y 306; P. MONETA, *o. c.*, pág. 148.

⁴¹ Sobre este riesgo, antes mencionado, cfr. M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, página 373, nota 7; I. C. IBÁN-L. PRIETO SANCHIS-A. MOTILLA, *o. c.*, pág. 440 y 444; A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano 1993, pág. 354.

soddisfatte in modo a loro più confacente alcune particolari esigenze che si distaccano da quelle comuni agli altri membri della stessa chiesa»⁴².

1.3.2. *La asistencia religiosa como derecho subjetivo de doble titularidad*

Un problema directamente emparentado con el anterior es el de las expectativas reconocidas a los individuos y a las confesiones respecto a una hipotética asistencia religiosa. Una postura maximalista es la que considera que: «cuando una persona en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa asume un determinado credo, tiene derecho a ser atendida en esa fe, de acuerdo con las peculiaridades propias de ella»⁴³.

Descartamos este primer contenido por excesivo. DE LUCA decía al respecto que la asistencia religiosa no debía significar una actividad directa de un órgano o de un ente público estatal ni un título a la asistencia que vinculase a los órganos del Estado. En efecto, no corresponde al Estado aconfesional ofrecer prestaciones religiosas inmediata y directamente. El interés en recibir de la autoridad eclesiástica prestaciones meramente espirituales no se puede configurar como derechos subjetivos e intereses individuales tutelables por órganos estatales⁴⁴. Este derecho; de venir amparado en algún sitio, lo sería en el ordenamiento confesional respectivo (véanse a título de ejemplo los cánones 208-223 del *Codex Iuris Canonici*).

Dentro de los límites apuntados, otros autores sostienen que, en nuestro Derecho, la naturaleza jurídica de la asistencia religiosa es la de un *derecho subjetivo*, cuyos titulares son, de modo directo, las personas individuales e, indirectamente, las confesiones religiosas⁴⁵. Por derecho subjetivo entendemos un poder jurídico, esto es, facultades de querer y de obrar, conferidas por el ordenamiento a los sujetos, cuyo origen se encuentra en una relación jurídica concreta, recae sobre un objeto específico y determinado, consiste en una pretensión concreta, y se corresponde con un deber atribuible a un sujeto obligado⁴⁶.

Como ha matizado LLAMAZARES, el derecho que surge aquí se desenvuelve primariamente en el ámbito confesional y obliga a la confesión para con su adepto, pero en virtud del principio de libertad religiosa y supuesto un derecho social de asistencia religiosa nace, para los individuos y para las confesiones a las que pertenecen⁴⁷, un auténtico derecho subjetivo a

⁴² P. MONETA, o. c., pág. 154.

⁴³ M. CAMARERO SUÁREZ, «La protección de los intereses religiosos en España en los medios de comunicación y en los ambientes especiales», en *A.D.E.E.*, 1 (1965), pág. 376.

⁴⁴ L. DE LUCA, o. c., pág. 797; I. C. IBÁN, *Asistencia religiosa y Fuerzas Armadas*, página 549.

⁴⁵ E. MOLANO, o. c., pág. 231.

⁴⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid 1978², pág. 257.

⁴⁷ Las confesiones son titulares del derecho subjetivo en calidad de entes exponencia-

recibirla, caso de los individuos, o a prestarla, caso de la confesión. De cualquier forma, el derecho no tiene por objeto directo que exista la asistencia espiritual, y menos aún que se formalice de acuerdo a una relación jurídica concreta, limitándose a exigir del Estado una omisión —no crear obstáculos que imposibiliten la asistencia espiritual— y una acción —facilitar que pueda tener lugar—⁴⁸.

1.3.3. *Respuesta a las objeciones doctrinales contra un derecho subjetivo a la asistencia religiosa*

Difiere algo de la última elaboración la de MORENO ANTÓN, la cual reconoce una dualidad de derechos de diversa titularidad entroncados con la asistencia religiosa. El ciudadano ostentaría un derecho individual, derivado de la libertad religiosa, de los enumerados en el artículo 2, 1, de la Ley orgánica correspondiente. Estrictamente hablando, la titularidad de este derecho se atribuye a las personas que se hallan en especiales circunstancias, provocadas por el Estado. Sin embargo, «por tratarse de una garantía positiva no existe la posibilidad de exigir su cumplimiento por vía judicial»⁴⁹. SOUTO afirma que «la prestación de la asistencia religiosa sólo podrá ser exigible, si está regulada por ley y de acuerdo con esa regulación legal [...]. En definitiva, la prestación es constitucional, pero su vigencia no se deriva de una exigencia constitucional, y, por tanto, depende de la decisión política que, en cada caso, adopten los poderes públicos»⁵⁰.

les o representativos de sus fieles: cfr. M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, págs. 372-373. La naturaleza social de este derecho hay que matizarla, dado que se inserta en una libertad pública típica, la libertad religiosa.

⁴⁸ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *o. c.*, pág. 933; 957; M. MORENO ANTÓN, *o. c.*, pág. 30.

⁴⁹ M. MORENO ANTÓN, *o. c.*, pág. 44. La autora se apoya en la afirmación de JUAN CALVO, de que no existe «obligación expresa y precisa, con amparo constitucional, de prestar asistencia religiosa como responsabilidad del Estado», dándose tan sólo un deber genérico (JUAN CALVO, *o. c.*, págs. 144; 143; 138).

⁵⁰ J. A. SOUTO PAZ, *Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, Madrid 1992, pág. 310; J. M. CONTRERAS MAZARIO, *Régimen jurídico...*, pág. 547.

«El Preámbulo y los artículos 1, 1 y 9, 2, [de la Constitución] pueden servir como sustento prestacional de los derechos fundamentales en cuestión, pero no para postular la necesaria presencia y mucho menos para fungir como criterio de reconocimiento de su faceta prestacional» (J. R. COSSÍO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid 1989, páginas 188-189), que, respecto a la libertad religiosa, ratifica el artículo 16, 3. Ahora bien, la sentencia del T.C. 24/1982, de 13 de mayo, deja clara la dimensión abstencionista de la libertad religiosa y, en segundo lugar, que las prestaciones estatales de asistencia religiosa no forman parte de la obligación propia del derecho fundamental (la obligación prestacional se deriva del Acuerdo firmado con la Santa Sede) (*ibid.*, pág. 200). Incluso cuando pudiese hablarse de una vinculación directa de la faceta prestacional al artículo 16, 3, su carácter genérico la haría insuficiente para fundamentar una demanda que tuviese por objeto el cumplimiento de las obligaciones prestacionales de los derechos fundamentales. «La conclusión que cabría obtener es que al requerir toda acción de un previo contenido exigible, y ya que éste sólo es formulable por el legislador (en este contexto), la posibilidad de ejercitarla precisa de su intervención» (*ibid.*, págs. 214 y sigs.; ulteriores precisiones en páginas 245 y concordantes).

Esto nos parece discutible, pues entendiendo por asistencia religiosa el doble cometido antes señalado: abstenerse de obstruir la asistencia espiritual y propiciarla, restableciendo al menos una situación de normalidad, nos movemos más en la órbita de una libertad pública «abstencionista» de corte clásico⁵¹ que de uno de los llamados derechos sociales. En este sentido, «es indudable que la obligación promocional del Estado se acrecienta cuando es el propio Estado el que origina una situación de sujeción del ciudadano que dificulta notablemente el cumplimiento de tales obligaciones y actividades religiosas por parte de éste»⁵². En esta dirección es ejemplar la jurisprudencia que, sobre estos supuestos, se ha producido en Francia⁵³.

Complementario del derecho individual reconoce MORENO ANTÓN el de las confesiones, contenido en el artículo 2, 2, de la L.O.L.R., que les capacita «para prestar aquellos servicios inherentes a su propia fe, que son los que demandan los ciudadanos que ejercen su derecho a recibir asistencia del grupo religioso al que pertenecen»⁵⁴.

La principal objeción que cabría hacer a esta construcción —que si nos fijamos bien introduce como novedad el despojar a las confesiones de la posibilidad de representar a sus fieles—, es la de que esa conexión entre confesiones y creyentes se desprende de la Constitución, que parte de las «creencias religiosas de la sociedad española», para ocuparse, en ese contexto, de las confesiones (art. 16, 3). Así lo ha entendido el legislador, que se ha basado en tal relación para firmar los Acuerdos de cooperación con diversas confesiones religiosas⁵⁵.

1.4. INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y ASISTENCIA RELIGIOSA

Existe el compromiso de que los poderes públicos adopten «las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo

⁵¹ *Ibid.*, págs. 27-31.

⁵² A. MARTÍNEZ BLANCO, *o. c.*, pág. 298.

⁵³ Allí, a pesar de su modelo de separación, se han alcanzado estas conclusiones: «a) non può essere in alcun modo impedito l'esercizio del culto a chi si trovi in un istituto pubblico di istruzione, cura o detenzione; b) deve essere istituito un servizio di assistenza religiosa all'interno di tali istituzioni ogni qual volta questo sia necessario per assicurare la libertà del culto; c) deve esaminarsi in concreto, caso per caso, al fine di dichiarare l'obbligatorietà o meno di istituire un servizio di assistenza religiosa, se non vi sia un'effettiva possibilità di praticare all'esterno il culto» (L. GOVERNATORI RENZONI, *La separazione tra stato e chiesa in Francia e la tutela degli interessi religiosi*, Milano 1977, pág. 296).

⁵⁴ M. MORENO ANTÓN, *o. c.*, pág. 44.

⁵⁵ Es más, estos Acuerdos en el caso de confesiones minoritarias se han firmado, en una interpretación extensiva del artículo 7, 1, de la L.O.L.R., por federaciones o comisiones en las que se integran comunidades o entidades con cierta afinidad. Sobre su identidad inestable, cfr. C. DE DIEGO-LORA, «La enseñanza religiosa escolar después de los Acuerdos de 1992 con federaciones religiosas no católicas», en *Ius canonicum*, 33 (1993), pág. 98, nota 4.

su dependencia» (art. 2, 3, de la L.O.L.R.), ratificado y completado por diversas normas bilaterales.

Ahora bien, cuando el Estado avoca así —para su gestión inmediata o bien mediante autorizaciones y concesiones— actividades que tienen natural relación con las de los particulares, adopta tres posibles vías: policía, fomento y servicio público. Las dos primeras modalidades son externas, pues tanto se trate de limitar y ordenar, proteger o promover actividades o entidades privadas, no se acoge la actividad en sí misma⁵⁶.

«Al contrario, en la modalidad técnica del servicio público queda afectada la misma actividad por el protagonismo estatal, bien sea *nomine proprio* o por la delegación»⁵⁷. El servicio público corresponde a actividades de bienestar, prestacionales, cuyos titulares originarios son los particulares, pero que, por razones históricas o por su necesidad e importancia, pasan a ser asumidas por el Estado, «sin alcanzar el carácter impositivo y exclusivo de la función pública» en sentido estricto⁵⁸.

Las tres formas de intervención estatal descritas, en cuanto que no implican una incorporación de las actividades que les sirven de soporte con la función pública, serían válidas para canalizar la asistencia religiosa.

1.4.1. *La asistencia religiosa como servicio público*

La idea anterior habría de matizarla observando que, sólo ante la insuficiencia de las técnicas de policía y 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»⁵⁹.

El único problema, quizá insalvable⁶⁰, de esta construcción es que el servicio público requiere una *titularidad estatal*⁶¹. Sin embargo, esta nota

⁵⁶ G. ARIÑO ORTIZ, «El servicio público como alternativa», en *Rev. Española de Derecho Administrativo* (1979), pág. 543; ahí se exponen otras formas de actuación administrativa en la producción de bienes y en la planificación o programación, en las que no nos detenemos por alejarse de la asistencia religiosa.

⁵⁷ JUAN CALVO, *o. c.*, pág. 138.

⁵⁸ *Ibid.*, págs. 138-139. «Nótese que tales actividades no eran, en principio, estatales (no son aquéllas en que se encarna la soberanía: defensa, justicia, hacienda, etc.), sino otras de contenido económico que originariamente no suponen ejercicio coactivo de autoridad, sino actividades de prestación de bienestar social» (G. ARIÑO ORTIZ, *o. c.*, pág. 547).

⁵⁹ JUAN CALVO, *o. c.*, pág. 141.

⁶⁰ Lo señala JUAN CALVO, *o. c.*, pág. 141.

⁶¹ *Ibid.* Se han señalado como notas esenciales de todo servicio público que sea declarada tal una determinada actividad, por una norma, y que el Estado asuma la realización de esta actividad como propia, pero sus límites y alcance real no son muy netos (J. M. CONTRERAS MAZARIO, *El régimen jurídico...*, págs. 25-26; G. ARIÑO ORTIZ, *o. c.*, págs. 546-553).

parece atenuarse en los servicios asistenciales, para los cuales se ha creado la expresión de *servicio público objetivo* o *servicio público compartido*, para dar idea de que es posible la colaboración privada en su gestión⁶².

En cuanto al *Derecho eclesiástico español*, es perceptible su tendencia a concebir la titularidad estatal en la asistencia religiosa, de acuerdo al patrón más rígido de servicio público, con monopolio estatal sobre la actividad (modelo ideado especialmente para actividades con contenido económico). Esto supone tanto como que la titularidad estatal abarca la organización e incluso el contenido del servicio. Esta práctica es manifiesta en la Orden del Ministerio de Defensa de 22 de noviembre de 1978, por la que se determina la estructura y funciones del Vicariato general castrense, que se adentra claramente en cuestiones intraeclesiales⁶³. Aunque en otras disposiciones —art. 263 del Reglamento penitenciario— se habla, con mayor rigor y mejor técnica, de la organización de las prestaciones religiosas⁶⁴.

