

## LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN EL ÁMBITO HOSPITALARIO PÚBLICO ESPAÑOL

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como señala Molano, la asistencia religiosa es una de las cuestiones más difíciles del Derecho Eclesiástico porque en ella se pone en juego toda la normativa eclesias-tica, desde los principios constitucionales hasta las disposiciones más concretas que ponen, a veces, de relieve la operatividad de aquellos principios<sup>1</sup>. Este estudio tiene por objeto el régimen jurídico de la asistencia religiosa *católica* en los *centros hospitalarios públicos*, el cual es la resultante de convenios o acuerdos entre instituciones religiosas y estatales para hacer efectivo un derecho derivado del de libertad religiosa: el derecho a recibir asistencia religiosa de la propia Confesión (Art. 2 1º b) de la LOLR de 5 de julio de 1980).

Sin embargo, consideramos que este análisis exige la previa aclaración de determinadas cuestiones relacionadas con el tema, que nos permitirán comprender mejor aquella regulación. En primer lugar, de las múltiples y variadas acepciones que tiene el vocablo «asistencia religiosa»<sup>2</sup>, nosotros partiremos de aquella que la define como la mediación o intervención del Estado en aquellos casos en que resulta particularmente difícil el normal ejercicio del derecho de libertad religiosa por la especial sujeción en que se halla el individuo respecto al propio Estado. En otras palabras, la asistencia religiosa es el derecho que tiene el ciudadano sometido de forma especial al Estado a que éste garantice y proteja de forma efectiva su derecho a recibir asistencia religiosa de la propia Confesión, mediante la remoción de los obstáculos que impiden su normal ejercicio y la creación de las condiciones que lo permitan de forma plena. Se desprende de aquí que tal concepto lleva ínsito una limitación del ámbito personal del derecho porque la obligación estatal se produce respecto a individuos que se encuentran en determinadas circunstancias provocadas por el mismo Estado. Tales circunstancias se mencionan en el Art. 2 3º de la LOLR: internamiento en centros militares, penitenciarios, *hospitalarios* y otros similares *dependientes del Estado*. De lo dicho se desprende también que la asistencia religiosa es un derecho cuya titularidad corresponde al ciudadano, al individuo

1 Cf. «La asistencia religiosa en el Derecho Eclesiástico del Estado Español», *Persona y Derecho* 11 (1984), 212.

2 Vid. L. de Luca, «Assistenza religiosa,» *Enciclopedia del Diritto*, III (Milano 1958), 796.

(Art. 4 1º AJ) y que este derecho conlleva la obligación estatal de facilitar su ejercicio. Ahora bien, este deber estatal no puede identificarse ni confundirse con el deber de prestar asistencia religiosa, que nunca puede corresponder a un Estado que se considere a sí mismo como laico. Por eso, la ley es clara al respecto, la prestación de la asistencia corresponde de forma exclusiva a las Confesiones religiosas puesto que se trata de una actividad o conjunto de actividades de naturaleza exclusivamente religiosa o espiritual.

Concurren pues sobre este instituto jurídico tres sujetos bien distintos:

- El ciudadano internado en un centro estatal, titular del derecho.
- El Estado, que somete al ciudadano a una situación de especial sujeción y que debe procurarle el pleno y efectivo ejercicio de su derecho.
- La Confesión religiosa, única legitimada para prestar asistencia religiosa a sus fieles.

La concurrencia de los dos últimos sujetos y su distinta competencia sobre un mismo instituto jurídico explica y justifica la necesidad de acuerdos y convenios Estado-Confesiones religiosas sobre la materia, ya que la asistencia religiosa es un derecho individual que sólo puede verse satisfecho mediante la intervención de la propia Confesión, pero el Estado, como Estado social (Arts. 1 y 9 2º CE), está obligado a garantizar y posibilitar el ejercicio del derecho (Art. 2 3º LOLR), lo que hace absolutamente imprescindible la colaboración de las dos instituciones que pueden satisfacer de forma plena el derecho de la persona a recibir asistencia religiosa.

Interesa recalcar que el Estado no está obligado a prestar asistencia religiosa porque no puede asumir funciones religiosas que no le competen ya que ello supondría, como señaló el TC en su St. de 13-mayo-1982, infracción del principio de laicidad; pero sí está obligado a facilitar el acceso del ciudadano internado en un centro hospitalario, penitenciario u otro dependiente de él a los servicios y auxilios religiosos que su Confesión le ofrezca. Desde esta premisa, la problemática que plantea la asistencia religiosa hospitalaria se centra en *la manera* de hacer efectivo el derecho del ciudadano, es decir, en las *posibles formas* de colaboración entre los entes estatales y los eclesiásticos. Y esto es lo que pretendemos analizar aquí a través del examen de la naturaleza jurídica de los convenios sobre la materia y de su contenido, haciendo hincapié en aquellas cuestiones que consideramos especialmente «delicadas» tales como el llamado servicio de asistencia religiosa católica o la vinculación jurídica de las personas encargadas de prestar la asistencia con la Administración estatal.

## 2. EL MARCO JURÍDICO DE LA ASISTENCIA CATÓLICA HOSPITALARIA: CONVENIOS IGLESIA-ESTADO

La regulación vigente sobre asistencia religiosa católica en hospitales públicos tiene su base en el Art. 4 del AJ de 3 de enero de 1979 entre España y la Santa Sede. Este precepto reconoce el derecho de las personas internadas en hospitales

a recibir asistencia religiosa y señala la forma y manera de hacer posible su ejercicio efectivo en el ámbito hospitalario público: a través del común acuerdo entre las autoridades eclesiales y las estatales.

En cumplimiento de esta norma, recogida en un Tratado Internacional<sup>3</sup>, el régimen jurídico sobre asistencia católica es un *régimen pactado*, elaborado en común por órganos eclesiales y estatales.

La organización sanitaria española, en la que son competentes tanto el Estado como las Comunidades Autónomas (en adelante CA)<sup>4</sup>, así como la distinta titularidad de los centros hospitalarios públicos, que puede corresponder tanto al Estado como a CA, Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales (DP) y otras Fundaciones públicas, ha dado lugar a que la regulación acordada en materia de asistencia religiosa católica se realice a diversos niveles o instancias:

a) A nivel estatal o nacional existe el Acuerdo de 24 de julio de 1985 entre el Presidente de la Conferencia Episcopal Española (CEE) y los Ministros de Justicia y Sanidad<sup>5</sup> para garantizar la asistencia católica en todos los hospitales del sector público, excepto los militares y penitenciarios que se rigen por sus normas específicas (Art. 1). En aplicación de este Acuerdo, y en el ámbito de la Administración central, se firmó el Convenio entre el Instituto Nacional de la Salud (INS) y la CEE de 23 de abril de 1986 para hacer posible la asistencia católica en los hospitales dependientes del INS.

b) A nivel autonómico existen Acuerdos sobre la materia entre representantes de las CA de Cataluña, Andalucía, País Vasco, Madrid y Asturias y los Obispos de las Diócesis que forman parte del territorio de esas CA, para hacer efectiva la asistencia católica en los centros hospitalarios dependientes de aquellas.

c) Existen también Acuerdos a nivel local, entre DP y Ayuntamientos titulares de centros hospitalarios y los Obispos de las Diócesis correspondientes para facilitar asistencia religiosa católica en los hospitales pertenecientes a dichos organismos públicos<sup>6</sup>.

De todo este complejo normativo, realizado a distintas escalas, hay que destacar un dato y deben plantearse dos cuestiones difíciles. El dato a señalar es la distinta autoridad que suscribe el Acuerdo, tanto estatal como eclesial, según el ámbito de aplicación del mismo (nacional, autonómico o local). Las dos cuestiones que

3 Sobre la naturaleza internacional de los Acuerdos de 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede, vid. la St. del TC de 12 de noviembre de 1982 y el comentario que a la misma realiza la profesora A. Fernández Coronado en *La Ley* 1983-2, 75-83.

4 Los arts. 148 y 149 de la Constitución establecen la competencia exclusiva del Estado para establecer las bases y la coordinación general de la sanidad, al mismo tiempo que permiten que las CA asuman competencias en el ámbito sanitario, como así han hecho Cataluña, Andalucía, Asturias, Madrid y País Vasco, entre otras.

5 Fue publicado en el BOE de 21 de diciembre de 1985 en virtud de una Orden Ministerial de 20 de diciembre del mismo año, y entró en vigor el 1 de enero de 1986.

6 En el Anexo de este Trabajo se detallan todos los convenios vigentes sobre asistencia católica hospitalaria.

plantea esta maraña normativa están intrínsecamente relacionadas: la naturaleza jurídica de todos estos pactos y su eficacia normativa.