1.4.2. *Admisibilidad e inconvenientes de la técnica del servicio público y de la integración orgánica*

Ahondando en las razones apuntadas, constatamos que el principal obstáculo para canalizar la asistencia religiosa a través del servicio público es la incompatibilidad con alguno de los principales inspiradores de nuestro Derecho eclesiástico, y particularmente con el de no confesionalidad⁶⁵. Aunque se ha señalado la posibilidad que brinda la misma flexibilidad del concepto de «servicio público» para que éste organice la asistencia religiosa en *coordinación*, pero con independencia, de la asistencial espiritual⁶⁶.

Esta posibilidad de integración orgánica atenuada, resultado de un «servicio público compartido», se considera aceptable si es sólo una *técnica* en pro del bien común, es decir, si responde a una demanda muy extendida de una determinada asistencia espiritual y se evitan sus dos ries-

⁶² J. L. BELTRÁN AGUIRRE, *o. c.*, págs. 137-144; 314-315.

⁶³ L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «La asistencia religiosa católica a las Fuerzas Armadas y la regulación del servicio militar de clérigos y religiosos» en *R.E.D.C.*, 43 (1986), págs. 24-25; JUAN CALVO, *o. c.* págs. 142-143.

⁶⁴ E. MOLANO, *o. c.*, pág. 233.

⁶⁵ La integración orgánica —que se produce con el servicio público entendido en su acepción monopolítica— es propia de la confesionalidad (D. LLAMAZARES, *o. c.*, pág. 939). También contrasta con el principio de «personalización», cfr. M. MORENO ANTÓN, *o. c.*, páginas 53-54.

⁶⁶ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, pág. 382, nota 24, y 378.

«Sin embargo, expresándonos en términos jurídicos y conforme a las formas de actuación administrativa tipificadas, es lo cierto que la Acción Social no se agota en el servicio público, sino que lo trasciende en cuanto realiza otras actividades que se someten a un régimen jurídico completamente diferente. Junto a la prestacional convivirán la limitadora, sancionadora, planificadora y de fomento» (J. L. BELTRÁN AGUIRRE, *o. c.*, pág. 71); más adelante tendremos ocasión de comprobar cómo esto es aplicable a esa expresión de la acción social que es la asistencia religiosa.

gos: de un lado, la intervención absorbente del Estado, mediante la funcionalización de los ministros religiosos y el señalamiento de contenidos u orientaciones de la asistencial espiritual y, de otro, que la asistencia religiosa se constituya como pleno reconocimiento civil de la organización y funciones de un servicio confesional de asistencia espiritual⁶⁷. Fuera de este marco no es admisible y, de hecho, la integración implica siempre perturbación y peligro⁶⁸.

Por ello se recomienda «el acuerdo meramente externo con los grupos religiosos legítimos portadores del título específico del servicio religioso»⁶⁹, en cuyo caso nos moveríamos más bien en la órbita del fomento y se potenciaría la cooperación⁷⁰, concepto clave en nuestro ordenamiento para la regulación del fenómeno religioso (art. 16, 3, de la Constitución y 7, 1, la L.O.L.R.). Además, sólo las técnicas administrativas de policía y fomento son adecuadas para la asistencia religiosa en establecimientos privados⁷¹. En cuanto a la cooperación, ésta viene determinada por dos polos: de una parte, el Estado con todas sus organizaciones territoriales; de otra, por las confesiones religiosas, «como representantes de los intereses religiosos de sus miembros. El Estado estará representado por la autoridad competente, según la organización pública de que se trate; y las Confesiones religiosas estarán representadas por sus órganos correspondientes, de acuerdo con su derecho interno, del que existe una cierta constancia en los Registros de Entidades religiosas; en el caso de la Iglesia Católica habrá que estar a lo que disponga el Derecho Canónico, según el artículo 1 del Acuerdo Jurídico con la Santa Sede, al remitir para ello a este ordenamiento»⁷².

⁶⁷ M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, pág. 378.

⁶⁸ M. MORENO ANTÓN, *o. c.*, pág. 53; E. MOLANO, *o. c.*, págs. 239-241; M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, pág. 374.

⁶⁹ M. LÓPEZ ALARCÓN, *o. c.*, pág. 144; M. MORENO ANTÓN, *o. c.*, págs. 120-121. Esta técnica —que sabemos no es incompatible con un sentido amplio del servicio público— constituye el *modelo de concertación*: M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, págs. 378-379.

⁷⁰ Típico de las actividades de fomento —subvenciones, exenciones fiscales, créditos, beneficios de asociación o de concentración, etc.— es que «el Estado normalmente *no manda, sino que ofrece*, y necesita de la colaboración del particular, de la aceptación del particular, para que se lleven a cabo» (G. ARIÑO ORTIZ, *o. c.*, pág. 543).

⁷¹ Cfr. A. MARTÍNEZ BLANCO, *o. c.*, pág. 298.

⁷² E. MOLANO, *o. c.*, págs. 241-242. En la representatividad de las Federaciones o Comisiones que han firmado Acuerdos de cooperación con el Estado español existe un problema de inconcreción o fluctuabilidad antes apuntado. Cfr. A. MOTILLA, «Proyectos de Acuerdo entre el Estado y las federaciones evangélica y judía: primeras valoraciones», en *Rev. de Derecho público*, 3-4 (1990), págs. 568-569.

PARTE II: LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS FUERZAS ARMADAS

2.1. LA ASISTENCIA EN EL DERECHO COMPARADO: LOS MODELOS ITALIANO, FRANCÉS Y ALEMÁN

Nos ayudará una breve presentación de los modelos existentes en los países de nuestro alrededor ⁷³.

En *Italia* se ha pasado, por una Ley de 11 de julio de 1978, de un modelo de integración orgánica reservado a la Iglesia Católica, a otro en el que los militares de cualquier religión pueden practicar los actos de su culto y tienen derecho a la asistencia religiosa de sus ministros (con regímenes diversos), y en el que la participación en los actos de culto es totalmente libre, salvo que formen parte del servicio.

Este régimen de asistencia religiosa ha sido confirmado por el Acuerdo firmado con la Iglesia Católica de 1984 (art. 11). En los Acuerdos suscritos por otras comunidades religiosas —por ejemplo, con la Mesa Valdense y las Comunidades hebreas— se opta por el modelo de libertad de salida y en el primer caso se admite, subsidiariamente, la libertad de acceso (art. 5).

En *Francia* se reconoce la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas dentro de la propia institución militar. Esta se articula recurriendo a tres categorías de *capellán castrense* ⁷⁴: 1.^a) Los capellanes militares propiamente dichos: son nombrados por decisión ministerial; dependen de un contrato por tiempo determinado, perciben un sueldo como los militares en activo y están afiliados a la Seguridad Social del personal militar. El Decreto núm. 64.498, de 1 de junio de 1966, los considera personal agregado a las Fuerzas Armadas. Tienen capellanes permanentes: la Iglesia Católica, la Iglesia evangélica y la Comunidad israelita. 2.^a) Existen otros capellanes con contrato de régimen civil, también con nombramiento ministerial, afiliados a la Seguridad Social al igual que el personal contractual del Ministerio de los Ejércitos. 3.^a) Finalmente los capellanes voluntarios son nombrados por el Ministro de los Ejércitos, pero no reciben ninguna remuneración. En cambio, sí están protegidos contra el riesgo de accidentes de trabajo, y se someten a la disciplina militar.

En la *República Federal de Alemania* la asistencia religiosa viene recogida por la Ley Fundamental de Bonn, que se remite, en este punto, al ar-

⁷³ Además de la información que se puede hallar en las obras generales de los distintos países y en las que se van citando, cfr. J. M. CONTRERAS MAZARIO, *La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el Derecho comparado*, en L. PRIETO-C. BRUQUETAS (eds.), o. c., págs. 555-567.

⁷⁴ J. P. DURAND, «Droit civil français ecclésiastique et droit public ecclésiastique», en P. VALDRINI (dtor.), *Droit canonique*, Paris 1989, págs. 672-673.

título 141 de la Constitución de Weimar. Aparte de este marco general, existen normas concordatarias con la Iglesia Católica —el art. 27 del Concordato entre la Santa Sede y el Reich, de 20 de julio de 1933, sienta las bases de la jurisdicción castrense católica—, y un convenio para las Iglesias evangélicas⁷⁵. Por este motivo, sólo para ellas se da la incorporación en las Fuerzas Armadas, aunque sería extensible a otras iglesias una vez que hayan sido reconocidas corporaciones de Derecho público.

La incorporación de los capellanes católicos y protestantes se caracteriza por: *a) ser contractual*, tras un período de prueba, se contratan como funcionarios por un tiempo de seis a ocho años; *b) los capellanes tienen una doble dependencia*, exclusivamente de su superior eclesiástico, en su misión espiritual, y del Estado, en cuanto que contratados por éste; *c) no son militares*, están asimilados al personal civil de la Administración militar.

Para las otras confesiones rige el modelo de libertad de acceso y autofinanciación de la asistencia religiosa.

El sistema alemán es el que más *ha influido en la reforma* de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en España⁷⁶, como tendremos oportunidad de ver en los apartados siguientes.

2.2. ANTECEDENTES DE DERECHO ESPAÑOL

2.2.1. *Origen y evolución de la asistencia espiritual católica y de la religiosa, a los miembros de las Fuerzas Armadas, hasta su supresión*

Desde los orígenes se nos revela la estrecha dependencia entre asistencia religiosa en España y asistencia espiritual católica. Esto hace conveniente establecer una cronología de ambas organizaciones y su interrelación, fijando los pasos más significativos⁷⁷.

La *asistencia organizada* coincide con la existencia de un ejército permanente que, en nuestro país, se remonta a los Tercios de Flandes, crea-

⁷⁵ Las negociaciones fueron laboriosas y culminaron con una nueva organización del servicio religioso que, a nivel eclesiástico, recoge un acuerdo entre las Iglesias evangélicas y el Gobierno federal de Alemania, de 22 de febrero de 1957 (cfr. J. M. CONTRERAS MAZARIO, *El régimen jurídico...*, pág. 217).

⁷⁶ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *o. c.*, pág. 985. Asimismo es de destacar la influencia del modelo italiano de asistencia pactada con confesiones diversas de la Iglesia Católica, para este mismo supuesto, en el ordenamiento español.

⁷⁷ M. SANTIAGO PRIETO, «El servicio de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas. Textos y comentarios», en R.E.D.C., 48 (1991), págs. 664-666; 674; J. M. ESTEPA LLAURENS, Arzobispo Castrense, *Situación y perspectivas de la pastoral castrense. Informe para la 50.ª Asamblea plenaria del Episcopado Español*, abril 1998, págs. 3-5 (no nos consta la publicación de este documento que hemos podido consultar por cortesía de los servicios de asistencia religiosa católica a las Fuerzas Armadas); E. MOLANO, *o. c.*, pág. 218.

dos por Carlos I en 1534, asignándoles un capellán mayor en la Plana Mayor, y un capellán menor en cada Compañía o Regimiento, contratados ordinariamente por los mismos Jefes y sujetos jurisdiccionalmente a los obispos en cuyos territorios se situaban las tropas.

A finales del siglo XVI, algunos breves pontificios conceden una *jurisdicción eclesiástica especial* a los arzobispos de Cambrai y de Malinas para nuestros Tercios en los Países Bajos, marcando el nacimiento del Vicariato castrense español, considerado el más antiguo del mundo.

Sucesivos breves pontificios —que se extienden desde el siglo XVI al XX— delimitan las facultades y las personas a quienes alcanza la jurisdicción. Entre ellos, es de destacar el Breve *Quoniam in exercitibus* (1736), de Clemente XII, por el que se concede al Capellán Mayor de los ejércitos jurisdicción eclesiástica *extenta y permanente*, para ejercerla sobre los militares y sobre cuantas personas de uno y otro sexo pertenezcan a los ejércitos reales.

Al iniciarse el siglo XIX, los capellanes son contratados con la intervención del Vicario general castrense en la selección y se avanza en la creación estructurada de los Cuerpos de capellanes, ya esbozada durante el reinado de Carlos IV para la Armada.

El artículo 22 de la Ley Constitutiva del Ejército de 1878 incluye al Clero castrense como *Cuerpo asimilado*⁷⁸. El Reglamento Orgánico del Cuerpo Eclesiástico del Ejército, aprobado por R.D. de 17 de abril de 1889, da forma al Cuerpo. Y once años más tarde —con el R.D. de 11 de abril de 1900— se reitera la asimilación de las categorías a las del Ejército, excepto para los capellanes de Tierra, a los que suprime la asimilación el R.D. de 27 de marzo de 1901, y se la vuelve a otorgar el Decreto de 27 de agosto de 1906.

El clero castrense ha sufrido dos *supresiones*: la primera en 1873, durante la I República⁷⁹, y la segunda en 1932, durante la II República, por Ley de 30 de junio de 1932. El Nuncio declaró *extinguida la jurisdicción* el 30 de marzo de 1933.

2.2.2. *Restablecimiento y nueva organización de la asistencia espiritual católica y religiosa a las Fuerzas Armadas hasta la Constitución de 1978*

La jurisdicción eclesiástica castrense se *restableció*, en el bando nacional, interinamente (Ordenes de 6 y 31 de diciembre de 1936), bajo la dirección del Cardenal arzobispo de Toledo en calidad de Delegado Ponti-

⁷⁸ Dado que este régimen de cuerpo asimilado sigue transitoriamente vigente, es más tarde cuando corresponde sistemáticamente su explicación.

⁷⁹ Decreto de 21 de junio de 1873, del Presidente Pi y Margall; aunque se decretó el restablecimiento al mes siguiente.

ficio (Decreto 270, de 6 de mayo de 1937)⁸⁰. Luego, por Leyes de 12 de julio de 1940 —para el Ejército de Tierra— y de 31 de diciembre de 1945 —para la Armada y el Ejército del Aire—, se restablecen o crean los Cuerpos eclesiásticos de los tres Ejércitos.

Se confirma la jurisdicción castrense por *Convenio* entre la Santa Sede y el Gobierno español de 5 de agosto de 1950⁸¹, con una dimensión raquítica en cuanto a los aforados (cfr. art. 7) y sin el carácter de exenta, de la jurisdicción del obispo diocesano, que ha perdido definitivamente⁸². El *Concordato de 27 de agosto de 1953*, recoge el Convenio de 1950 y, en un protocolo final, amplía los destinatarios de la jurisdicción, a los miembros de la Guardia Civil y Policía Armada, y a sus familiares.

Finalmente, se llega al *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre la asistencia religiosa* a las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos, de 3 de enero de 1979, con la intención, para ambas partes, de «actualizar las disposiciones hasta ahora vigentes» (Preámbulo del Acuerdo)⁸³. Su estudio, por ser Derecho vigente, desborda los límites de este apartado; veamos, por tanto, más bien, el marco en que actuaba esta jurisdicción castrense.

La etapa que se inicia en la Guerra de 1936 y se prolonga hasta la Constitución de 1978, viene marcada por la *confesionalidad* del Estado con repercusiones directas en el ejercicio de la asistencia religiosa.

En la institución militar era patente esa incorporación y esa presión del ideario religioso. Así, pues: 1) se asumió lo religioso como objetivo educativo del servicio militar; 2) los actos religiosos permeaban la vida castrense y se unían a los actos militares, y, obviamente, 3) la asistencia religiosa era de una exclusiva confesión⁸⁴.

Poco cambiaron las cosas con la Ley de libertad religiosa de 1967⁸⁵.

⁸⁰ La Secretaría general de los *nacionales* dictó, el 6 de diciembre de 1936, una disposición para que los generales y jefes de divisiones orgánicas incluyeran en el cuadro de ellas a los capellanes forzosos que existan en la jurisdicción de su mando, para atender, con ellos y los soldados-presbíteros, al servicio religioso de los hospitales y columnas de operaciones.

Por su parte, la Santa Sede, previo escrito al Cardenal Gomá, arzobispo de Toledo, comisionó a éste el 28 de febrero de 1937 «para proveer temporalmente hasta nueva disposición [...] a la asistencia religiosa de los militares de tierra, mar y aire» (P. CASTAÑEDA-E. DÍEZ, voz «Vicariato castrense», en *Diccionario de Historia eclesiástica de España*, vol. IV, Madrid 1975, pág. 2744).

⁸¹ M. GARCÍA CASTRO, «El Convenio entre la Santa Sede y el Estado español sobre la Jurisdicción castrense y la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas», en *R.E.D.C.*, 5 (1950), págs. 1101-1171.

⁸² M. SANTIAGO PRIETO, *o. c.*, pág. 666.

⁸³ L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos. Comentario al Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español», en *R.E.D.C.* (1980), págs. 459-460.

⁸⁴ A. GIRÁLDEZ, *o. c.*, pág. 168.

⁸⁵ Se dispensaba de la asistencia a los actos de culto —si no eran de servicio— a quienes hiciesen constar su acatolicidad al ingresar en las Fuerzas Armadas (art. 5. 2, de la citada Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad

Pero desde entonces un nuevo espíritu condicionó las relaciones Iglesia-Estado. Una primera plasmación fue el abandono de la confesionalidad, según se deduce del artículo 1 de la Ley de reforma política de 1976⁸⁶, y la firma, el 8 de julio de 1976, de un Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede.

Su articulado, en vigor, recoge la renuncia del Rey, poco antes anunciada, a la presentación de obispos, con la excepción de la provisión del Vicariato general castrense. Para la cual se propone una terna de nombres, formada por la Nunciatura Apostólica y el Ministerio de Asuntos Exteriores y sometida a la aprobación de la Santa Sede. El Rey presentaría, en el término de quince días, uno de ellos para su nombramiento por el Romano Pontífice⁸⁷.

2.3. LOS ACUERDOS DE 1979 ENTRE EL ESTADO ESPAÑOL Y LA SANTA SEDE Y LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS FUERZAS ARMADAS

2.3.1. *Valoración y constitucionalidad*

El Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, firmado el 3 de enero de 1979, sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos, fue alcanzado con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, si bien, en reunión de 28 de julio de 1978, se decidió, por representantes de ambas partes, que no se pasaría a la firma ni de éste ni de los demás Acuerdos en tanto no hubiese concluido el proceso constitucional⁸⁸.

Por eso nos planteamos si acoge o respeta los principios constitucionales ya enumerados. Ganaremos en perspectivas si lo emparejamos con el artículo IV del Acuerdo, de igual fecha, sobre asuntos jurídicos. Allí el Estado reconoce y garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en establecimientos penitenciarios, hospitales, sanatorios, orfanatos y centros similares, tanto privados como públicos.

No parece ésta la sede más apropiada para fijar una asistencia religiosa de esta amplitud. En el Acuerdo sobre asistencia religiosa a las Fuer-

en materia religiosa, en B.O.E., 1 de julio de 1967). La asistencia religiosa dependía aún de la confesionalidad (A. GIRÁLDEZ, *o. c.*, págs. 171-172).

⁸⁶ P. LOMBARDÍA, «Precedentes del Derecho eclesiástico español», en AA.VV., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, págs. 130-131.

⁸⁷ C. SECO CARO, «La provisión del Arzobispado castrense en el Derecho eclesiástico español», en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Madrid 1989, págs. 491-510.

⁸⁸ A. GIRÁLDEZ, *o. c.*, pág. 184, nota 50; I. C. IBÁN-L. PRIETO SANCHIS-A. MOTILLA, *o. c.*, págs. 31-32.

zas Armadas —en su art. I— sólo se insinúa que podrá prestarse otra asistencia religiosa a los miembros de confesiones distintas a la Católica. Esto prueba el valor paradigmático que se ha querido dar a estos textos, valor que desborda su propia naturaleza.

La evolución política más reciente se plasma en que ahora el sujeto clave de la asistencia religiosa es el individuo y la asistencia religiosa católica se restringe a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas, sin que se presuma que todos lo son, lo que sería inconstitucional⁸⁹.

Aunque son constatables algunas deficiencias en los Acuerdos: la diferenciación entre asistencia en centros públicos y a las Fuerzas Armadas —que de suyo sólo justificaría diversa técnica de aplicación—, o carencias como la de referencias concretas a los derechos individuales protegidos, con todo, «puede afirmarse [...] que la presente normativa resulta compatible con nuestro Derecho constitucional, aunque también debe tenerse presente a la hora de interpretarla que los principios constitucionales presionan sobre la misma»⁹⁰.

2.3.2. *El Acuerdo sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*

El *contenido* del Acuerdo ha dado lugar a diversas opiniones. Hay quien ha visto en él algo más que la regulación de la organización eclesiástica encargada de prestar la asistencia espiritual católica a las Fuerzas Armadas, es decir, el Vicariato castrense, llegando a pronunciarse sobre el modelo de prestación en favor de una integración orgánica militar, a través del capellán castrense⁹¹. Esta es la interpretación, seguida por la autoridad eclesiástica católica, del Anexo II, artículo I, 1, del Acuerdo: «La incorporación de los Capellanes Castrenses tendrá lugar según las normas aprobadas por la Santa Sede, de acuerdo con el Gobierno»⁹².

No obstante, prepondera la opinión de que en el Acuerdo sólo se determina la organización eclesiástica encargada de llevar a cabo la prestación de la asistencia religiosa, «y no la modalidad concreta de aplicación de la asistencia religiosa en el ámbito militar»⁹³. Aparte de que a esta pos-

⁸⁹ J. M. CONTRERAS MAZARIO, *El régimen jurídico...*, pág. 403; L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *La asistencia religiosa... Comentario al...*, pág. 460.

⁹⁰ J. M. CONTRERAS MAZARIO, *El régimen jurídico...*, pág. 414. De hecho no se ha producido ninguna suposición o iniciativa para que se declare la inconstitucionalidad de los Acuerdos firmados con la Santa Sede (I. C. IBÁN-L. PRIETO SANCHIS-A. MOTILLA, *o. c.*, pág. 33).

⁹¹ A. MARTÍNEZ BLANCO, *o. c.*, pág. 310; M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, página 386.

⁹² La versión italiana —cooficial— del texto citado decía: «L'arruolamento nel corpo dei capellani militari avverrà secondo le norme approvate per la Santa Sede d'intesa con il Governo». Cfr. J. M. ESTEPA LLAURENS, Arzobispo castrense, *o. c.*, pág. 16.

⁹³ J. M. CONTRERAS MAZARIO, «La asistencia religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas en la Ley reguladora del régimen del personal militar profesional», en *A.D.E.E.* (1990), pág. 83; A. MOSTAZA RODRÍGUEZ, «Organización de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas», en AA.VV., *Los Acuerdos entre la Iglesia y España*, Madrid

tura se inclina el Tribunal Constitucional, en sentencia de 13 de mayo de 1982⁹⁴, se han dado diversas razones: «en primer lugar, porque con el establecimiento del Ordinariato castrense y sus características se está haciendo referencia a una *potestas ecclesiae* dentro de la organización de la Iglesia Católica, y, en segundo lugar, porque al establecer el ámbito de aplicación personal del mismo se está definiendo la *potestas regiminis* que posee el Ordinario militar sobre sus fieles»⁹⁵.

En cuanto al *Vicariato castrense* se introducen algunos cambios, adelantados parcialmente por la mencionada Orden de 22 de noviembre de 1978 del Ministerio de Defensa. En general las novedades —en cuyo detalle no entraremos— se encuentran en el articulado, y los anexos repiten lo dispuesto en los anteriores Convenios⁹⁶.

2.4. NORMAS DE DESARROLLO

Una de las razones que hacen especialmente interesante el estudio de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas es la complejidad de las instituciones que la protagonizan o que están involucradas; de una parte y tratándose de la asistencia espiritual católica, una Diócesis personal, de la otra la Organización militar. En consecuencia, hay normas que miran al primer aspecto y en este sentido decimos que desarrollan el Acuerdo sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas: el Código de Derecho canónico de 1983, la Constitución *Spirituali militum curae* (21 de abril de 1983)⁹⁷, los Estatutos del Ordinariato⁹⁸, y los Reglamentos de los Cuerpos eclesiásticos.

1980, págs. 649 y sig.; 668, nota 49; L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *La asistencia religiosa... Comentario al...*, págs. 461-462; J. A. SOUTO PAZ, *Derecho eclesástico...*, págs. 311-313.

⁹⁴ Se trata de un *obiter dictum* del f.j. 5.º: «El hecho de que en estos Acuerdos [con la Santa Sede] no hubiera una mención expresa del Cuerpo, a diferencia de lo que ocurría en el Concordato de 1953...». Cfr. M. MORENO ANTÓN, *o. c.*, págs. 107-108.

⁹⁵ J. M. CONTRERAS MAZARIO, *La asistencia...*, pág. 84.

Respecto al sentido que haya que darle al término «Cuerpo» en la versión italiana del artículo 1 del Anexo II del Acuerdo cree que no hace referencia a la integración orgánica y tampoco a los Cuerpos Eclesiásticos castrenses: «1) porque —como pone de manifiesto el Derecho comparado— si ello se hubiera pretendido por ambas Partes contratantes se hubiese establecido de forma expresa en el Acuerdo, lo que no se produce; 2) porque en el citado artículo I se está haciendo referencia a las formas de nombramiento de los capellanes castrenses y no a la modalidad de aplicar la asistencia religiosa; 3) y en conexión con lo anterior, porque con el término «Cuerpo» parece hacerse referencia más al propio Vicariato (Ordinario) castrense que a los Cuerpos Eclesiásticos, por lo que entendemos que dicho término debe ponerse en conexión con el nombramiento eclesiástico —que no canónico, en cuya provisión interviene el Estado— (*ibid.*, pág. 85). La argumentación no nos parece, en este punto, definitiva.

⁹⁶ *Ibid.*; A. GIRÁLDEZ, *o. c.*, pág. 184, nota 51.

⁹⁷ Traducido en *Ecclesia* (1986), págs. 817-819. Es de notar que en este documento ya se opta, como se hace en el Acuerdo español, que habla de «diócesis personal», por la naturaleza de Diócesis u Ordinariato (militar o castrense), cuyo titular pertenece, por derecho propio a la Conferencia Episcopal de la nación en la que el ordinariato tenga su sede, y

Los detalles concretos sobre el modo de aplicar esta asistencia espiritual, se determinan por disposiciones de rango diverso: decretos, instrucciones generales...⁹⁹. Sin embargo, no merece la pena tratar de estudiar en detalle toda esa prolija normativa.

Respecto al marco de la asistencia religiosa, con posterioridad al Acuerdo, tiene importancia el R.D. 2.945/1983, de 9 de noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra (más tarde se haría lo propio con las del Marina y Aire, sin nuevas aportaciones en nuestro campo de estudio)¹⁰⁰. Esta norma no hacía otra cosa que desarrollar el artículo 177 de las «Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas»¹⁰¹, cuyo propósito principal es el de adecuar a la Constitución las disposiciones militares¹⁰².

2.4.1. *Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y de cada uno de los Ejércitos*

Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas recogen la libertad de religión —aunque con más precisión habría que hablar, con la Constitu-

cuya jurisdicción es: personal, ordinaria, propia pero cumulativa con la jurisdicción del obispo diocesano, aunque es la de aquél prioritaria en las guarniciones y lugares reservados a los militares. Respecto a los capellanes, se dice que gozan de los derechos de los párocos y que están sujetos a las mismas obligaciones.