### 2.1. *Competencia para celebrar los Acuerdos: diversas clases de convenios*

La competencia de las autoridades que han dado vida al régimen pactado sobre asistencia católica hospitalaria ha venido determinada por la organización de la sanidad española, en la que el Estado tiene competencia exclusiva para establecer las bases y la coordinación general de la sanidad (Art. 149 CE), pero las CA pueden asumir, como así lo han hecho, competencias en materia sanitaria (Art. 148 CE)<sup>7</sup>. A ello se añade que existen centros hospitalarios cuya titularidad no es ni estatal ni autonómica, sino de DP y Ayuntamientos, lo cual ha afectado y condicionado la determinación de la autoridad eclesiástica legitimada para celebrar el convenio.

Así, en los Acuerdos de ámbito estatal las autoridades implicadas, tanto eclesiásticas como estatales, tenían capacidad para negociar a nivel estatal: CEE por parte de la Iglesia; representantes del Gobierno español y del órgano administrativo central correspondiente, por parte del Estado. En los convenios con las CA, a efectos de la determinación de la autoridad eclesiástica competente, debe distinguirse según que la CA sea uniprovincial o pluriprovincial. En el primer caso, han pactado los representantes del Gobierno de la Comunidad con el Obispo de la Diócesis cuyo territorio es, en este caso, coincidente con los límites territoriales de la CA<sup>8</sup>; en las CA pluriprovinciales, la regla general ha sido la intervención de representantes del Gobierno de la CA y un representante de todos los Obispos de las Diócesis integradas en el territorio de la correspondiente CA, dado que, en este supuesto, tras la distribución de España en CA, la organización territorial de la Iglesia no coincide con la división civil<sup>9</sup>. En este sentido, el Convenio de Andalucía se produce entre el Consejero de Salud de la Junta y un Obispo Delegado de los Obispos de las Provincias eclesiásticas de Granada y Sevilla; asimismo, el convenio de Cataluña tiene lugar entre el Consejero de Salud de la Generalitat y el Arzobispo de Barcelona como representante de los Obispos de las Diócesis catalanas; y en el País Vasco, el Acuerdo se celebra entre el Consejero de Sanidad de la CA y el Obispo de San Sebastián que actúa en su propio nombre y en representación de los Obispos de Bilbao y Vitoria.

7 Estas competencias se concretan en el desarrollo legislativo y la ejecución de la Legislación estatal en la materia (Art. 18 del Estatuto de Autonomía vasco; Art. 17 del Estatuto de Cataluña; Art. 33 del Estatuto de Galicia; Art. 27 del Estatuto de Madrid; Art. 20 del Estatuto de Andalucía... etc.).

8 Así, el Convenio sobre asistencia católica en hospitales dependientes del Principado de Asturias se celebró entre el Presidente de la Comunidad y el Obispo de la Diócesis de Oviedo. Asimismo, el convenio con la CA de Madrid tuvo lugar entre representantes de la Comunidad y del Arzobispado de Madrid-Alcalá.

9 Sobre este punto vid., A. Martínez Blanco, «El diálogo entre las CA y las Iglesias regionales y locales», *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al Prof. Maldonado* (Madrid 1982), 391-412; vid. también I. Aldanondo, «Las CA, el Estado y los bienes culturales eclesiásticos», IC 24 (1984), 351-55.

Desde la óptica del Derecho Español, no existe inconveniente para que una entidad jurídica (en este caso, una Diócesis) represente a otra en la realización de determinados actos jurídicos. Y desde la perspectiva canónica, según la doctrina más especializada, no parece que exista tacha que oponer a la actuación agrupada de distintas Diócesis en su diálogo con las CA<sup>10</sup>. En este sentido, Martínez Blanco afirma que «como no siempre coinciden los ámbitos territoriales de las CA y los correlativos órganos eclesiales (...) en definitiva, y dado el criterio territorial de competencia, tanto en la Iglesia como en el Estado, la única regla general que puede sentarse por el momento es que serán sujetos del diálogo con cada CA el correlativo o los correlativos órganos eclesiásticos cuyas competencias territoriales coinciden sobre el territorio concreto de aquella»<sup>11</sup>.

Por último, a nivel local, los convenios se han firmado entre los titulares del centro o centros hospitalarios y el Obispo de la Diócesis respectiva<sup>12</sup>. En este caso, al tener la Diócesis personalidad jurídica en el Ordenamiento Español y ejercer su legítimo representante, el Obispo, su jurisdicción en el territorio en que se incardina el titular del centro, no se han planteado interrogantes de tipo jurídico.

## 2.2. *Naturaleza jurídica de los convenios: diversa eficacia normativa*

Toda la regulación pacticia sobre asistencia católica hospitalaria arranca de la declaración contenida en el Art. 4 del A. J. Sin embargo, no todos los convenios tienen el mismo valor jurídico. El Acuerdo de 24 de julio de 1985 entre la CEE y los Ministros de Justicia y Sanidad fue el primero de todos y constituye la base y el fundamento de los restantes convenios suscritos a nivel central, autonómico o local. En otras palabras, el Acuerdo citado es, como dice la doctrina, un *Acuerdo Marco* que contiene las directrices y condiciones generales a las que deben ajustarse los demás<sup>13</sup>. Varios argumentos apoyan esta afirmación:

1.º La competencia exclusiva del Estado para establecer las bases generales de la sanidad española, correspondiendo a las demás instituciones estatales (CA, Ayuntamientos, DP...) el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación estatal<sup>14</sup>.

10 Vid. al respecto: F. Aznar Gil, «Los Acuerdos entre las CA y la Iglesia Católica en España sobre el patrimonio cultural de la Iglesia», *Estudis Baleàrics* 33 (1989), 20-21. También, C. Corral, «Conferencias Episcopales, Ordenamiento civil y comunidad política», *Las Conferencias Episcopales hoy* (Salamanca 1976), 146 y ss.

11 «El diálogo entre las CA y las Iglesias Regionales y locales», *Estudios de Derecho Canónico...*, 393.

12 Los ejemplos son numerosos: existen convenios entre las D.P. de Avila, Palencia, Ciudad Real, Almería, Toledo... y las Diócesis respectivas; también hay convenios entre el Cabildo Insular de la Palma y el Obispo de Tenerife y entre el Cabildo Insular de Lanzarote y la Diócesis de Canarias.

13 Vid., entre otros, J. Giménez y Martínez de Carvajal, «Asistencia religiosa en centros hospitalarios», *Acuerdos Iglesia-Estado Español en el último decenio. Su desarrollo y perspectivas* (Barcelona 1987), 81; C. Corral, «La Iglesia Católica y los centros hospitalarios. Estado de aplicación de los Acuerdos con la Santa Sede», *Constitución y Acuerdos Iglesia-Estado* (Madrid 1988), 249-50.

14 Cf. J. Goti Ordeñana, «El Derecho Eclesiástico ante el Estado autonómico español», *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Prof. P. Lombardía* (Madrid 1989), 462.

2.º El ámbito de aplicación del Acuerdo se extiende a todos los hospitales del sector público, entre los que expresamente se incluyen los del INSALUD, AINSA, CA, DP, Ayuntamientos y Fundaciones Públicas (Art. 1).

3.º El art. 9 del Acuerdo establece que las instituciones titulares de centros hospitalarios pueden concertar con las autoridades católicas competentes una regulación detallada de la asistencia religiosa católica, pero *dentro del marco establecido por el propio Acuerdo*.

4.º Las disposiciones del Acuerdo deben ser recogidas en los reglamentos y normas de régimen interno de todos los centros hospitalarios públicos (Art. 9, 2.º).

En base a ésto, todos los convenios posteriores, cualquiera que sea la instancia en la que se celebren, están sujetos a las normas establecidas por el Acuerdo de 1985 que constituye así el nexo de unión de todo el complejo normativo sobre asistencia católica hospitalaria, de tal manera que los demás convenios son concreción, aplicación y ejecución de lo establecido en el Acuerdo Marco (en adelante AM) y así se reconoce en la mayoría de ellos<sup>15</sup>.

Estamos pues en presencia de una serie de Acuerdos en cascada que tienen su fundamento los unos en los otros; el AM se apoya directamente en el Art. 4 del AJ; los demás convenios toman su base del AM. Ello ha llevado a un sector de la doctrina a calificar esta regulación como paradigma del llamado «complejo concordatario», como conjunto de normas cuyo origen está en los Acuerdos de 3 de enero de 1979, pero cuya aplicación requiere la intervención de otras instancias normativas hasta llegar a la base de una pirámide cuyo vértice estaría constituido por aquellos Acuerdos<sup>16</sup>. Nada que objetar a dicha calificación siempre que con ella no se quiera ir más allá, es decir, siempre que la misma no pretenda desembocar en la consideración de estos convenios como partícipes de la naturaleza de los Tratados Internacionales, o siempre que con ella no se quiera desconectar este conjunto normativo del resto del Ordenamiento estatal, trasladándole a un llamado Derecho Público Externo que no se sabe muy bien qué es ni el alcance que tiene<sup>17</sup>; todo lo cual nos conduce al tema de la naturaleza jurídica de la regulación pactada.