Es de destacar, no obstante, el carácter subordinado de esta legislación que ha de respetar los acuerdos pactados entre la Santa Sede y las naciones respectivas (art. I, párr. 1.º; artículo XIII, 1). Cfr. L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y la regulación del servicio militar de clérigos y religiosos*, pág. 44.

⁹⁸ «Estatutos del Ordinariato militar o Arzobispado castrense de España» (14 de noviembre de 1987), en *B.O. de la Conferencia Episcopal Española*, 5 (1988), págs. 38-43; también en *Separata del B. O. Eclesiástico Castrense*, 559 (dic. 1987), págs. 15-20 y 30-39.

⁹⁹ Por ejemplo, referente al arzobispado castrense: R.D. 1.465/1978, de 26 de junio (B.O.E. núm. 153, de 28 de junio de 1978), acerca de la estructuración y funciones del Vicariato General Castrense y que amplía lo dispuesto en el R.D. 2.723/1977, de 2 de noviembre. Por aquel R.D. se autoriza al Ministerio de Defensa para dictar las disposiciones necesarias con objeto de establecer la estructuración y funciones del Vicariato General Castrense (art. 3), cosa que se hace con la Orden de 22 de noviembre de 1978, por la que se determina la estructura y funcionamiento del Vicariato General Castrense (D.O. núm. 276; B.O.E. núm. 287, de 1 de diciembre de 1978); Orden de 27 de junio de 1978 (D.O. núm. 150).

¹⁰⁰ El R.D. 2.945/1983, de 9 de noviembre, que entraría en vigor el 1 de enero de 1984. Un estudio de la materia, en L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *La asistencia religiosa católica a las Fuerzas Armadas y la regulación del servicio militar de clérigos y religiosos*, págs. 29-31.

¹⁰¹ Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (B.O.E. núm. 11, de 12 de enero de 1978; corrección de errores en B.O.E. núm. 34, de 8 de febrero). Su disposición final segunda autorizaba al Gobierno a dictar, en desarrollo de la Ley, las disposiciones necesarias para adecuar a los principios generales las normas de vida de las Unidades militares.

¹⁰² Toda norma militar contraria a la Constitución es nula de pleno Derecho: artículos 3, 11, 26, 34, 168-169. A pesar de lo cual las mismas Reales Ordenanzas contienen preceptos que parecen quedar al borde de la constitucionalidad, pues en artículos como el 5, 44, 77-78, se deslizan restos de confesionalidad —o pluriconfesionalidad— de las Fuerzas Armadas so capa de primar los valores espirituales o morales enraizados en la tradición.

ción, de libertad religiosa ¹⁰³ — (art. 177) y la asistencia religiosa a los militares (art. 195). En cuanto al sistema concreto, las Ordenanzas de los tres Ejércitos, parten de una obligación de los mandos del Ejército de facilitar «el cumplimiento de los deberes religiosos, propiciando, sin perturbar el régimen de vida de las Unidades, Centros y Organismos, el tiempo necesario para la asistencia a los actos de culto y procurarán proporcionar en el propio ámbito militar, lugares y medios adecuados para el desarrollo de las actividades religiosas» (art. 235 de las RR.OO. del Ejército de Tierra).

Además, sin mucha precisión, parecen establecer tres alternativas para las confesiones legalmente reconocidas (RR.OO. del Ejército de Tierra, artículo 238; RR.OO. del Ejército del Aire, art. 293; RR.OO. de la Armada, art. 436) ¹⁰⁴:

— *Capellanes militares*: éstos podrán ser de distintas confesiones (RR.OO. del Ejército de Tierra, art. 244; RR.OO. del Ejército del Aire, art. 442; RR.OO. de la Armada, art. 299) ¹⁰⁵. Estas Ordenanzas se fijan en el Capellán católico, único que llegó a existir, como párroco personal de los miembros de la Unidad, Centro u Organismo y de los familiares de éstos que profesen esta religión; la regulación de tales Capellanes se remite a los Reglamentos del Cuerpo Eclesiástico de los tres Ejércitos ¹⁰⁶ (RR.OO. del Ejército de Tierra, art. 241; RR.OO. del Ejército del Aire, art. 296; RR.OO. de la Armada, art. 439).

— *Ministros contratados*;

— *Ministros autorizados*.

Estas modalidades son entre sí compatibles, pudiéndose establecer como alternativas o dando a una el valor de principal. Cabe, en fin, que el Estado aplique unas y otras para mejor adaptarse a las peculiaridades de cada confesión. Cuando haya Capellanes de otras religiones deberán atenerse a los Acuerdos suscritos por el Estado y la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa correspondiente (RR.OO. del Ejército de Tierra, artículo

¹⁰³ I. C. IBÁN, «La libertad religiosa como derecho fundamental», en *Anuario de Derechos Humanos*, 3 (1984-1985), págs. 163-174; Idem, *Asistencia religiosa y Fuerzas Armadas*, pág. 522.

¹⁰⁴ No podemos pasar por alto la semejanza de este esquema con el vigente en Derecho francés y del que nos ocupamos más arriba.

¹⁰⁵ Aquí la aceptación del término es más comprensiva que en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, en que por «capellán» se entiende el católico —artículos 161 y concordantes—; para las otras confesiones se habla de «ministros de su culto».

¹⁰⁶ Cfr. Orden de 25 de agosto de 1942. Reglamento provisional del Cuerpo Eclesiástico del Ejército (D.O. de 27 de agosto de 1942); Decreto de 10 de enero de 1947. Reglamento Orgánico Provisional del Cuerpo Eclesiástico del Aire (B.O.E. de 20 de enero de 1947); Decreto de 23 de mayo de 1947. Reglamento Provisional del Cuerpo eclesiástico de la Armada (B.O.E. de 13 de junio de 1947), todos ellos —y las modificaciones que sufrieron— publicados en A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Legislación eclesiástica del Estado (1938-1964)*, Madrid 1965.

lo 244; RR.OO. del Ejército del Aire, artículo 299; RR.OO. de la Armada, art. 442).

El hecho de que el último precepto no vincule a la Iglesia Católica nos plantea la duda de si asistimos a una infracción del principio de no discriminación¹⁰⁷. En cualquier caso, deja en entredicho la eficacia de las Reales Ordenanzas de los tres Ejércitos.

2.4.2. *El problema de la integración de la asistencia católica en las Fuerzas Armadas: planteamiento*

El Capellán católico está *asimilado o equiparado* al personal militar. En la milicia existen tres términos de alcance diferente y de uso constante: asimilación, consideración y equiparación. Se emplean cuando, a los miembros de un Cuerpo o Servicio (v. g., médico, jurídico, veterinario...), se les da el carácter militar que les permita ejercer su cometido específico con las ventajas del funcionario militar *stricto sensu*. En el caso del clero, para los capellanes de Tierra se usa la denominación del empleo, seguido del calificativo de capellán (Orden de 4 de enero de 1944, D.O. núm. 4); la traducción resulta directa. En cambio, para los capellanes de la Armada se menciona la equiparación (art. 2 de la Ley de 31 de diciembre de 1945 y Decreto de 23 de mayo 1947). Para los capellanes del Aire se recurre a la asimilación (art. 2 de la Ley de 31 de diciembre de 1945). Según el Convenio de 1950, a los sacerdotes movilizados por causa de guerra se les otorgaba la consideración de oficiales¹⁰⁸.

Sea como fuere, a los Capellanes se les trata como militares de carrera (RR.OO. de las Fuerzas Armadas, art. 206), encuadrados en su estructura y en los grados del Ejército (cfr. RR.OO. de las Fuerza Armadas, artículo 12)¹⁰⁹.

Además de lo dicho en la parte I, se han indicado otras razones, de pura oportunidad y conveniencia, que *desaconsejan la integración orgá-*

¹⁰⁷ J. M. CONTRERAS MAZARIO, *El régimen jurídico...*, págs. 474-475.

¹⁰⁸ M. SANTIAGO PRIETO, *o. c.*, pág. 681. La imprecisión de estos términos puede resolverse así: la *asimilación* otorga a los individuos de una carrera o profesión derechos y honores iguales a los que tienen los individuos de otra: se da una igualdad de derechos, deberes, honores, preeminencias, tratamientos..., plena. La *consideración* es más bien una simple concesión, una autorización, un pase, limitado a determinados efectos, sean éstos honoríficos, económicos, de alojamiento, de entrada a dependencias militares... Son efectos determinados como da idea el R.D. que establece el Servicio religioso en las Fuerzas Armadas. La palabra *equiparación* ofrece dificultades interpretativas porque, unas veces, denota la asimilación a todos los efectos y, otras, equivale a la consideración (*ibid.*, págs. 681-682). Sobre los capellanes católicos, ver también J. M. CONTRERAS MAZARIO, *El régimen jurídico...*, págs. 459-462.

¹⁰⁹ Cfr. R.D. 1.669/1986, de 1 de agosto, por el que se fijan los efectivos de los cuadros de mando de los distintos Cuerpos y Escalas de la Armada (B.O.E. núm. 189, de 8 de agosto de 1986), artículo 1, y R.D. 1.670/1986, de 1 de agosto, por el que se fijan los efectivos de los cuadros de mando del Estado Mayor General, Arma de Aviación, Cuerpos y Escalas del Ejército del Aire (publicado en *ibid.*), artículo 1.

nica de los ministros de culto en la estructura de las Fuerzas Armadas, sobre todo el ver estorbada su labor pastoral a causa de su graduación militar ¹¹⁰.

No han faltado quienes salgan *en favor de la integración*, porque es el mejor modo de integrarse en la realidad militar o de que los capellanes no sean considerados elementos extraños, y de que se les asegure su inserción estable, garantía de disponibilidad ¹¹¹. Otra razón en pro de la incorporación sería la de resolver los problemas económicos de los capellanes, lo que no justificaría valerse de la graduación para otros menesteres ¹¹². La pregunta inmediata sería, ¿entonces, para qué mantenerla si hoy existen otros recursos para asegurar una justa remuneración?

En todo caso, el hecho de que sobre la cuestión se plantease recurso de inconstitucionalidad por sesenta y nueve diputados, representados por Peces-Barba, permitió a nuestro Tribunal Constitucional dar su opinión autorizada sobre la compatibilidad entre integración orgánica del Cuerpo eclesiástico castrense y principios constitucionales.

2.4.3. *La integración orgánica del Cuerpo de capellanes en la sentencia del T.C. del 13 de mayo de 1982*

El recurso se dirigió contra el punto cuarto del artículo 9 de la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra. El punto impugnado se refería al Cuerpo eclesiástico.

Los recurrentes pretendían que la no mención de aquél por el Acuerdo sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas de 1979, suponía excluir la fórmula de la asimilación, con lo cual el precepto recurrido no significaba otra cosa que su restablecimiento y circunscribir la asistencia religiosa a la Iglesia Católica. Por todo ello, aquél «representa una violación de la norma constitucional de que 'ninguna confesión tendrá carácter estatal' e indirectamente de los principios de libertad e igualdad religiosa. Junto a la vulneración indirecta de la igualdad que deriva del desconocimiento del criterio de neutralidad del Estado en materia religiosa, el precepto representa una violación directa de la igualdad jurídica (art. 14), por ofrecer una insuficiente y limitada regulación de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas» ¹¹³.

El recurso se desestimó porque, de acuerdo a lo expuesto en los fundamentos de Derecho de la sentencia, aunque se admiten los principios constitucionales alegados por los recurrentes —no confesionalidad del Es-

¹¹⁰ J. M. CONTRERAS MAZARIO, *El régimen jurídico...*, pág. 537; D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *o. c.*, pág. 785.

¹¹¹ J. M. ESTEPA LLAURENS, *Arzobispo Castrense, o. c.*, pág. 14.

¹¹² A. MOSTAZA RODRÍGUEZ, *o. c.*, págs. 668-669, nota 49.

¹¹³ Antecedente 2, d).

tado, libertad religiosa, igualdad...—, no se considera que el precepto recurrido los vulnere. Hay una incongruencia entre la causa de pedir y lo pedido, o si se quiere, entre la impugnación y el contenido de la disposición impugnada.

Tampoco se admite la inconstitucionalidad por omisión —al no haberse reestructurado la asistencia religiosa—, pues ésta «sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace»¹¹⁴.

En principio, que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas, más que lesionar la Constitución, posibilita la efectividad del derecho al culto de individuos y comunidades. Ni sufre el principio de libertad religiosa ni el de igualdad, pues esta prestación no excluye la asistencia religiosa a otras confesiones que pueda reclamarse fundadamente.

Coincidimos con el fallo, pero como se ha destacado por algún autor¹¹⁵, hubiera sido preferible que el T.C. se hubiese conformado con señalar la incongruencia que vicia el recurso y lo hace inadmisibile, sin haber entrado en mayores profundidades. De haber optado por esta vía hubiera debido aclarar si, en definitiva, era compatible o no el régimen jurídico de la asimilación orgánica con la laicidad del artículo 16, 3, cosa que no hizo. Hoy esta sentencia y el recurso que la motivó cobran sentido como *antecedentes inmediatos de la legislación vigente*, pues los temas centrales de ella: la incorporación orgánica y la igualdad del sistema de asistencia religiosa existente, son los que han observado mayor evolución¹¹⁶.

2.4.4. *Las actividades de los capellanes*

Era de esperar un conflicto entre normativa preconstitucional y postconstitucional en la regulación del fenómeno religiosa dentro de las Fuerzas Armadas. En esta institución, caracterizada por su estabilidad y cohesión interna¹¹⁷, la confesionalidad había penetrado más profundamente que en otros ámbitos de la organización estatal¹¹⁸.