15 V. g. Preámbulos de los siguientes convenios: el celebrado entre el INS y la CEE de 23 abril 1986; el de la CA catalana y los Obispos de Cataluña; de 8 mayo de 1986; el del Principado de Asturias y la Diócesis de Oviedo de 18 febrero 1987; el de la CA andaluza y los Obispos de Andalucía de 26 diciembre 1986; el de la CA de Madrid y el Arzobispado de Madrid-Alcalá de 31 de Mayo de 1988. Destacar que el Convenio entre la CA vasca y los Obispos de Vascongadas es el único que, a nivel autonómico, omite la mención del AM, aunque sigue luego sus normas y directrices. Por lo demás, en todos los convenios locales se hace referencia expresa al AM como normativa a la que se somete la regulación convenida.

16 Cf. E. Molano, «La asistencia religiosa en hospitales públicos», *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al Prof. López Alarcón* (Murcia 1987), 327-28; el mismo trabajo puede verse en *Actualidad Administrativa* 20 (1987), 1137-1147.

17 No compartimos por ello la opinión de Martínez Blanco que califica a estos convenios como de Derecho Público Externo, como manifestación de un «tertium genus» entre el Ordenamiento interno y el internacional, al que denomina Ordenamiento interpotestativo (Cf. *Naturaleza jurídica de los pactos Iglesia-CA sobre patrimonio cultural*, ADEE, I (1985), 365).

Es verdad que la misma deriva de lo dispuesto en un Tratado Internacional (Art. 4 AJ), pero ello, a nuestro juicio, no puede significar que los convenios posean la naturaleza internacional del AJ, igual que no puede concluirse que toda norma jurídica española tenga naturaleza constitucional por estar basada o tener su fundamento en la Constitución. Conviene destacar, en este sentido, que en ninguno de los convenios las partes suscribientes tienen personalidad internacional, y en ninguno se han seguido los trámites previstos en los Arts. 93 y ss. de la Constitución relativos a los Tratados Internacionales.

A pesar de estas consideraciones, un sector de la doctrina estima que el AM al menos, participa del valor y la fuerza vinculante del AJ por ser la forma concreta prevista para su ejecución y por su carácter de norma marco, de manera que su rango jurídico no es el de una Orden Ministerial, instrumento utilizado para su publicación en el BOE, sino el de una norma de aplicación inmediata de un Tratado Internacional y por tanto con un rango jerárquico inmediatamente inferior al de la Constitución y el Tratado Internacional<sup>18</sup>.

Entendemos que el AM es el resultado de una declaración contenida en un Tratado Internacional, pero ello no debe conducir a su asimilación al Tratado, ni mucho menos a extraerlo del conjunto del sistema jurídico español e incluirlo en una especie de Derecho concordatario, diferenciable del resto del Ordenamiento estatal. Desde nuestro punto de vista, dicho Acuerdo trata de hacer efectivo el derecho a recibir asistencia religiosa del ciudadano internado en un hospital público, mediante la necesaria coordinación de las dos instituciones que pueden hacerlo posible: la Confesión religiosa y el Estado; y desde esta perspectiva, es un convenio de Derecho Público interno que no tiene características distintas de aquellos que el Estado pueda realizar con otros colectivos sociales.

Ahora bien, por su contenido y por su ámbito de aplicación, creemos que el AM es un *convenio normativo*, es decir creador de Derecho objetivo, porque establece un régimen jurídico específico sobre la asistencia católica hospitalaria que no estaba previsto en la norma origen del convenio, de carácter meramente programático (Art. 4 AJ). La fuerza normativa del convenio en el Ordenamiento Español viene dada por su publicación en el BOE y en este sentido sí coincidimos con Molano en que la Orden Ministerial es simple instrumento para su publicación<sup>19</sup>, que es el acto unilateral por el que el Estado otorga eficacia jurídica en su ámbito a este Pacto. Este convenio normativo puede ser asimilado *en parte* a los convenios interadministrativos<sup>20</sup>. No puede calificarse de tal porque lo característico de aquellos es que tienen lugar entre entidades de Derecho Público, entendiéndose por tales las pertenecientes a la Administración estatal, y, por mucho que se quiera forzar la dudosa y cuestionable personalidad jurídico-pública de las entidades católicas, nin-

18 Cf. E. Molano, «La asistencia religiosa en hospitales...», 326; también J. Giménez y Martínez de Carvajal, «Asistencia religiosa en centro hospitalarios...», 84.

19 Cf. «La asistencia religiosa en hospitales...», 326.

20 Sobre este tema Vid. A. Menéndez Rexach, *Los convenios entre Comunidades Autónomas* (Madrid 1982), 61 y 22.

guna de ellas puede ser Administración pública, ninguna forma parte de la estructura estatal, pues, en otro caso, se estaría violando el Art. 16 3.º de la Constitución. Sin embargo, se asimila a los convenios interadministrativos en cuanto que las partes no tienen una posición desigual de subordinación Administración-administrado, sino que actúan en un plano de igualdad y coordinación, en el ejercicio de sus respectivas competencias (las religiosas de fijación del contenido y objeto de la asistencia, la CEE; las estatales de fomento y promoción de un derecho, los representantes del Gobierno). Cobra aquí especial relieve la especial naturaleza de la materia objeto del convenio: la asistencia religiosa a los ciudadanos, en que están claramente delimitadas las competencias de las autoridades estatales y eclesiásticas, pues, aun estando obligado el Estado a hacer efectivo el derecho, sus funciones no pueden ir más allá de remover los obstáculos y crear las condiciones precisas para hacer real su ejercicio, correspondiendo de forma exclusiva a la Iglesia Católica *prestar* la asistencia religiosa a sus fieles.

Recapitulando, desde nuestro punto de vista el AM es un convenio normativo de Derecho Público interno, celebrado entre órganos eclesiásticos y estatales que actúan en pie de igualdad en el marco de sus respectivas competencias. Es de Derecho Público interno por razón de los sujetos que lo realizan, de su modo de integración al Derecho Español y de su contenido; es normativo por razón de su contenido y de su ámbito de aplicación, al establecer el régimen jurídico básico de la asistencia religiosa católica en todos los hospitales del sector público. Consecuencia de esta calificación es que su modificación o derogación debe realizarse del mismo modo que su elaboración, a través del mutuo acuerdo de las partes, que están sometidas al principio «*Pacta sunt servanda*».

¿Tienen la misma naturaleza los convenios posteriores, suscritos a nivel central, autonómico y local?

Es evidente que tampoco tienen naturaleza internacional, aunque su fundamento último se halle en una norma de tal carácter. Por otra parte, estos convenios son concreción y aplicación del AM en los hospitales dependientes de los órganos estatales que los suscriben (INS, CA, DP, Ayuntamientos, Fundaciones Públicas). Respecto de los mismos, es posible reconducirlos a tres esquemas jurídicos bien distintos, todos ellos en el ámbito del Derecho Público español:

1. Convenios interadministrativos.
2. Contratos administrativos de gestión de servicios públicos.
3. Convenios de colaboración Administración-administrados<sup>21</sup>.

En cualquiera de los tres casos, estaríamos en presencia de actos negociales y no normativos porque el acuerdo de voluntades de las partes versaría sobre la aplicación del Derecho objetivo establecido con carácter general (en nuestro caso, en el

21 Intencionadamente no abordamos su posible configuración como leyes paccionadas por entender que esta categoría jurídica no tiene cabida hoy en el Derecho Español, no obstante haber sido defendida por algunos autores (Vid. E. Bajet, *Acuerdos entre la Generalitat de Cataluña y la Iglesia Católica*. Presupuestos doctrinales, IC 46 (1983), 870 y ss.).



AM). Por tal motivo, la primera diferencia con el AM es que son convenios de gestión o ejecución, pero no convenios normativos.

1. La calificación de estos Acuerdos como convenios interadministrativos ha sido defendida por algunos autores para excluirlos de la aplicación de la Ley de Contratos del Estado (LCE)<sup>22</sup>. Esta calificación choca, a nuestro juicio, con una dificultad técnico-jurídica insalvable: esos convenios se caracterizan porque las partes son siempre entidades de Derecho Público y en ello se diferencian de los llamados convenios de colaboración que celebra la Administración con los particulares<sup>23</sup>. Por mucho que se afirme que «el Estado reconoce carácter de ente público a los órganos diocesanos regionales de la Iglesia en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos»<sup>24</sup>, el principio de laicidad impide considerar a cualquier ente de la Iglesia Católica como entidad pública, entendiendo por tal la entidad dotada de poder público e incardinada en la organización estatal. Es verdad que la Iglesia Católica y sus entidades sirven a intereses generales y desde esta óptica, su actividad trasciende de lo meramente privado, pero ello no es suficiente, en un plano estrictamente jurídico, para asimilarlas sin más a las entidades públicas, con el consiguiente sometimiento al régimen jurídico de las Administraciones públicas y la consiguiente aplicación de todas las prerrogativas y privilegios que el mismo conlleva. Se iría en contra, no ya sólo del Art. 16 3.º de la Constitución, sino también de su Art. 14. Por este motivo, no podemos estar de acuerdo con Combalía Solís cuando afirma que «la posibilidad de una personalidad jurídico-pública para la Iglesia particular, con cuya cabeza la Administración celebra convenio, legitima que traslademos el estudio del 'oportuno convenio con el Ordinario' al ámbito de las relaciones interadministrativas o entre entes jurídico-públicos»<sup>25</sup>.

Creemos por tanto que el hecho de que una de las partes de los convenios que aquí analizamos no sea entidad pública, en el sentido ya indicado, impide calificarlos como convenios interadministrativos.

2. Una segunda posibilidad es considerar a estos convenios como contratos administrativos y someterlos a la L.C.E. de 8 de Abril de 1965, que regula tres tipos de contratos: obras, suministros y gestión de servicios públicos. ¿Ante qué tipo de contrato administrativo nos hallaríamos?

a) La praxis anterior al AM era considerar a los pactos entre instituciones hospitalarias y Ordinarios del Lugar como contratos administrativos de gestión de servicios públicos, sometidos a los Arts. 62 y ss. de la LCE<sup>26</sup>. En esta línea,

22 Vid. A. Martínez Blanco, «Naturaleza jurídica de los pactos...», 365. También, Z. Combalía Solís, «Vinculación jurídica de los capellanes en el Acuerdo Marcos de asistencia religiosa hospitalaria de 1985», ADEE IV (1988), 390-94.

23 Cf. A. Menéndez Rexach, *Los convenios entre Comunidades Autónomas...* 63.

24 A. Martínez Blanco, «Naturaleza jurídica de los pactos...», 366.

25 «Vinculación jurídica de los capellanes...», 394. Se está refiriendo al posible convenio que pueda celebrarse entre la Administración y el Obispado para establecer el estatuto jurídico del capellán o sacerdote encargado de prestar la asistencia católica.

26 Cf. E. Molano, «La asistencia religiosa en hospitales...», 333; también Z. Combalía Solís, «Vinculación jurídica de los capellanes...», 391 en el que se recoge la jurisprudencia al respecto del TCT.

existen hoy algunos Acuerdos que se califican a sí mismos como «contratos administrativos de prestación de servicios»: El Convenio entre el Cabildo Insular de Lanzarote y la Diócesis de Canarias (Art. 9); el celebrado entre la DP y el Obispado de Ciudad Real (Preámbulo); y el Convenio entre la DP de Pontevedra y la Diócesis de Tuy-Vigo (Disposición novena)<sup>27</sup>.

Sin embargo, creemos que la aplicación a estos Acuerdos de la categoría jurídica del contrato administrativo de gestión de servicios públicos es contraria a la naturaleza de la asistencia religiosa, que no puede ser concebida como un servicio público, es decir como una actividad cuya titularidad, competencia y responsabilidad corresponde en exclusiva al Estado<sup>28</sup>. Esta configuración del servicio público impide incluir a estos convenios en el esquema del contrato de gestión de servicios públicos, porque en un Estado laico como el nuestro, la asistencia religiosa nunca puede ser entendida como una actividad propia y exclusiva del Estado, sino como una actividad propia de las Confesiones que el Estado debe facilitar y garantizar para que pueda llegar a sus destinatarios (los ciudadanos)<sup>29</sup>. Si la competencia en materia de asistencia es siempre doble y diferenciada (prestación por las Confesiones; creación de las condiciones para que se preste por parte del Estado), no creemos que pueda calificarse de servicio público, pues, de ser así, el Estado estaría asumiendo como propias funciones religiosas que no le corresponden, con evidente lesión del principio de laicidad<sup>30</sup>. A estos argumentos se añade uno más: como señala Combalía Solís, al contrato de gestión de servicios se le aplican las prerrogativas que la Legislación de contratos del Estado otorga a la Administración, y que se justifican, en parte, por la titularidad que tiene sobre el servicio cuya gestión contrata; pero, en los convenios que examinamos, tales prerrogativas serían un abuso por parte de la Administración y una lesión para los intereses religiosos de las Confesiones, porque, en materia de asistencia religiosa, son competentes por igual, en sus respectivos ámbitos, el Estado y la Iglesia<sup>31</sup>.

Todas estas razones nos llevan a concluir que no es correcto, en buena técnica jurídica, llamar a estos convenios contratos de gestión de servicios públicos.

27 La finalidad que parece tener tal calificación es evitar que surja relación alguna de tipo funcional o laboral entre la institución estatal y el sacerdote que presta la asistencia. Por eso, se dice que el contrato se celebra con una persona jurídica (la Diócesis) y por un precio que se abona a esa persona jurídica, siendo independiente de las relaciones de cualquier índole que puedan surgir entre el Obispado y el sacerdote (Cláusula novena del Convenio entre la DP de Pontevedra y la Diócesis de Tuy-Vigo).

28 El Art. 63 de la LCE dispone que el Estado podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, todos los servicios de *su competencia*. Y el Art. 197 del Reglamento General de contratación del Estado establece que antes de proceder a la contratación de la gestión del servicio público, debe publicarse el régimen jurídico básico del mismo, que declare que la actividad de que se trate queda asumida por el Estado *como propia*.

29 Vid. sobre este punto, J. Calvo Otero, «La asistencia religiosa como servicio público: La colaboración del Estado», ADEE IV (1988), 135 y ss.

30 «El principio de laicidad impide que los valores religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos, al mismo tiempo que veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» (St. del TC de 13 de Mayo de 1982, *La Ley* 1982-3, 899).

31 Cf. «Vinculación jurídica de los capellanes...», 392.

b) Cuestión distinta sería que se les calificase como contratos de servicios, pero no administrativos, sino arrendamientos de servicios sometidos al Derecho Privado y ajenos al Derecho Administrativo. Sin embargo, aunque esta calificación es posible, plantea algunos inconvenientes:

— Algunos convenios hacen expresa referencia a su naturaleza administrativa y a su sometimiento al Derecho de idem y a la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>32</sup>.

— La asistencia religiosa no es un servicio público, pero sí contribuye de forma indirecta al pleno desarrollo y satisfacción del servicio público sanitario, como un aspecto del mismo que posibilita la atención integral al enfermo y coadyuda a una mejor calidad de la asistencia sanitaria que recibe<sup>33</sup>. Desde este punto de vista, debe tenerse en cuenta el Art. 4 2º de la LCE que califica de administrativos a aquellos contratos que, sin ser de obras, suministros o gestión de servicios públicos, estén vinculados directamente al desenvolvimiento general de un servicio público o revistan características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato. Consideramos que los convenios que aquí estudiamos pueden encajar perfectamente en cualquiera de los dos supuestos contemplados por esta norma, dada la especial naturaleza de su objeto (la asistencia religiosa católica).

Este último argumento permite afirmar que, aun no pudiendo ser considerados como contratos de gestión de servicios públicos ni como contratos privados de arrendamientos de servicios, sí podrían ser contratos administrativos de los contemplados en el Art. 4 2º de la LCE; en este caso, como dispone dicho precepto, se regirían por sus normas administrativas especiales y, en su defecto, por las normas de la LCE relativas a los contratos de obras, suministros y gestión de servicios públicos. Sin embargo, el inconveniente que tiene esta calificación es que permanecen inalteradas las prerrogativas y privilegios que otorga a la Administración la Legislación de contratos del Estado y que chocan con la naturaleza del objeto de los convenios, sobre el que son igualmente competentes en paridad de condiciones, pero en diferentes ámbitos, tanto el Estado como la Iglesia.

c) La tercera posibilidad es considerar a los Acuerdos como «convenios de colaboración», figura jurídica a la que hace referencia el Art. 2 7º de la LCE, que excluye de su ámbito de aplicación a los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulen, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas de Derecho Privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados por la Ley<sup>34</sup>. Estos convenios se rigen, de forma supletoria, por las reglas sobre preparación, adjudicación y efectos del contrato de gestión de servicios públicos (Art. 2 in fine LCE).

Los convenios de colaboración se insertan en la llamada *acción concertada* de la Administración y son considerados por nuestra jurisprudencia como contratos de naturaleza administrativa, por resultar clara la presencia negocial de la Administra-

32 Cláusula novena del convenio entre la DP de Pontevedra y la Diócesis de Túa-Vigo; Art. 9 del convenio entre el Cabildo Insular de Lanzarote y la Diócesis de Canarias.