¹¹⁴ Fundamento de Derecho 3.

¹¹⁵ Por ejemplo, cfr. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *o. c.*, págs. 827-829.

¹¹⁶ J. SOUTO PAZ, *o. c.*, pág. 314.

¹¹⁷ El profesor MOTILLA habla de «una especial resistencia del ordenamiento castrense a los cambios jurídicos» y la explica por ser una organización fuertemente jerarquizada, donde predominan los elementos de tradición... (I. C. IBÁN-L. PRIETO SANCHIS-A. MOTILLA, *o. c.*, pág. 71, nota 110).

¹¹⁸ La regulación general que hacía el derogado Código de Justicia Militar del *juramento* daba la impresión, y es un ejemplo, de que para el legislador era un dato indiscutible la creencia de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar en un Ser Supremo; cfr. I. C. IBÁN, *Asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*, cit., págs. 517-518; J. M. CONTRERAS MAZARIO, *El régimen jurídico...*, pág. 515. Otro caso es el de las hoy derogadas Normas de 8 de mayo de 1978 del Ministerio de Defensa, donde se cobijaba cierta confusión entre lo militar y lo religioso (por ejemplo, en la inclusión de elementos culturales en actos militares de asistencia obligatoria), lo que también es constatable en la

Lo vidrioso de este asunto justifica que nos fijemos en el nivel final de desarrollo de las Reales Ordenanzas para el Ejército de Tierra, es decir, el que realiza la «Instrucción General 15/1985, del Estado Mayor del Ejército» (1 de agosto de 1985) y las disposiciones correspondientes de la Armada y el Ejército del Aire ¹¹⁹.

El presupuesto es la libertad religiosa y el facilitar la asistencia y participación, con carácter voluntario, en los actos de culto y formación religiosa. Pero no ha desaparecido la imbricación entre valores humanos, moral de las Tropas y relaciones humanas en el seno del Ejército, con asistencia espiritual católica, pues también en ese campo se reconoce un cometido al capellán católico. Así tenemos que el capellán podrá colaborar en las conferencias de ética que se han de fijar durante la instrucción (núm. 5, 1, 1.º), y se especifica que «La actividad del Capellán será considerada por el Mando como una valiosa aportación, tanto para potenciar los valores humanos y la moral de las Tropas, como para la promoción de las relaciones humanas» (núm. 6, 2).

Al mismo tiempo se mantiene la tradicional vinculación de actos culturales —Santa misa, bendiciones, oraciones— con otros solemnes del Ejército: jura de bandera, entrega de bandera, homenaje a los caídos, festividades patronales, entregas de despachos, entierros y honras fúnebres... En la misma dirección iría la participación del capellán en las actividades del «Recreo Educativo del Soldado» (núm. 6, 3).

En conclusión, puede apreciarse que la Instrucción General da un paso adelante en la libertad religiosa, pero no avanza tanto en la no-confesionalidad.

fórmula de Jura de bandera (art. 428 de las RR.OO. del Ejército de Tierra; artículo 466 de las RR.OO. de la Armada, y 600 de las correspondientes al Ejército del Aire), cfr. *ibid.*, págs. 483-486.

¹¹⁹ La Instrucción General 15/1985, del Estado Mayor del Ejército, sobre Actividades de los Capellanes en las Unidades, Centros y Organismos del Ejército, ha sido publicada en ARZOBISPADO CASTRENSE, *Instrucciones y Ordenes de los Estados Mayores de los tres Ejércitos referentes a las actividades de los Capellanes en las Unidades*, «Cuadernos de Pastoral Castrense», núm. 1, Madrid 1986, págs. 2-7; a continuación figuran las otras Instrucciones mencionadas. Un comentario en L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *La asistencia religiosa católica a las Fuerzas Armadas y la regulación del servicio militar de clérigos y religiosos*, págs. 31-32.

Se suscita aquí la *eficacia de las normas no publicadas oficialmente*. Sin entrar en una materia compleja —que remitimos a J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Madrid 1987, págs. 163 y sigs.—, baste indicar que tanto el artículo 91 como el 2, 3, del Código civil exigen la publicación de las leyes, equivaliendo este término en el último caso a toda norma general y escrita. Más explícito es el artículo 52 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que dispone la publicación en el *Diario Oficial* correspondiente de las disposiciones administrativas para que produzcan efectos jurídicos. No dar este paso supone que «no puede ser aplicada por los Tribunales ni debe ser obedecida por sus destinatarios», pero en cambio sí obliga «a los poderes públicos a no frustrar, con su actividad, el objeto y fin de la ley» (*ibid.*, pág. 166).

2.5. NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

2.5.1. *Antecedentes a la Ley Reguladora del Régimen de Personal Militar Profesional*

El Acuerdo sobre asistencia religiosa católica a las Fuerzas Armadas dejaba pendientes diversas cuestiones, algunas referidas al ingreso y régimen de los capellanes a los que se encomendaría la asistencia espiritual católica. En tanto no se concretaban, por mutuo acuerdo, según lo preveía el Anexo II del citado Acuerdo, se siguió recurriendo al tradicional sistema de concurso-oposición, regulado en los Reglamentos de los tres Cuerpos eclesiásticos. Así se procedió hasta 1985, fecha en la que *de facto* la Administración decidió interrumpir las convocatorias de ingreso, que se hacían a propuesta del Arzobispo castrense ¹²⁰.

Ya entonces comenzó a incubarse un nuevo Acuerdo que tendría como presupuesto la proyectada Ley de la Función Militar, que en su anteproyecto incluía, entre los *Cuerpos comunes* a las Fuerzas Armadas, el denominado «Cuerpo Eclesiástico de la Defensa». Esta fue la hipótesis de trabajo hasta mediados de 1988 ¹²¹. En diciembre el Gobierno abandona la idea anterior, pues la dificultad estriba ahora a sus ojos en la *condición de funcionario* de quienes ejercen, en nombre de una confesión religiosa, una misión dentro de la institución militar. En enero de 1989 ya circulaba la que sería la solución definitiva ¹²², inspirada en el premonitorio recurso de inconstitucionalidad —núm. 68/1982— del Grupo parlamentario Socialista, antes mencionado.

El *Proyecto de Ley* fue remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados el 14 de febrero de 1989, pero a lo largo del debate parlamentario «la cuestión aquí analizada apenas sufrió modificación alguna» ¹²³.

¹²⁰ J. M. ESTEPA LLAURENS, Arzobispo castrense, *o. c.*, pág. 15. «La Orden Ministerial de Defensa 15/1986, de 24 de febrero, sobre publicación de acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de febrero, por el que 'se determina el número total de plazas para el ingreso en la profesión militar durante 1986' (B.O.E. núm. 49, de 26 de febrero, págs. 7427 y sigs.) [...] no incluye, nuevamente, ninguna mención de los Cuerpos Eclesiásticos de los tres Ejércitos, sin que haya sido cancelada la normativa establecida en los Reglamentos vigentes» (L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «La asistencia religiosa católica a las Fuerzas Armadas y la regulación del servicio militar de clérigos y religiosos», pág. 42).

¹²¹ *Ibid.*, pág. 16. Este propósito se vio plasmado en la *Rev. Española de Defensa* (julio 1988), pág. 7, que inserta un cuadro con los Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas; entre los Cuerpos comunes se enumera el «Cuerpo Eclesiástico de la Defensa», del que sólo se establece una Escala superior.

¹²² J. M. ESTEPA LLAURENS, Arzobispo castrense, *o. c.*, pág. 17. Es destacable que no se acudió, por la autoridad estatal española, a una consulta formal del texto con la Santa Sede.

¹²³ J. M. CONTRERAS MAZARIO, *La asistencia religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas...*, págs. 60 y sigs.

2.5.2. *La Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional*

Esta norma ha introducido importantes cambios en el régimen jurídico de la asistencia religiosa militar. En efecto, en su *disposición final séptima* se ocupa del Servicio de Asistencia Religiosa ¹²⁴.

El Gobierno se compromete a garantizar aquella asistencia y lo hará creando, por Real Decreto, el Servicio de Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas. Este estará compuesto por un personal de carácter permanente y no permanente, que no tendrá la condición de militar. La relación de trabajo no permanente no durará más de ocho años. Para acceder con carácter permanente será necesario superar unas pruebas y haber prestado al menos tres años de servicio con carácter no permanente.

Este Servicio se ajustará en lo posible al del personal de las Fuerzas Armadas, en lo referente a la asignación de puestos de trabajo, la movilidad del personal y su retribución. Por el contrario, se tenderán a asimilar a los funcionarios de la Administración del Estado en tema de situaciones administrativas y régimen disciplinario.

Como a los *componentes de los Cuerpos eclesiásticos* católicos de los tres Ejércitos —que se declaran a extinguir a partir del 1 de enero de 1990, fecha en que la Ley Reguladora del Régimen de Personal Militar Profesional entró en vigor—, se les da opción a integrarse en el Servicio de Asistencia Religiosa con carácter permanente o a continuar en su mismo Cuerpo con idénticos derechos y obligaciones, van a producirse dos situaciones: la de quienes se mantengan en el Cuerpo eclesiástico, al que venían perteneciendo, y la de aquellos que opten por integrarse en el nuevo Servicio de Asistencia Religiosa ¹²⁵. Por esta segunda opción puede decidirse el personal en reserva ¹²⁶ y los capellanes que, como contratados, prestaban su colaboración temporal ¹²⁷.

Interesa ahora precisar en qué van a consistir ambas situaciones; el estudio de los Cuerpos eclesiásticos nos servirá no sólo para conocer una de las situaciones, sino además para verificar el grado de continuidad y

¹²⁴ Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Profesional, en B.O.E. núm. 172, de 20 de julio de 1989, pág. 23148.

¹²⁵ Cfr. para conocer el modo de llevar a cabo la opción, la Resolución de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, sobre integraciones en Servicio de asistencia religiosa, de 31 de octubre de 1990, publicada por M. SANTIAGO PRIETO, *o. c.*, páginas 695-696.

¹²⁶ La decisión debería ser tomada, según parece, antes del 21 de marzo de 1991 (R.D. 1.145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y dictan normas sobre su funcionamiento, artículo 15, 1, *in fine*).

¹²⁷ R.D. de 7 de septiembre de 1990 sobre el Servicio de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, disposición adicional 2.ª: «Los sacerdotes que, en la fecha de entrada en vigor de este R.D., hayan prestado servicios, durante al menos tres años, como capellanes contratados en colaboración temporal, podrán acceder directamente a las pruebas que se establezcan para la integración con carácter permanente, previa aceptación nominal a estos efectos por parte del Arzobispo Castrense.»

evolución implícito en la disposición final séptima de la Ley Reguladora del Régimen de Personal Militar.

2.5.2.1. *El 'status' de quienes permanezcan en los Cuerpos eclesiásticos de los tres Ejércitos*

El R.D. 1.145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas para su funcionamiento, explicita la situación de quienes continúan en los Cuerpos eclesiásticos: *a)* en ella se encuentran los capellanes profesionales que hasta marzo de 1991 no optasen por pasar al Servicio (art. 15, 1); *b)* se regirán por los reglamentos de sus Cuerpos de procedencia, en lo que no se opongan a la Ley 17/1989, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (Disposición transitoria).

Esta sucinta exposición no aclara el alcance del inciso final del artículo 15, 1, 1, «continuando [...] con los mismos derechos y obligaciones», pero, según la interpretación que viene haciendo el Tribunal Constitucional de los *derechos adquiridos*, por éstos sólo se entienden «los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo»¹²⁸. Lo que, aplicado a la edad de retiro, supondría que únicamente se ampararía como derecho adquirido la fijada en el momento del ingreso en el Cuerpo, si se alterase estando ya en situación de retiro.

Por lo demás seguirán rigiéndose básicamente por la Ley que organiza su Cuerpo y sobre todo por el respectivo Reglamento provisional. La Ley fija la Escala —única o activa y de complemento, según los casos— de estos Cuerpos y las diferentes categorías equiparadas o asimiladas a los grados de cada uno de los Ejércitos.

También se dispone que estos Cuerpos participarán, en la misma proporción que los otros auxiliares, de todos los beneficios generales que se concedan al Ejército, y para la obtención de licencias se someterán a las mismas reglas y trámites de los demás Jefes y Oficiales con el requisito previo de ser autorizados por el Teniente Vicario de la Región respectiva (véanse como muestra los arts. 44, 16 y 50 del Reglamento provisional del Cuerpo eclesiástico del Ejército)¹²⁹.

Los respectivos reglamentos y normas posteriores encaran ese complejo nudo de competencias que envuelven a los Cuerpos eclesiásticos de los tres

¹²⁸ S.T.C. 99/1987, f. 6.º (*Supl. B.O.E.* núm. 152); S.T.C. 108/1986 (*Supl. B.O.E.* número 193), citado —junto a otra jurisprudencia— por M. SANTIAGO PRIETO, *o. c.*, pág. 679.

¹²⁹ Sobre los Tenientes Vicarios, véase A. MOSTAZA RODRÍGUEZ, *o. c.*, págs. 660-665, y los artículos 2 y 11 de la Orden de 22 de noviembre de 1978, por la que se determina la estructura y funciones del Vicariato General Castrense.

Ejércitos. Figura clave de su régimen jurídico es el *Arzobispo Vicario general castrense*, al que por ello vamos a dedicar cierta atención.