33 Cf. E. Molano, «La asistencia religiosa en hospitales...», 329.

34 Redactado conforme a la modificación que introdujo la Ley 37/1988 de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado.

ción, pero también como contratos administrativos especiales o atípicos por no estar regulados al detalle por la legislación de contratos del Estado y por estar excluidos del ámbito de aplicación de la LCE<sup>35</sup>. En cambio, doctrinalmente se discute la naturaleza jurídica de estos convenios, y aún reconociéndose que algunos pueden tener naturaleza negocial, se piensa que la relación de subordinación administrado-Administración, propia de los contratos administrativos, está matizada y disminuida por la existencia de una concurrencia negocial de voluntades<sup>36</sup>. Doctrinalmente se estima también que estos convenios no pueden identificarse con los contratos regulados en la LCE y que, en general, deben distinguirse de todos los contratos administrativos, puesto que se rigen por sus normas específicas y porque, en otro caso, podrían subsumirse en los p. 2º o 3º del Art. 4 de la LCE<sup>37</sup>.

Partiendo de esta configuración doctrinal y jurisprudencial de los convenios de colaboración, creemos que es el esquema jurídico en el que mejor encajan los Acuerdos entre las autoridades estatales y las eclesiásticas sobre asistencia católica hospitalaria. Coincidimos con Baena del Alcázar en que son actos negociales de Derecho Público interno en los que la Administración actúa como poder público y las Diócesis como entidades jurídicas privadas o administrados, los cuales generan derechos y obligaciones para ambas partes, estando sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>38</sup>; pero opinamos también que no son actos negociales típicos porque las peculiares características de su objeto (la asistencia religiosa en hospitales) exigen que los exorbitantes poderes que la legislación de contratos del Estado atribuye a la Administración estén reducidos al mínimo, de tal manera que las partes tengan más una relación de coordinación que de subordinación<sup>39</sup>. Debe tenerse en cuenta que, aunque dichos convenios no gestionen un servicio público, sí tienen por objeto un fin de interés general que, de manera mediata, contribuye a la satisfacción de la asistencia sanitaria pública: hacer efectivo en el ámbito hospitalario un derecho que forma parte del contenido del derecho fundamental de libertad religiosa, cual es el derecho a recibir asistencia religiosa de la propia Confesión (Art. 2 1.º b/ LOLR).

35 Vid. la St. del TS de 8 de enero de 1990, que sigue la línea jurisprudencial marcada por las Sts. del TS (Sala 3.ª) de 13 de febrero de 1987, 17 de julio de 1987 y 16 de octubre de 1987.

36 Vid. el comentario de F. J. Jiménez de Cisneros Cid a la St. del TS de 8 de enero de 1990 en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* n.º 23 (abril-agosto 1990), 425-442, en el que se consignan las distintas posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de los convenios de colaboración.

37 Cf. F. J. Jiménez de Cisneros Cid, «Comentario a la St. del T. S. de 8 de enero de 1990...».

38 Cf. Los Acuerdos entre las CA y las Diócesis o Provincias eclesiásticas, *Constitución y Acuerdos Iglesia-Estado* (Madrid 1988), 34-46. Vid. también M.ª E. Olmos Ortega, *La regulación del factor religioso en las Comunidades Autónomas Española* (Salamanca 1991), 129 y ss. en las que incluye a estos convenios en el campo de la Administración concertada.

39 En este sentido, y por resultar ilustrativo de las ideas que hemos querido exponer, reproducimos parte del contenido del Preámbulo del convenio entre el Principado de Asturias y la Diócesis de Oviedo de 18 de febrero de 1987 por el que se ratifica, entre otros, el Acuerdo sobre asistencia católica en los hospitales dependientes del Principado: «... Sin perjuicio de la independencia de actuación que las instituciones representadas tienen en los ámbitos de su exclusiva competencia, reconocen la existencia de áreas en las que confluyen intereses comunes cuya adecuada gestión requiere una actuación que en todo momento debe responder a principios de leal colaboración y entendimiento en aras de la mejor satisfacción de las necesidades generales de la comunidad asturiana. En virtud de lo enunciado, ambas partes declaran como principios orientadores de las relaciones interinstitucionales los de colaboración, cooperación e intercambio permanente de información en las áreas citadas y respeto riguroso de su singular ámbito de actuación».

Pues bien, con su calificación como convenios de colaboración, se evitan los inconvenientes que planteaba su consideración como contratos administrativos del Art. 4 2º LCE, pues así calificados, la legislación sobre contratos del Estado sólo se les aplica con carácter residual (Art. 2 in fine LCE) al regirse por sus normas específicas, y sobre todo, se recortan las prerrogativas de la Administración en material contractual.

### 2.3. *Duración*

El tiempo de vigencia de los convenios sobre asistencia católica varía en base a sus distintas características y naturaleza jurídica. El AM, convenio normativo, fue integrado al Ordenamiento Español mediante su publicación en el BOE por Orden Ministerial de 20 de diciembre de 1985. Como norma jurídica de carácter general, está sujeta a las reglas del Derecho Español sobre extinción o derogación de las leyes<sup>40</sup>, con la salvedad de que, a nuestro juicio, su derogación por una norma posterior debería ser pactada por los correspondientes órganos eclesiásticos y estatales.

Los convenios de ejecución del AM, sean centrales, autonómicos o locales, suelen contener estipulaciones acerca de su entrada en vigor, pero no todos hacen referencia a su duración ni establecen plazos de extinción, la cual podría producirse, desde nuestro punto de vista, por el común acuerdo de ambas partes. En caso de incumplimiento por cualquiera de ellas, lo procedente no es pensar en su extinción automática sino en su resolución mediante el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes. Excepcionalmente, el Convenio entre el Principado de Asturias y la Diócesis de Oviedo, en su Disposición Final, establece que la vigencia del mismo será de dos años, transcurridos los cuales podrá ser objeto de revisión a petición de cualquiera de las partes. La redacción del precepto permite presumir que si dicha petición de revisión no se produce, el convenio continuará vigente y produciendo efectos.

Más frecuente es que los convenios locales contengan cláusulas relativas a su duración. Así, el Convenio entre la DP y el Obispado de Palencia dispone como tiempo de vigencia el de cuatro años prorrogables por períodos iguales si no es denunciado por cualquiera de las partes con una antelación mínima de tres meses a su vencimiento (Art. 7). El convenio entre el Cabildo Insular de La Palma y el Obispado de Tenerife tiene validez durante un año a contar desde su firma, pero se prorroga tácitamente por años si alguna de las dos partes no solicita su resolución o modificación durante el último trimestre de su vigencia (Art. 7)<sup>41</sup>.

40 Las leyes se extinguen por su derogación por otras posteriores, por finalización del plazo predeterminado de vigencia con el que nació la ley o por la desaparición de la situación que dio lugar a su nacimiento (Cf. L. Díez-Picazo - A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid 1990, 132-33).

41 El convenio entre la DP y la Diócesis de Ávila, sin señalar término a quo, sí establece su posible revisión por mutuo acuerdo de las partes o a petición de una de ellas (Art. 11). Por otra parte, el convenio entre el Cabildo Insular de Gran Canaria y la Diócesis de Canarias establece un término ad quem, comprometiéndose el Cabildo a cumplir todas las disposiciones del convenio en un plazo de tres años (Cláusula primera).

En cualquier caso, creemos que estos convenios de ejecución del AM, por ser actos negociales y no normativos, se extinguen, además de por las causas previstas en el propio convenio, por las reglas de extinción del contrato administrativo de gestión de servicios públicos (Arts. 75 a 80 LCE), cuya regulación se les aplica con carácter supletorio (Art. 2 in fine LCE).

### 3. EL RÉGIMEN JURÍDICO PACTADO: CONTENIDO DE LOS CONVENIOS

Los convenios sobre asistencia católica hospitalaria toman su contenido básico del AM y los principios que inspiran su regulación son los de ese AM que, a su vez, se apoya en la Constitución. La regulación pactada es así manifestación del principio de cooperación del Art. 16 3º de la Constitución y en toda ella se dejan sentir el resto de los principios constitucionales en materia religiosa<sup>42</sup>. Prueba de ello es la obligación estatal, contenida en el Art. 1 del AM y reiterada luego en los demás convenios, de garantizar la asistencia religiosa a los católicos internados en hospitales públicos, como consecuencia del reconocimiento constitucional del derecho de libertad religiosa y como proyección del Estado social de Derecho que es España, obligado a remover los obstáculos y crear las condiciones que hagan posible el ejercicio efectivo de los derechos (Arts. 1 y 9 2º Constitución Española). Al mismo tiempo, la asistencia católica debe garantizarse con el debido respeto a la libertad religiosa y de conciencia (Art. 1 2º AM), lo que también es derivación del derecho fundamental de libertad religiosa. Asimismo, la especial configuración del servicio religioso y las opciones utilizadas para la vinculación jurídica con la Administración de las personas encargadas de prestar la asistencia religiosa católica son una consecuencia del principio de laicidad del Art. 16 3º de la Constitución, como veremos más adelante.