Jefe del Servicio eclesiástico de las Fuerzas Armadas, tendrá la asimilación de General de División y le corresponden, en todo lo relativo a los Cuerpos eclesiásticos castrenses, los derechos y deberes establecidos en la legislación militar para los Jefes e Inspectores generales de Cuerpos y Servicios. Asumirá directamente, ante el Ministerio de Defensa, la iniciativa, propuesta y despacho de todos los asuntos inherentes a su cargo que, por su importancia, deban ser conocidos por éste. La tramitación habitual de los asuntos se realizará a través de la Secretaría General para Asuntos de Personal y Acción Social de la Subsecretaría de Defensa ¹³⁰.

En materia de *ascensos* el concurso del ahora llamado Arzobispo Castrense es imprescindible ¹³¹, según lo prescrito por el Acuerdo de 1979 sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, Anexo II, artículo 1, 1, para el desempeño de la función de Vicario episcopal ¹³².

¹³⁰ Véanse *ibid.*, artículo 3 y el artículo 1 del R.D. 1.465/1978, de 26 de junio, por el que se amplía lo dispuesto en el R.D. 2.723/1977, de 2 de noviembre, por el que se estructura orgánicamente y funcionalmente el Ministerio de Defensa (B.O.E. núm. 153, de 28 de junio), así como los reglamentos de los tres Cuerpos. Sin embargo, el R.D. de 7 de septiembre de 1990, que crea el Servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas lo adscribe a la Secretaría de Estado de Administración Militar, a través de la Dirección General de Personal (art. 1).

¹³¹ Asimismo lo era en el *ingreso de nuevos capellanes*, aspecto en el que no existe una solución de continuidad en sus competencias. La Ley de Personal Militar Profesional determina que la asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se siga ejerciendo por medio del Vicariato Castrense (disposición final séptima), lo mismo que el R.D. 1.145/1990, sobre el Servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, artículo 5, y así el Acuerdo de 1979 sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, en el Anexo II, artículo 1, 2, dice: «El nombramiento eclesiástico de los capellanes se hará por el vicario general castrense. El destino a unidad o establecimiento se hará por el Ministerio de Defensa, a propuesta del vicario general castrense.» Estas disposiciones subyacen al artículo 9 del citado R.D. 1.145/1990. Lo mismo se decía en el Acuerdo de 1950 (art. 5) y, más desarrollado en los Reglamentos (por ejemplo, en los artículos 33 y sigs. del correspondiente al Cuerpo Eclesiástico del Ejército), posteriormente unificó la normativa para los tres Ejércitos un Decreto de 9 de mayo de 1963 (B.O.E. de 21 de mayo).

¹³² Lo serán en sus respectivos Ejércitos, regiones o zonas: los Jefes de los Servicios de los tres Ejércitos y los Tenientes Vicarios de las Regiones Militares y Aéreas, Zonas Marítimas, Jurisdicción Central de Marina y Flota (Orden de 22 de noviembre de 1978, artículo 2). Disposición criticable, pues a su amparo el Ministro, dos años antes del Decreto Arzobispal de 1 de marzo de 1982 que institucionaliza a los vicarios episcopales, los designa en las personas de todos los Tenientes vicarios y les asigna misiones canónico-militares. Consecuentemente, se creó un excesivo número de vicarios episcopales, resultando paradójico que la Vicaría subsiguiese casi automáticamente al ascenso a capellán-teniente de primera (L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *La asistencia religiosa católica a las Fuerzas Armadas y la regulación del servicio militar de clérigos y religiosos*, págs. 27-29).

Respecto a los ascensos dentro de las categorías de los tres Cuerpos eclesiásticos hay que remitirse a sus reglamentos (en el Reglamento provisional del Cuerpo eclesiástico del Ejército se regula en los artículos 39-45). Los plazos temporales son los establecidos en el artículo 9 de la Ley 48/1981, de 21 de diciembre (B.O.E. núm. 9, de 11 de enero de 1982, págs. 537-539), en lo que esté vigente después de la Ley de Personal Militar Profesional (art. 31, 2, y Disposición derogatoria 2, que la mantiene en vigor con carácter reglamentario).

Otro punto de interés es la *disciplina* a que se ven sujetos los miembros de los Cuerpos eclesiásticos castrenses. Se hace aquí patente esa excesiva implicación de los ámbitos eclesiales con los militares que denunciara MARTÍNEZ FERNÁNDEZ¹³³. Por ejemplo, tanto los Tenientes vicarios de cada Región, cuanto los Capellanes, ejercerán las funciones propias de sus cargos con arreglo a las instrucciones de sus jefes natos, el Arzobispo vicario general y el Teniente vicario de su Región, respectivamente, pero ello sin perjuicio de la dependencia orgánica de las Autoridades regionales o de los Jefes de la Unidad o Centro en donde cada cual esté destinado¹³⁴.

Algo similar se puede decir en materia de *sanciones* en que los Capellanes son susceptibles bien de sanciones de carácter militar —en las mismas condiciones que los demás militares— o gubernamental, en cuyo caso se notificará al Arzobispo vicario para que disponga dónde y cuándo se cumplirán¹³⁵, o bien por expediente canónico, lo que no deja de tener repercusiones en su situación militar¹³⁶.

2.5.2.2. *El Servicio de Asistencia Religiosa: principios*

El Servicio se ha organizado sobre los siguientes principios¹³⁷:

1) A sus miembros se les reconoce el ejercicio de su ministerio en el ámbito castrense, dentro del respeto al derecho de libertad religiosa y de culto (art. 2), y *sin* que tengan «la condición de militar» (art. 3)¹³⁸.

Es éste un punto central en la nueva regulación, pues «marca el contenido y la dinámica de la relación de servicio», así por ejemplo, se pasará de trabajar como integrado en la parcela castrense a funcionar como en gestión indirecta, también repercutirá en el régimen de provisión de des-

¹³³ L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *La asistencia religiosa... Comentario al Acuerdo...*, páginas 461-462.

¹³⁴ Reglamento provisional del Cuerpo Eclesiástico del Ejército, artículos 7 y 10, también 11 y 25. En el ejercicio de la asistencia religiosa la faceta más importante es cómo se desarrolle y aplique por los militares; de ahí que se regule dentro de las RR.OO. en el Tratado «Del régimen interior» (por ej., en las del Ejército de Tierra en el título X del Tratado II, artículo 120). En concreto, estamos ante una *actividad* que se atenderá a un horario establecido por los Mandos (RR.OO. del Ejército de Tierra, art. 227) y se programará de acuerdo con el Jefe de la Unidad, Centro u Organismo (*ibid.*, art. 242). Una vez más queda patente esa imbricación de competencias. Sobre el enfoque de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas como actos de régimen interior, J. M. CONTRERAS MAZARIO, *El régimen jurídico...*, págs. 448-450.

¹³⁵ Reglamento provisional del Cuerpo eclesiástico del Ejército, artículo 48-49.

¹³⁶ *Ibid.*, artículos 48-49 y 46-47.

¹³⁷ Cfr. M. SANTIAGO PRIETO, *o. c.*, págs. 669 y sigs.

¹³⁸ La condición de militar se adquiere al ingresar en la escala correspondiente con el primer empleo militar (art. 63, 1, de la Ley 17/1989, Reguladora del Régimen de personal Militar Profesional, y artículo 1 del Reglamento general de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional, aprobado por R.D. 1.385/1990 [B.O.E. núm. 273]).

tinios y en la vicisitud que afecta a los puestos de trabajo, en la sustitución de las situaciones militares por las equivalentes administrativas civiles, o la aplicación del régimen disciplinario civil, en lugar del militar...¹³⁹.

2) Se da cabida al *pluralismo religioso*, en concordancia con los principios constitucionales. El Servicio de asistencia religiosa, abierto a las diversas confesiones, va a depender orgánicamente de la Secretaría de Estado de la Administración Militar a través de la Dirección General de Personal (art. 1), a la que se encomienda dotar de medios personales y logísticos al Servicio (art. 4).

3) La asistencia espiritual católica, pactada en el Acuerdo sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, «se seguirá ejerciendo por el Arzobispo Castrense» (art. 5). El R.D. especifica, en numerosas ocasiones, las funciones atribuibles al *Arzobispo castrense*: algunas bien precisadas y de inmediata aplicación, otras indeterminadas y necesitadas de normas aclaratorias.

Concretamente, es competencia suya el proponer la rescisión del compromiso firmado por el personal de carácter no permanente (art. 8, 1), o retirar la misión canónica, lo que produce automáticamente el cese en el puesto de trabajo (arts. 9 y 11, núm. 2-3), o instar la suspensión provisional de funciones (art. 14), o todo lo relativo al ingreso en el Servicio (art. 8, 2, y disposición adicional 2.^a), o a la provisión y asignación de puestos (art. 9), o a la calificación de determinados puestos que reporten mejora en los complementos específicos. En definitiva, y según reza la disposición final 1.^a, el Arzobispo puede proponer las normas necesarias para el correcto funcionamiento del Servicio¹⁴⁰.

Pueden colaborar en el Arzobispado castrense los sacerdotes y religiosos con contrato a tiempo parcial —cfr. Acuerdo sobre asistencia religiosa, Anexo I, art. VI—¹⁴¹, y los presbíteros a quienes, durante su servicio militar, se les confieren licencias ministeriales¹⁴². Pero ni éstos ni aquéllos se rigen por el R.D. sobre el Servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas (Disposición adicional 1.^a).

¹³⁹ M. SANTIAGO PRIETO, *o. c.*, pág. 673.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pág. 671.

¹⁴¹ Sobre su régimen jurídico, cfr. L. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *La asistencia religiosa católica a las Fuerzas Armadas y la regulación del servicio militar de clérigos y religiosos*, págs. 38-39. En la actualidad no existen; cfr. M. SANTIAGO PRIETO, *o. c.*, pág. 688.

¹⁴² «Todos los presbíteros quedarán a disposición del Vicario General Castrense para empleados en cualquier destino de las Fuerzas Armadas donde lo requiera el Servicio Religioso, para lo cual recibirían las facultades correspondientes del Vicario General Castrense...» (Orden Ministerial 38/1985, de 24 de junio, por la que se regula el Servicio Militar de Clérigos y Religiosos, en B.O.E. núm. 133, de 16 de agosto de 1985, y D.O.D. núm. 133, de igual fecha, pág. 6101).

2.5.2.2.1. *El personal adscrito*

Tomando como punto de partida los principios del Servicio, conviene decir algo sobre el régimen de sus miembros. Pero antes nos ocupamos de la *denominación* que también ha sufrido modificaciones y de la naturaleza jurídica de la relación de servicios.

El R.D. que crea el Servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas no emplea el sintagma «capellanes» —con excepción de la mención que hace la disposición adicional 2.^a para referirse a los sacerdotes contratados en el régimen anterior— y recurre siempre a *circunloquios*: «personal» del Servicio (Exposición de motivos), «componentes» del mismo (art. 2), «miembros del Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas» (art. 3), «sacerdotes que se incorporen al Servicio...» (art. 7), etcétera. Probablemente en futuras normas de desarrollo se recupere el término ¹⁴³.

2.5.2.2.2. *Naturaleza de la relación de servicios*

El siguiente paso en nuestro estudio ha de ser el de determinar ante *qué tipo* de relación de servicios nos encontramos. No se trata de ninguno de los modelos consagrados de relación de servicios con el Estado, esto es: ni de funcionario (civil o militar) ni laboral. El R.D. sobre el Servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas confecciona otro modelo *atípico* combinando los tres vistos ¹⁴⁴. En cuanto a la *vinculación* al servicio puede ser de carácter permanente o no permanente. Compondrán la plantilla a partes iguales (art. 7).

Concretando más, el personal religioso permanente se asimila a la condición de funcionario, integrándose como personal civil al servicio de la Administración militar, mientras que el no permanente está en una condición de contratado ¹⁴⁵.

A causa de las incertidumbres de la naturaleza jurídica de la relación de servicio se ha conjeturado la posibilidad de que el *personal no permanente*, prestara la actividad como personal laboral, en cuyo caso estarían vinculados al R.D. 2.205/1980, de 13 de junio, por el que se regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares ¹⁴⁶.

¹⁴³ M. SANTIAGO PRIETO, *o. c.*, págs. 671-672. Esto nos parecería una mejora técnica.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pág. 682; A. MARTÍNEZ BLANCO, *o. c.*, pág. 309. Ya la Ley 17/1989, de Régimen del personal militar profesional, configuraba un *status* peculiar para los integrantes del Servicio de asistencia religiosa, descartando su condición de militar, pero remitiendo a algunas disposiciones típicas de los funcionarios militares (asignación de puestos de trabajo, retribuciones), y a otras de la Administración del Estado (situaciones administrativas, régimen disciplinario con adaptaciones).

¹⁴⁵ J. M. CONTRERAS MAZARIO, *La asistencia religiosa...*, pág. 68.

¹⁴⁶ B.O.E. núm. 251, de 18 de octubre, págs. 23221-23236. Este personal depende de la Oficina de Colocación de la Sección Laboral Central de la Subdirección General de

En efecto, descartado su carácter militar y no afirmado el funcional su vinculación, podría ser contractual y si fuese así lo sería por tiempo determinado¹⁴⁷. Pero éste no es el derrotero seguido por el R.D. que crea el Servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, y prueba de ello es la materia de faltas y sanciones, así como el régimen de la relación, que no sigue lo dispuesto para el personal civil no funcionario en los establecimientos militares¹⁴⁸.

2.5.2.2.3. *El régimen jurídico*

El acceso será inmediato y directo para los capellanes de los Cuerpos eclesiásticos que se pasen al Servicio¹⁴⁹, para los capellanes con contrato temporal, que hayan prestado servicios durante al menos tres años, el acceso es inmediato, pero precisa la aceptación nominal del Arzobispo castrense y la superación de ciertas pruebas (Disposición adicional 2.^a). Este último será el cauce para que adquieran la condición de permanente aquellos miembros no permanente y con un trienio, al menos, en el Servicio (art. 8, 2). Se ingresa como no permanente mediante la firma de un compromiso, rescindible anualmente, a petición propia o del Arzobispo, con duración máxima de ocho años (art. 8, 1)¹⁵⁰.

La asignación de puestos de trabajo se hace siempre mediando la intervención del Arzobispo castrense (art. 9). En todo caso, se constata una falta de concreción que deberá ser suplida por disposiciones complementarias¹⁵¹. En cuanto al cometido de los miembros del servicio se especifica en el artículo 6, que habla de: «... la asistencia religioso-espiritual a quienes, perteneciendo a las Fuerzas Armadas o vinculados a las mismas, se

Personal Civil del Ministerio de Defensa (Orden 25/1984, de 12 de abril, sobre contratación de personal civil no funcionario al servicio de la Administración Militar, art. 4, B.O.E. núm. 97, de 23 de abril, pág. 1147). Esta dependencia afectará sólo a su relación formal con las Fuerzas Armadas, en cuanto a la organización funcional lo haría del Servicio religioso de cada Ejército (para la Iglesia Católica hay que contar con la Orden de 22 de noviembre de 1978 sobre el Vicariato General Castrense). Cfr. J. M. CONTRERAS MAZARIO, *La asistencia religiosa...*, pág. 71.

¹⁴⁷ Artículo 9 del R.D. Previamente a la contratación habrá que superar unas pruebas propuestas por el Jefe del Establecimiento que solicite la contratación (art. 14).

¹⁴⁸ Para faltas y sanciones, artículo 63 y sigs (R.D. 2.205/1980, por el que se regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares). La contratación lo será para un servicio concreto y determinado —bajo la dirección inmediata del Jefe del Servicio (art. 19, 1, del R.D. 2.205/1980)—, el Jefe del Establecimiento no podrá acordar el cambio de puesto de trabajo a causa de su especificidad. En cambio, sí será posible el traslado a otro Establecimiento militar por el procedimiento del concurso de traslado (Orden 25/1984, sobre contratación de personal civil no funcionario al servicio de la Administración Militar, art. 3).

¹⁴⁹ Nueve son los que parece que así lo hicieron (M. SANTIAGO PRIETO, *o. c.*, pág. 681).

¹⁵⁰ El B.O.D. de 22 de marzo de 1991 publica la primera convocatoria, para cubrir 10 plazas de carácter permanente y 25 de no permanentes, fijando el tipo de pruebas y otros requisitos de ingreso (M. SANTIAGO PRIETO, *o. c.*, pág. 683).

¹⁵¹ *Ibid.*, pág. 683.

relacionan en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede y en las normas que regulan el Arzobispado Castrense de España [...]. Con independencia de lo anterior, dicho personal podrá colaborar, a requerimiento de las Autoridades y Mandos Militares, en tareas de carácter asistencial y de promoción cultural y humana», esto último les da derecho a participar en actividades y reuniones de las unidades en que desempeñen tales funciones (art. 17).

Para facilitar el desempeño de sus tareas, dispone el artículo 10, que «tanto en sus relaciones con las Autoridades correspondientes en el ámbito de las Fuerzas Armadas como a efectos de participación en las actividades a que se refiere el artículo 6.º [...], los sacerdotes vinculados con una relación de carácter permanente tendrán la consideración de Oficiales Superiores y los vinculados con una relación de carácter no permanente la de Oficiales»¹⁵².

Tal consideración se extiende a hospitalizaciones (art. 13, 3), a uso de uniforme militar (art. 16) y de ciertas instalaciones militares (art. 17), además de las sanitarias, como residencias, etc.

Respecto a las *situaciones administrativas* —que alteran la relación orgánica— y de acuerdo al artículo 29 de la Ley 30/1984¹⁵³ que regula esta materia, es posible: el servicio activo, excedencia voluntaria y suspensión de funciones. La extinción de la relación de servicios se produce para permanentes y no permanentes por las mismas causas, enumeradas en los artículos 11, 2, y 8, 1, del R.D. sobre el Servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas.

Las *retribuciones* siguen el mismo régimen establecido para las Fuerzas Armadas, con las adaptaciones obligadas (art. 12). Asimismo está prevista su afiliación al Régimen General de la Seguridad Social, como trabajadores a cuenta ajena, pero la acción protectora no cubrirá protección a la familia y desempleo, lo que no parece ni razonable ni justo¹⁵⁴.

2.5.2.2.4. *Examen particular del régimen disciplinario de los miembros del Servicio*

Asunto delicado es el de las *sanciones*. Estudiando la reglamentación de este extremo en los antiguos Cuerpos eclesiásticos, vemos la superposición de ordenamientos diversos y la merma de la autonomía y libertad de los capellanes. En el contexto axiológico de las Leyes fundamentales este hecho no era tan distorsionador como ahora. Primero porque entre

¹⁵² Cfr. artículo 10, 2, de la Ley 17/1989 del Régimen del personal militar profesional.

¹⁵³ El R.D. 730/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios de la Administración del Estado (B.O.E. núm. 92, de 17 abril, págs. 13669-13673), prevé las siguientes situaciones: servicio activo, servicios especiales, servicio en Comunidades Autónomas, excedencia en sus diversas modalidades y suspensión de funciones.

¹⁵⁴ Tal es también el juicio de M. SANTIAGO PRIETO, *o. c.*, pág. 686.

los ordenamientos en liza —estatal y católico— existía una inspiración confesional común; segundo, porque el reconocimiento de las libertades públicas no era tan generoso como en la actualidad.

Pero fijémonos tan sólo en el artículo 14 del R.D., que se ocupa del régimen disciplinario. Este, aparte de remitirse al régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración civil del Estado —R.D. 33/1986¹⁵⁵—, toma —del art. 9, núm. 26, de la Ley Orgánica 12/1985, sobre el Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas— otras faltas graves: «Emitir o tolerar manifiesta y públicamente expresiones contrarias, o realizar actos irrespetuosos contra la Constitución, la Bandera, el Escudo, el Himno Nacional, símbolos representativos de las Comunidades Autónomas y de las demás Instituciones del Estado, contra el Rey, el Gobierno, su Presidente o sus miembros, las Autoridades Civiles y Militares, los Parlamentos o los representantes de otras naciones». Además, el cuarto tipo constitutivo de falta grave es: infringir la neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales, o que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia.

El comentario inmediato es que tal artículo justifica posturas como las de IBÁN, cuando defendía que en el fondo lo que late en la asistencia religiosa es el deseo de encontrar, en las confesiones religiosas, un respaldo, una legitimación adicional, en sectores en los que los valores del Estado se le hacen más insuficientes. Sin embargo, hay que decir que este proceder además de entrar en fricción con otros preceptos es contrario a la libertad religiosa¹⁵⁶.

En efecto, para los ministros de culto pertenecientes al Servicio de Asistencia Religiosa, a pesar del tenor literal del artículo 2, se les restringe la libertad religiosa más allá del orden público —único límite a su ejercicio según el artículo 16, 1, de la Constitución, desarrollado por el artículo 3, 1, de la L.O.L.R.— y se les obliga a comulgar —por acción o por omisión— con los criterios de la Autoridad pública o la pluralidad de corrientes ideológicas de partidos o sindicatos. De este modo, un miembro del Arzobispado castrense que se pronunciase en contra del aborto, cometería una falta grave del artículo 14.

En todo caso, al hilo de las deficiencias mencionadas, es de prever un desarrollo normativo de algunos puntos oscuros del R.D. 1.145/1990, sobre el Servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas¹⁵⁷.

¹⁵⁵ El R.D. 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (B.O.E. núm. 15, de 17 de enero, págs. 2377-2380), establece unas faltas muy graves, otras graves y, por fin, otras leves. Las sanciones se hallan tipificadas en la Ley articulada de Funcionarios civiles del Estado de 1964 (art. 91), y son de orden decreciente: separación del servicio, suspensión de funciones, traslado con cambio de residencia, deducción proporcional de retribuciones, apercibimiento.

¹⁵⁶ En esto coincide parcialmente M. SANTIAGO PRIETO, *o. c.*, pág. 687.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pág. 688, enumera algunos de ellos.

2.6. LOS ACUERDOS FIRMADOS CON LA FEDERACIÓN DE ENTIDADES RELIGIOSAS EVANGÉLICAS DE ESPAÑA Y DE COMUNIDADES ISRAELITAS DE ESPAÑA, Y CON LA COMISIÓN DE COMUNIDADES ISLÁMICAS DE ESPAÑA

El camino continuista seguido por el Estado en los métodos de relación con la Confesión mayoritaria en España, la Iglesia Católica ha determinado el modelo de relación con otras confesiones. Es así como se ha introducido un sistema de relación del todo novedoso en nuestro Derecho, a saber, el de los *acuerdos o convenios de cooperación* ¹⁵⁸.

Pues bien, una primera plasmación de esos acuerdos previstos son los firmados con las Federaciones evangélica y judía y con la Comisión islámica ¹⁵⁹. Estos Acuerdos, tras el dictamen de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, y ser elevados por el Ministro de Justicia al Consejo de Ministros y aprobados por éste, iniciaron la fase legislativa, siendo tramitados según el procedimiento de «lectura única» ¹⁶⁰, y promulgados, como leyes estatales, el 10 de noviembre de 1992 ¹⁶¹.

La *similitud* de los tres Acuerdos nos permite su análisis conjunto en relación con el asunto que nos ocupa. Una advertencia previa: estamos ante Acuerdos *minimalistas*, en los que se ha dado poco alcance al reconocimiento de las instituciones confesionales, se ha optado por «la simplicidad de las obligaciones y menor compromiso para las partes» ¹⁶². En este sentido se constata un fuerte contraste con el contenido de los textos pacticios católicos.

2.6.1. *La modalidad de asistencia religiosa establecida por los Acuerdos con confesiones distintas de la Iglesia Católica*

En los tres textos se regula la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas de su confesión. Se parte del reconocimiento de la asistencia religiosa —en el art. 8 del Acuerdo de la Federación judía— y

¹⁵⁸ A. MOTILLA, *Proyectos de acuerdo...*, pág. 560.

¹⁵⁹ Los Acuerdos con la Santa Sede, por su naturaleza y valor, nos parecen distintos a los que puedan concluirse en aplicación del artículo 7 de la L.O.L.R. (*ibid.*, págs. 561-562; I. C. IBÁN-L. PRIETO SANCHIS-A. MOTILLA, *o. c.*, pág. 152).

¹⁶⁰ Excluimos adrede muchas cuestiones implicadas en este proceso, pero que sería largo siquiera enumerar; sobre ellas y las hipótesis que concitaron, A. MOTILLA, *Proyectos de acuerdo...*, págs. 562-563; 564-565.

¹⁶¹ Se trata de la Ley 24/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Ley 25/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Ley 26/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, todas ellas publicadas en el B.O.E. núm. 272, de 12 de noviembre de 1992, págs. 38209-38217.

¹⁶² A. MOTILLA, *Proyectos de Acuerdo...*, págs. 570-571.

tanto para unos como para otros del derecho a participar en las actividades religiosas y ritos propios de su Confesión, contando siempre con la autorización oportuna de los Jefes, que procurarán hacer compatible con las necesidades del servicio. Para la Federación de Entidades Evangélicas de España ese derecho se reduce a los días y horas de precepto de las diferentes confesiones que la integran (art. 8) ¹⁶³. En todo caso, los Jefes facilitarán los lugares y medios adecuados para el desarrollo de las mismas.

En el Acuerdo con la Federación de las Comunidades Israelitas y con la Comisión Islámica se prevé que si los militares judíos o musulmanes no pueden cumplir sus obligaciones religiosas por falta de templo en el lugar de su destino, sean autorizados para cumplirlas en el que se halle más próximo, cuando las necesidades de servicio lo permitan ¹⁶⁴.

Esta regulación se ajusta a la general de las Fuerzas Armadas ¹⁶⁵. Por lo visto hasta aquí, estamos ante una *autorización de salida* de los miembros de las Fuerzas Armadas para participar en los actos de culto, *coadyuvada con la libertad de acceso* de los ministros de la confesión interesada a las instalaciones militares con la misma finalidad ¹⁶⁶. La duda que subsiste es la del *status* de estos ministros que pueden prestar su auxilio en lo acuartelamientos, y a ello consagramos un apartado propio.

Finalmente, se desarrolla en el Acuerdo suscrito por la Federación israelita y por la Comisión islámica lo dispuesto en el artículo 240 de las RR.OO. del Ejército de Tierra, sobre la posible autorización de exequias con los ritos propios de la Confesión profesada por el finado. Ambos Acuerdos obligan a que las Autoridades correspondientes comuniquen el fallecimiento de los militares judíos o musulmanes ocurridos durante el servicio militar, a la familia del fallecido a los fines del artículo citado ¹⁶⁷.

¹⁶³ «Se reconoce el derecho de todos los militares [de confesión evangélica], sean o no profesionales, y de cuantas personas [de dicho credo religioso] presten servicio en las Fuerzas Armadas, a participar en las actividades religiosas y ritos propios de las Iglesias pertenecientes a la F.E.R.E.D.E., en los días y horas de precepto de las diferentes confesiones que la integran, previa la oportuna autorización de sus Jefes, que procurarán que aquéllos sean compatibles con las necesidades del servicio, facilitando los lugares y medios adecuados para su desarrollo» (art. 8, 1).