#### 3.1. *Destinatarios de la asistencia religiosa católica*

El Art. 2 del AM dispone que la asistencia católica se prestará, en primer lugar, a los pacientes católicos del centro hospitalario, pero estará abierta a los demás pacientes siempre que, de forma libre y espontánea, lo soliciten. El mismo precepto señala que también pueden beneficiarse de la asistencia católica los familiares de los pacientes y el personal católico del hospital, aunque, en estos casos, con un carácter subsidiario: siempre que lo permitan las necesidades del servicio<sup>43</sup>. Esta norma se repite sin variaciones en los demás convenios sobre la materia<sup>44</sup>.

42 Sobre este tema, vid. E. Molano, «La asistencia religiosa en el Derecho Eclesiástico del Estado Español», *Persona y Derecho* 11 (1984), 233-44.

43 Como dice Molano, resulta ocioso plantearse el fundamento de esta restricción porque es evidente que el ejercicio de la libertad religiosa que el Estado debe garantizar a todos, se encuentra especialmente impedido en el caso de los enfermos, pero no en el resto de las demás personas que pueden valerse por sí mismas aunque se encuentren en el hospital (Cf. *La asistencia religiosa en los hospitales...* 331).

44 V. g.: Art. 3 del convenio entre el INS y la CEE; Art. 2 del Acuerdo Generalitat-Obispos de Cataluña; Art. 4 del convenio C. A. Andaluza-Obispos de Andalucía; Art. 2 del convenio Asturias-Diócesis de Oviedo; Art. 2 del convenio C. A. Vasca-Obispos vascos; Art. 3 convenio C. A. de Madrid y Arzobispo Madrid-Alcalá; Art. 3 convenio D.P. y Diócesis de Ávila; cláusula cuarta del Convenio

### 3.2. *Contenido de la asistencia religiosa católica*

Las prestaciones que derivan de la asistencia religiosa, al tener naturaleza espiritual, son ajenas a la competencia del Estado y por ello su fijación corresponde de forma exclusiva a las autoridades eclesíásticas, pues, en otro caso, se estaría infringiendo el principio de laicidad. No obstante, ello no es óbice para que algunas de las prestaciones se reflejen en los convenios sobre asistencia católica. El Art. 1 2º del A.M. tan sólo dice que el contenido de la asistencia católica será conforme con lo dispuesto en el Art. 2 de la LOLR. Sin embargo, algunos de los convenios que lo desarrollan son más explícitos y enumeran, con carácter abierto, algunas de las actividades concretas que comporta la asistencia religiosa. Así, el convenio entre el INS y la CEE de 23 de Abril de 1986 establece que la asistencia religiosa y atención pastoral a los enfermos comprenderán, *entre otras* (por lo tanto no es un *numerus clausus*), las siguientes actividades:

- Visita a los enfermos.
- Celebración de actos de culto y administración de sacramentos.
- Asesoramiento en cuestiones religiosas y morales.
- Colaboración en la humanización de la asistencia hospitalaria<sup>45</sup>.

Especial mención merece el Convenio entre la CA vasca y la representación de los Obispos de las Diócesis vascas, que no realiza una enumeración mínima de las actividades que puede englobar la asistencia católica, sino que deja la fijación de su contenido de forma exclusiva a la autoridad eclesíástica competente, la cual está también obligada a velar para que la acción pastoral se realice de acuerdo con las normas diocesanas sobre pastoral sanitaria y con el debido respeto al contenido del derecho de libertad religiosa (Art. 3 2º). Por el contrario, y en el marco de libertad que en este aspecto ofrece el AM, algunos convenios concretan aún más las actividades genéricas de la asistencia católica previstas en otros convenios; así, según el Art. 4 del Convenio entre la DP de Pontevedra y la Diócesis de Tuy-Vigo, el objeto de la asistencia católica en el Hospital Psiquiátrico Provincial, y por tanto, las obligaciones del sacerdote que la preste, será como mínimo el siguiente:

- Celebración de la Santa Misa todos los domingos y festividades religiosas.
- Atención religiosa a los internos durante tres horas y media diarias en jornada matutina.

DP y Arzobispado de Toledo; Art. 3 del convenio D. General de Aragón y Obispado de Teruel; Art. 1 del convenio DP y Obispado de Ciudad Real..., etc.

<sup>45</sup> Recogen también esta enumeración de actividades: el Art. 2 del Convenio entre el Instituto Catalán de la Salud y la Conferencia Episcopal Tarraconense; Art. 3 del convenio andaluz; Art. 1 convenio asturiano; Art. 2 convenio madrileño; Art. 2 del convenio DP y Obispado de Ávila; Art. 2 convenio DP y Obispado de León; Art. 3 convenio DP y Arzobispado de Toledo; Art. 2 convenio DP y Diócesis de Almería; Art. 2 convenio D. General de Aragón y Diócesis de Teruel; Art. 2 convenio Cabildo Insular de Lanzarote y Diócesis de Canarias.

— Acudir a los requerimientos urgentes para el servicio de su ministerio cuando se le avise<sup>46</sup>.

### 3.3. *El servicio religioso de asistencia católica*

Teóricamente existen tres posibles sistemas para hacer efectiva la asistencia religiosa hospitalaria<sup>47</sup>:

1) El sistema de libre acceso o alternativa de puertas abiertas, consistente en la autorización por parte del hospital para la entrada de personas adecuadas para auxiliar espiritualmente a los pacientes.

2) Prestación por el Estado de la infraestructura necesaria, pero servicio religioso exclusivo de la Confesión, que corre con su organización, funcionamiento y coste económico.

3) Integración de la asistencia religiosa en el hospital, mediante la creación de un servicio religioso cuyo mantenimiento económico corresponde al Estado, pero cuyo funcionamiento corresponde a la Iglesia o Confesión de que se trate.

De estas tres posibles modalidades, el AM opta por la creación en los centros hospitalarios de un *servicio u organización de asistencia religiosa católica* (Art. 2), es decir, opta por la integración de la asistencia en el ámbito hospitalario, evitando así los inconvenientes de los otros dos sistemas<sup>48</sup> y haciendo posible que la asistencia religiosa católica tenga un carácter permanente y no ocasional o pasajero<sup>49</sup>.

#### 3.3.1. *Estructura y organización*

El servicio religioso católico se configura como uno más de los servicios que conforman el organigrama del centro hospitalario y, para su plena integración en el mismo, se vincula a la Dirección o Gerencia del hospital (Art. 2 AM). Así concebido, debe contar con los locales adecuados, tales como capilla, despacho y lugar para residir o pernoctar, y con los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento (Art. 3 AM). Además, debe desarrollar su actividad en coordinación con los demás servicios del hospital, que están obligados a prestar la necesaria colaboración para su pleno desenvolvimiento y especialmente a facilitar las informaciones oportu-

46 El convenio entre el Cabildo Insular de La Palma y el Obispado de Tenerife recoge también como contenido de la asistencia católica las siguientes actividades, que constituyen las obligaciones del capellán: atención litúrgico-pastoral a la comunidad religiosa 'Hijas de la Caridad' que trabajan en el hospital Ntra. Sra. de los Dolores; prestar el servicio religioso a los enfermos y sus familiares; atender el culto en la Iglesia adjunta al hospital citado; permanecer en el centro media jornada laboral y estar localizado para las urgencias; atenerse a las normas diocesanas sobre pastoral sanitaria (Art. 3).

47 Vid. E. Molano, «La asistencia religiosa en hospitales públicos», *Actualidad Administrativa* 20 (1987), 1144 nota 8; también C. Corral, *La Iglesia Católica y los centros hospitalarios...*, 251-53.

48 Dice Corral que el sistema de libre acceso resultaría inviable en los grandes hospitales, no daría respuesta a las situaciones de urgencia, apartaría la asistencia religiosa de la atención humanizadora al enfermo y sería contrario a la práctica común de los Estados Occidentales; el mismo autor considera que el segundo sistema, si bien garantiza la independencia de la Iglesia, recorta la capacidad de acción e incidencia en la vida del hospital y se reduce a un servicio externo en el que el sacerdote debe moverse siempre como de prestado (Cf. *La Iglesia Católica y los centros hospitalarios...*, 252).

49 Cf. J. Giménez y Martínez de Carvajal, *Asistencia religiosa en centros hospitalarios...*, 86.



tunas sobre los pacientes (Art. 5 AM). La dependencia orgánica del servicio religioso al hospital tiene como consecuencia que su establecimiento o supresión estén en función de la apertura o cierre de centros hospitalarios (Art. 8 AM) y que el número de personas encargadas del servicio guarde relación con el número de camas, es decir, con el tamaño del hospital (Anexo I AM).