¹⁶⁴ «Los militares judíos que no puedan cumplir las obligaciones religiosas por no haber Sinagoga en el lugar de su destino, podrán ser autorizados para el cumplimiento de aquéllas en la Sinagoga de la localidad más próxima, cuando las necesidades del servicio lo permitan» (art. 8, 2). Hallamos idéntica prescripción en el artículo 8 de la *Intesa* entre el Estado italiano y la Unión de las Comunidades hebraicas italianas (*Supplemento ordinario alla GAZZETTA UFFICIALE*, serie generale, núm. 69, de 23 de marzo de 1989, pág. 4).

¹⁶⁵ Tomamos como botón de muestra lo dispuesto en las RR.OO. del Ejército de Tierra en sus artículo 235 —colaboración de los mandos militares en el cumplimiento de los deberes religiosos—, y los 237-238, que se refieren, de modo más explícito, a la necesaria autorización del Jefe de la Unidad, Centro u Organismo.

¹⁶⁶ Atribuye la última eventualidad a una asistencia individualizada, D. LLAMAZARES, o. c., pág. 979. A. MARTÍNEZ BLANCO, o. c., pág. 317, cree que los Acuerdos con las federaciones evangélica, judía e islámica se inclinan hacia el sistema de libre acceso.

¹⁶⁷ He aquí el artículo 8, 4, del primero de los Acuerdos citados (el otro omite la frase final):

2.6.2. *El régimen jurídico de los ministros de culto que prestan la asistencia religiosa*

La asistencia religiosa será dispensada por los ministros de culto designados por las comunidades o iglesias pertenecientes a las federaciones signatarias de los Acuerdos, con la autorización y colaboración —preceptiva— de los Mandos del Ejército. Todo esto con el propósito de que desempeñen sus funciones en *iguales condiciones* que los ministros de culto de otras Iglesias, Confesiones y Comunidades que tengan concertados Acuerdos de Cooperación con el Estado (art. 8, 2, del Acuerdo con la Federación evangélica)¹⁶⁸.

¿Qué *status ministerial* otorga el párrafo precedente a quienes prestan asistencia religiosa en el interior de los establecimientos militares? En puridad, no queda muy claro. Aunque se habla de autorización del ministro, no hay que pensar que se refiera a esta figura tal y como nos la presentan las Reales Ordenanzas de los tres Ejércitos. Esta posibilidad se descarta por la colaboración exigida de la Autoridad militar para que el desempeño de las actividades ministeriales de estas confesiones no contenga ninguna discriminación respecto al trato recibido por las Iglesias, Confesiones o Comunidades que ya tengan Acuerdos con el Estado¹⁶⁹. El inciso final supone un salto cualitativo importante, pues la Iglesia Católica, por su régimen especial, se rige —en los actos de culto y de formación de sus capellanes— por normas peculiares y un específico procedimiento de autorización (RR.OO. del Ejército de Tierra, arts. 241 y 242), sin atenerse al Derecho común militar (art. 237).

Ahora bien, una completa equiparación con el Arzobispado castrense y su asistencia religiosa a través del Servicio de asistencia religiosa no puede adoptarse sin más: ¿hubiera esto exigido una expresa regulación en los Acuerdos? (RR.OO. del Ejército de Tierra, art. 244); ¿se sostendría un tal sistema sin el arraigo histórico o el sustrato sociológico de la Iglesia Católica?

«Las Autoridades correspondientes comunicarán el fallecimiento de los militares judíos, acaecido durante la prestación del servicio militar, a las familias de los fallecidos, a fin de que puedan recibir las honras fúnebres y ser enterrados según el rito judío.»

En la *Intesa* entre el Estado italiano y las Comunidades hebraicas italianas también se recoge este extremo (art. 8, 4).

¹⁶⁸ Similar es el artículo 8, 3, del Acuerdo —en el que se aprecian ligeras variantes redaccionales respecto al Proyecto, pues en éste se exigía la conformidad de la federación con el nombramiento— con las Comunidades Israelitas de España:

«La asistencia religiosa será dispensada por los ministros de culto designados por las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España y autorizados por los Mandos del Ejército que prestarán la colaboración precisa para que puedan desempeñar sus funciones en iguales condiciones que los ministros de culto de otras Iglesias, Confesiones y Comunidades que tengan concertados Acuerdos de Cooperación con el Estado.»

¹⁶⁹ A. MOTILLA, *Proyectos de Acuerdo...*, págs. 578-579.

Sin duda, la falta de una regulación detallada en los Acuerdos y de arraigo social comparable al del catolicismo hubieran sido obstáculos insalvables en el sistema de integración orgánica —recuérdense las reservas sobre su constitucionalidad y su complejidad organizativa—, pero hoy, con el nuevo sistema, no nos lo parecen.

Contrastando la literalidad de los Acuerdos y la del artículo 244 de las RR.OO. del Ejército de Tierra¹⁷⁰ —arts. 299 de las del Ejército del Aire y 442 de las de la Armada—, llama la atención su coincidencia. Certo que se hubiera requerido una mayor precisión en los Acuerdos con confesiones no-católicas —y es lamentable que no se alcanzase antes de su aprobación definitiva—, pero incluso faltando ésta, el intérprete debe colmar la laguna, fiel al brocardo «odiosa sunt restringenda vero favorabilia amplianda», inclinándose por la *equiparación con el régimen de los ministros de culto católicos*¹⁷¹.

Esa uniformidad de la legislación aplicable a las confesiones con acuerdos de cooperación en materia de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas sería muy conveniente y más respetuosa con los principios constitucionales¹⁷². Como contrapartida impondría que el Servicio de Asistencia Religiosa fuese flexible, incluso como peculiaridad podría organizarse de tal modo que existiesen capellanes itinerantes que atendiesen a los fieles de confesiones minoritarias en toda una Región militar, o en otra demarcación según las posibilidades de desplazamiento y las necesidades del servicio. Y siempre, como hemos dicho, reforzando la autorización de salida o la libertad de acceso de ministros —éstos sí técnicamente *ministros autorizados*— que pudiesen prestar asistencia en los recintos militares.

Otra posibilidad queda abierta: la de que, habiendo ministros de las comunidades o de las Iglesias signatarias cumpliendo el Servicio Militar, soliciten se les asignen misiones de asistencia compatibles con su Ministerio (art. 4, 1, de los tres Acuerdos).

¹⁷⁰ «Cuando haya Capellanes de otras religiones, desempeñarán funciones análogas en las mismas condiciones que los católicos en consonancia con los Acuerdos que el Estado haya establecido con la iglesia, confesión o comunidad religiosa correspondiente» (art. 244 de las RR.OO. del Ejército de Tierra).

¹⁷¹ A. MARTÍNEZ BLANCO, *o. c.*, pág. 317, interpreta restrictivamente la referencia a «los términos de igualdad con otras confesiones con Acuerdo de colaboración con el Estado», y le da el sentido de que los mandos militares prestarán su colaboración para que este servicio tenga las mismas facilidades y apoyo que el de la Iglesia Católica. Para ratificar su impresión de que estamos ante ministros con libertad de acceso se fija en el artículo 9, 3, del Acuerdo con la Comisión islámica (*ibíd.*, pág. 318).

¹⁷² Cfr. M. MORENO ANTÓN, *o. c.*, págs. 120-121, en el sentido de que no es ni razonable ni proporcionado diferenciar entre los ministros de culto encargados de la asistencia religiosa reservando para unos un *status* funcional y para otros contractual. «Si la finalidad que persigue la norma se logra perfectamente a través de la vinculación contractual, la diferenciación que se introduce no resulta justificada de ningún modo y comporta consecuencias jurídicas desproporcionadas» (*ibíd.*, pág. 121).

2.7. LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS FUERZAS ARMADAS PARA LAS CONFESIONES SIN ACUERDO

Sobre esta materia nada hay determinado salvo las normas generales: Constitución, L.O.L.R. —y, para los centros militares, las RR.OO. de las Fuerzas Armadas y de cada uno de los tres Ejércitos—, «por lo que la dirección del respectivo centro habrá de resolver en cada caso de solicitud de asistencia espiritual si concede autorización para el acceso del ministro religioso o permite la salida del solicitante»¹⁷³.

El hecho de que se reconozca la libertad religiosa en las RR.OO. de las Fuerzas Armadas (art. 177) y la asistencia religiosa a los militares (artículo 195), reforzada por las disposiciones de las RR.OO. de los tres Ejércitos (v.c. arts. 234-234 y 238 de las del Ejército de Tierra), confirma que no estamos ante una potestad discrecional, aunque exista cierta discrecionalidad en su articulación.

Por la vaguedad de los Acuerdos con confesiones no católicas y otras disposiciones, la asistencia espiritual no católica en general, y especialmente en el exterior, se ha convertido en una potestad discrecional de la Administración; sería necesario *reglamentarla*, «para eliminar tanto los posibles abusos en el ejercicio de ese derecho por sus titulares, como, sobre todo, la arbitrariedad en que puede traducirse la apreciación discrecional de lo que deba considerarse como 'perturbación del régimen de vida de las unidades' o 'las razones de disciplina o seguridad' por parte de la Autoridad militar competente»¹⁷⁴.

PARTE III: CONCLUSIONES

Quisiéramos resumir todas nuestras consideraciones en unas pocas líneas.

De la primera parte recordar que el derecho a la asistencia religiosa surge propiamente de circunstancias que obstaculizan el ejercicio de la libertad religiosa individual. Este derecho lo ostentan individuos e, indirectamente, confesiones y postula una cooperación estatal que, con independencia de las fórmulas en que se produzca, debe partir siempre de un respeto de las respectivas competencias. En este sentido, si se adopta la forma del servicio público éste se entenderá como coparticipación, recurriendo a instrumentos como el concierto, etc.

¹⁷³ M. LÓPEZ ALARCÓN *Asistencia religiosa*, pág. 379. Por su simplicidad organizativa y por permitirlo, en condiciones normales y dentro de ciertos límites, el régimen de los establecimientos militares parece que en éstos se ha de preferir la libertad de salida; cfr. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *o. c.*, pág. 979.

¹⁷⁴ D. LLAMAZARES, *o. c.*, pág. 979.

En la segunda parte la Ley de Personal Militar ha de ser, de ahora en adelante, el punto de partida. Sus innovaciones son positivas; baste decir que el modelo asistencial perfeñado es más acorde con la Constitución. Sus notas son: estar inspirado en la legislación alemana, unificar la asistencia para todas las confesiones y basarse en una relación contractual que se asemeja, en ocasiones y por su permanencia, a la funcionarial ¹⁷⁵.

Algunos autores le achacan el quedarse corta en estos logros, pues los miembros del Servicio continúan íntimamente relacionados con la Administración del Estado «y, por tanto, la actividad asistencial religiosa puede continuar configurándose como una 'gestión directa del Estado' en términos administrativos de servicio público» ¹⁷⁶. También se objeta que sigue privilegiando a las instituciones que prestan la asistencia espiritual y desplaza al individuo a un lugar secundario, con merma de la relación personalizada, «que el principio de libertad religiosa impone en nuestro sistema» ¹⁷⁷.

Por el contrario, el modelo diseñado para las confesiones que han firmado Acuerdos de cooperación con el Estado evita todo confusionismo de funciones estatales y religiosas y se decanta preferencialmente por una asistencia en el exterior del centro —con permisos de salida—, reforzado por una posible asistencia no integrada en el interior de las dependencias militares, para casos en que la primera solución no baste.

En todo caso el balance de la Ley, que no carece de defectos ¹⁷⁸, y de los Acuerdos aprobados en aplicación de la L.O.L.R., que adolecen de vaguedad, es positivo, pues ambas disposiciones ofrecen la oportunidad de racionalizar —unificar— esta materia con la suficiente flexibilidad para que se garantice, en las mejores condiciones, la asistencia espiritual a los miembros de las Fuerzas Armadas que las soliciten, sin que se vea comprometida la independencia estatal ni gravado en exceso su presupuesto, y aquí aludimos al servicio prestado, durante su servicio militar, por los ministros de culto, posibilidad abierta en los Acuerdos de la Iglesia Católica y en los tres más recientes con otras confesiones.

¹⁷⁵ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *o. c.*, pág. 985.

¹⁷⁶ J. M. CONTRERAS MAZARIO, *La asistencia religiosa...*, pág. 69; M. LÓPEZ ALARCÓN, *Asistencia religiosa*, pág. 394; J. GOTI ORDEÑANA, *o. c.*, págs. 295-296.

¹⁷⁷ J. M. CONTRERAS MAZARIO, *Asistencia religiosa...*, pág. 81.

¹⁷⁸ Aparte de la vaguedad de las remisiones que se contienen en su disposición final séptima, no deja de intrigaros la disposición derogatoria 2.^a, por la que se mantienen en vigor por valor reglamentario, las Leyes que restablecían u organizaban los Cuerpos eclesiásticos de los tres Ejércitos, en tanto no se desarrolle la Ley.

En realidad, diga lo que diga esta desafortunada disposición, esas leyes van a tener valor aun después del desarrollo legal para los miembros de los Cuerpos eclesiásticos que opten por mantenerse en ellos. En cuanto a los que sean o se incorporen al Servicio de Asistencia Religiosa esas leyes nunca tendrán vigencia para ellos, pues la misma Ley de personal militar cumple el requisito de su derogación, si es que no es suficiente la oposición frontal entre la una y las otras.

Por lo que se refiere al régimen jurídico de los ministros de culto afectos al Servicio de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, no parece que a pesar de que su libertad religiosa queda mediatizada por su dependencia administrativa, ésta no deja de beneficiarles en otros aspectos y concretamente facilita la asistencia confesional católica en las Fuerzas Armadas. En general la reforma ha sido positiva, en cuanto que hoy queda más patente la función prevalentemente confesional del ministro.