Todos los convenios posteriores reiteran las disposiciones del AM acerca del servicio religioso de asistencia católica, y tan sólo algunos introducen leves variaciones sobre los medios materiales con los que debe contar<sup>50</sup>, o sobre la colaboración que deben prestar los demás servicios del hospital<sup>51</sup>, o sobre la influencia que la modificación del número de camas del hospital puede tener sobre el número de personas que se hacen cargo del servicio religioso<sup>52</sup>.

El fundamento de esta concepción del servicio de asistencia católica está, como señala Molano, en la necesidad de ofrecer al enfermo una atención sanitaria integral, en la que la asistencia religiosa contribuya a un aumento de la calidad de la asistencia global al enfermo<sup>53</sup>.

Ahora bien, en esta cuestión debe tenerse muy en cuenta el concepto y características de la asistencia religiosa, como instituto sobre el que son competentes sujetos distintos, y el principio de laicidad estatal. La integración de la asistencia religiosa en el hospital mediante la creación de un servicio propio del centro hospitalario no puede llevar a pensar que estemos ante un servicio exclusivo del Estado, puesto que éste es incompetente para realizar las funciones que son propias de dicho servicio. Por tanto, integración de la asistencia religiosa sí para crear las condiciones óptimas que hagan posible su prestación, pero las funciones propias de la misma son competencia exclusiva de la Iglesia Católica, y por esta razón los convenios son especialmente escrupulosos a la hora de delimitar los campos de actuación de las autoridades estatales y las eclesiásticas respecto del servicio religioso de asistencia católica<sup>54</sup>. Las mismas razones llevan a la conclusión de que el llamado servicio de asistencia católica no es un servicio público porque no es una actividad exclusiva

50 Así por ejemplo, el convenio CA vasca-Obispos de Vascongadas establece que la capilla debe encontrarse en lugar idóneo y de fácil acceso para el enfermo y que el despacho debe estar situado cerca de la capilla y contar con el material adecuado (Art. 4). En el mismo sentido se pronuncian el convenio andaluz (Art. 10); el convenio de la CA de Madrid (Art. 10); o el convenio de la DP y la Diócesis de Ávila (Art. 9).

51 Esta colaboración se concreta, sobre todo, en la comunicación al capellán por el personal del centro del deseo del paciente, manifestado por sí mismo o por sus familiares, de recibir asistencia católica (Art. 6 convenio INS-CEE; Art. 9 convenio andaluz; Art. 6 convenio madrileño; Art. 5 convenio vasco; Art. 7 convenio DP y Obispado de León...).

52 Art. 7 convenio INS-CEE; Art. 6 convenio andaluz; Art. 7 convenio del Instituto Catalán de la Salud y la Conferencia Episcopal Tarraconense; Art. 8 convenio vasco; Art. 8 convenio DP y Obispado de León; Art. 8 convenio madrileño.

53 Cf. «La asistencia religiosa en hospitales...», *Actualidad Administrativa...*, 1145.

54 Son manifestaciones de esta afirmación: el contenido de la asistencia que corresponde de forma exclusiva a las autoridades eclesiásticas (vid. el apartado 3.2. de este trabajo); el nombramiento y cese de los encargados de prestar la asistencia, que es compartido por las autoridades eclesiásticas y las estatales (Art. 4 A.M.); la doble dependencia de los capellanes: orgánicamente del hospital y funcionalmente de la autoridad eclesiástica competente (Art. 4 del convenio madrileño).

del Estado, aunque sí puede operar, como dice Calvo, como un aspecto más del servicio público sanitario, sin que mediante su integración en él quede afectado el principio de laicidad porque, en este campo, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las Fuerzas Armadas, el Estado no compromete su estructura esencial<sup>55</sup>.

### 3.3.2. *Financiación y funciones*

Los costes económicos que produce el servicio religioso católico corren a cargo del Estado, a través de la correspondiente dotación presupuestaria (Art. 6 AM). Estos costes comprenden tanto los medios materiales con que cuente el servicio (locales, archivos, material no inventariable, ...), como los honorarios de las personas encargadas de prestar la asistencia; a tal efecto, el Estado transferirá las cantidades necesarias a la Administración sanitaria competente.

Sin embargo, tras esta genérica declaración del Art. 6 del AM, su Anexo III precisa que la financiación del servicio religioso corresponde a las entidades titulares de los centros hospitalarios actualmente existentes; y, para los que se creen en el futuro por CA, DP, Ayuntamientos y otras entidades públicas, la financiación corre por cuenta de la entidad fundadora.

En cumplimiento de estas normas, todas las entidades públicas que han suscrito convenios sobre la materia asumen íntegramente la financiación del servicio religioso de asistencia católica, si bien normalmente distinguen los honorarios de los capellanes, que suelen ser transferidos directamente de la entidad pública a la entidad eclesiástica que ha firmado el convenio, de los gastos de material, equipamiento y demás recursos del servicio, que se incluyen en el presupuesto del hospital; a este último efecto, el servicio religioso debe elaborar anualmente una memoria y un proyecto de presupuesto que luego es sometido a la aprobación de la Dirección o Gerencia del hospital<sup>56</sup>.

Respecto de las funciones del servicio religioso, como dice el Art. 2 del AM se crea para prestar la asistencia religiosa católica y la atención pastoral a los enfermos católicos, por lo que sus funciones están intrínsecamente relacionadas con el contenido y las actividades de la asistencia religiosa que ya se han abordado en este trabajo y a las que nos remitimos.

### 3.3.3. *Los capellanes o personas idóneas: su estatuto jurídico*<sup>57</sup>

Constituyen el personal encargado de prestar la asistencia religiosa y están al frente del servicio religioso creado en el hospital (Arts. 4 y 5 AM). Alguna duda suscita la determinación de quién es «persona idónea», pero tal determinación corresponde siempre a la autoridad eclesiástica y en tal concepto pueden incluirse

55 Cf. *La asistencia religiosa como servicio público...*, 147.

56 V. g. Art. 9 convenio INS-CEE; Art. 11 convenio andaluz; Art. 9 convenio madrileño; Art. 9 convenio DP-Diócesis de Ávila; Art. 10 convenio DP-Obispado de León; Art. 10 convenio D. General de Aragón y Diócesis de Teruel.

57 Sobre este tema puede consultarse el interesante trabajo de Z. Combalía Solís, «Vinculación jurídica de los capellanes en el Acuerdo Marco de 1985», ADEE IV (1988), 375-414.

laicos, diáconos o religiosos; pero creemos, con Musoles, que no sería correcto interpretar el AM de forma alternativa, o capellán o persona idónea, porque no quedaría garantizada la asistencia religiosa católica si el único encargado de prestarla es un laico, «persona idónea» que no puede realizar las actividades más importantes que constituyen el contenido de la asistencia (v.g. la administración de sacramentos)<sup>58</sup>. Quizás por eso, algunos convenios estipulan que la prestación de los servicios religiosos se realice preferentemente por sacerdotes, y sólo en el caso de que ello no sea posible, se podrá designar a otras personas idóneas (V.g. el Art. 6 2º del Convenio CA vasca-Obispos vascos). No obstante, es justo reseñar que la mención de «las personas idóneas» es útil y oportuna porque pueden ser eficientes colaboradores del sacerdote o capellán encargado de prestar la asistencia católica.

a) *Nombramiento y cese*

En esta cuestión se deja sentir la doble dependencia del servicio religioso y las distintas competencias que sobre él tienen las autoridades estatales y las eclesásticas.

Respecto al nombramiento, el Art. 4 del AM establece que los capellanes o personas idóneas serán *designados* por el Ordinario del lugar y serán *nombrados* por la institución titular del centro hospitalario<sup>59</sup>, siendo competencia del Ordinario designar también al responsable del servicio en el caso de que la asistencia sea prestada por diferentes sacerdotes o capellanes<sup>60</sup>. En este punto resulta clara la cuasicompetencia exclusiva de la Iglesia, pues creemos que el nombramiento por la autoridad estatal tiene un valor jurídico puramente formal y administrativo, como parecen demostrarlo algunos convenios posteriores que ni siquiera lo exigen, sustituyéndolo por «la comunicación de los nombres de las personas designadas» al órgano estatal correspondiente<sup>61</sup>, o estableciendo que el *nombramiento corresponde al Ordinario*, previa consulta con el órgano estatal competente<sup>62</sup>. Excepcionalmente, el Convenio entre la DP y el Obispado de León, si bien dispone que la designación del capellán corresponde al Ordinario, señala los criterios conforme a los cuales debe realizarse (Art. 3):

58 Cf. Nota sobre la asistencia religiosa católica en centros hospitalarios públicos, REDC 45 (1988), 282.

59 En el mismo sentido se manifiestan el Art. 4 del convenio INS-CEE; el Art. 4 del convenio Generalitat-Obispos de Cataluña; el Art. 5 del convenio andaluz; Art. 4 del convenio asturiano; Art. 4 del convenio madrileño; Art. 5 convenio DP-Arzobispado de Toledo; Art. 5 convenio DP-Diócesis de Almería... Dice Carvajal que con esta fórmula se ha querido salvar, por una parte la autoridad del Obispo, único competente para juzgar la idoneidad del candidato y darle la misión canónica, y por otra, la vinculación con el centro hospitalario y su dependencia reglamentaria y disciplinar de las autoridades hospitalarias (Cf. «Asistencia religiosa en los centros hospitalarios...», 89).

60 Art. 4, 4.º del AM y preceptos citados en la nota anterior.

61 V. g. Art. 6 del convenio CA Vasca-Obispos de Vascongadas.

62 Art. 5 del convenio DP y Diócesis de Ávila; Art. 5 del convenio entre el Cabildo Insular de La Palma y el Obispado de Tenerife; Art. 1 del convenio D.P. Pontevedra-Diócesis de Tuy-Vigo. Este último precepto establece que la consulta previa a la autoridad estatal tiene carácter preceptivo, si bien el nombramiento del sacerdote corresponde libremente al Obispado.

- Vocación: especial sensibilidad y dedicación a los enfermos.
- Salud física y mental suficientes.
- Competencia en las relaciones humanas.
- Capacidad para formar equipo y trabajar en grupo.
- Testimonio de dedicación y trabajo.
- Planificación, programación y evaluación de las actividades del servicio religioso.

Respecto al cese de los capellanes o personas idóneas, sigue las mismas pautas que su nombramiento, interviniendo en el mismo, tanto las autoridades eclesiásticas como las estatales, y, en este supuesto, también la voluntad del interesado. El Art. 4 del AM establece que pueden cesar en sus funciones por retirada de la misión canónica, es decir a instancias del Obispado; por decisión de la institución titular del centro según sus normas de régimen interno; por propia renuncia; por rescisión del contrato laboral o como consecuencia de expediente disciplinario; pero en los dos primeros supuestos, antes de proceder al cese, debe ser comunicado a la autoridad hospitalaria o a la eclesiástica, según proceda<sup>63</sup>. Algunos convenios son aún más explícitos y enumeran todas las causas posibles que pueden determinar el cese de los capellanes, derivadas de su distinta relación jurídica con la Administración; —decisión del Ordinario del lugar, oída la autoridad estatal; —decisión de la autoridad estatal, oído previamente el Ordinario, cuando existan faltas graves a la disciplina del hospital; —por propia renuncia; —por jubilación; —por invalidez; —por rescisión del contrato laboral; —como consecuencia de expediente disciplinario<sup>64</sup>. Por el contrario, otros Acuerdos parecen reducir la intervención de la autoridad estatal en el cese del capellán. En este sentido, el convenio entre la CA de Madrid y el Arzobispado de Madrid-Alcalá establece que las personas nombradas para prestar la asistencia religiosa podrán ser removidas libremente por el Obispo, bien por propia iniciativa, o bien *a propuesta razonada* de la Dirección o Gerencia del hospital (Art. 4), con lo cual la competencia para el cese parece corresponder exclusivamente a la autoridad eclesiástica, sin que el órgano hospitalario pueda proceder al mismo por iniciativa propia<sup>65</sup>.

La intencionada disminución de la intervención de las autoridades estatales en el nombramiento y cese de los capellanes, se debe, a nuestro juicio, al intento de reducir a la mínima expresión la relación jurídica directa entre la Administración y la persona que presta el servicio religioso. Por eso, algunos convenios que atribuyen el nombramiento y cese de los capellanes al Obispo y sólo exigen la comunicación a la autoridad civil, resaltan que la relación jurídica se entabla entre la autoridad

63 Repiten esta norma el Art. 4 del convenio INS-CEE, el Art. 5 del convenio andaluz, el Art. 6 del convenio vasco, el Art. 5 del convenio DP-Obispado de León y el Art. 5 del convenio DP y Arzobispado de Toledo.

64 Convenio Generalitat-Obispos catalanes (Art. 4); convenio Instituto Catalán de la Salud y Conferencia Episcopal Tarraconense (Art. 4).

65 En la misma línea, el convenio entre el Cabildo Insular de Lanzarote y la Diócesis de Canarias dispone que el cese del capellán corresponderá al Ordinario (Art. 5).

estatal y una entidad jurídica eclesiástica, siendo independiente de las relaciones que pudieran surgir de cualquier índole entre el Obispado y el sacerdote elegido para prestar la asistencia religiosa<sup>66</sup>.

La doble competencia de las autoridades estatales y eclesiásticas en el nombramiento y cese de los capellanes es consecuencia directa de la especial naturaleza de la asistencia religiosa como figura jurídica en la que están interesados tanto la Iglesia como el Estado, pero cada uno de ellos con parcelas de actuación bien definidas: los aspectos religiosos corresponden exclusivamente a la Iglesia; la dotación de medios y la creación de las condiciones necesarias para la prestación de la asistencia, al Estado. Esta doble competencia de las autoridades religiosas y las estatales se manifiesta también en la doble dependencia que tiene el personal encargado del servicio religioso: al estar al frente de un órgano integrado en la estructura hospitalaria, están sujetos orgánicamente a la Dirección o Gerencia del hospital; pero, al realizar actividades religiosas ajenas a la competencia de la Administración, están sometidos funcionalmente a las directrices y normas de la autoridad eclesiástica que los ha designado<sup>67</sup>.

#### b) *Derechos y obligaciones*

Dependen de la relación jurídica que el capellán o persona idónea tenga con el hospital, y en las mismas condiciones que el resto del personal del centro (Art. 7 AM). El propio AM les reconoce el derecho a la retribución de sus actividades (Anexo II) y el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social (Art. 7 3º). En los convenios posteriores se les reconocen otros derechos tales como el descanso semanal, un mes de vacaciones, y permisos para atender a su formación mediante la asistencia a cursillos, congresos y reuniones de perfeccionamiento técnico<sup>68</sup>.

Respecto al derecho a la retribución, su cuantía varía según que el trabajo del capellán sea a tiempo pleno o a tiempo parcial, como señala el Convenio entre el INS y la CEE y todos los convenios existentes con las CA, pero la cantidad correspondiente es siempre aportada por la Administración, y puede llegar al capellán de dos maneras distintas:

- Directamente, si su relación jurídica es contrato laboral<sup>69</sup>.

66 Art. 9 del convenio DP de Pontevedra y Diócesis de Tuy-Vigo; Art. 9 del convenio entr el Cabildo Insular de Lanzarote y la Diócesis de Canarias.

67 Así lo establecen expresamente algunos convenios como el de la CA de Madrid (Art. 4) o el celebrado entre la DP de Pontevedra y la Diócesis de Tuy-Vigo, el cual dispone: «En el aspecto religioso y en el ejercicio de su ministerio, el sacerdote dependerá directamente de la jerarquía eclesiástica» (Art. 3). En el mismo sentido se pronuncia el convenio entre la DP y el Obispado de Palencia, si bien creemos que equivocando los términos, pues hace depender al capellán orgánicamente del Obispo y funcionalmente de la DP (Art. 2).

68 Art. 5 convenio INS-CEE; Art. 5 convenio Instituto Catalán de la Salud y Conferencia Episcopal Tarraconense; Art. 8 del convenio andaluz; Art. 6 convenio DP-Diócesis de Ávila; Art. 6 convenio DP-Obispado de Almería; Art. 6 convenio DP-Obispado de León...

69 Art. 9 del convenio DP-Diócesis de León; Art. 5 y Anexo I del convenio entre la DP y el Arzobispado de Toledo.

— Indirectamente, a través del Obispado, si la relación jurídica con la Administración es la del convenio con el Obispado<sup>70</sup>.

En este caso, creemos con Carvajal, que las cantidades que se transfieren al Obispado corresponden al capellán y no pueden destinarse a otros fines porque ello sería violación del espíritu y, en algunos casos, de la letra de los convenios<sup>71</sup>.

Respecto al derecho a su afiliación a la Seguridad Social, se hace efectivo de dos formas posibles:

— Afiliación al Régimen General de la Seguridad Social, si su relación jurídica con la Administración es el contrato laboral, siendo responsable la Administración, como empleadora, de los gastos de la misma<sup>72</sup>.

— Afiliación al Régimen Especial de la Seguridad Social para el Clero, si su relación jurídica es el convenio con el Obispado. En este supuesto, algunos convenios imputan el coste económico de la afiliación a la Administración<sup>73</sup> y otros se lo imputan a la Diócesis o entidad eclesiástica competente<sup>74</sup>.

Por lo que hace las obligaciones, obviamente la fundamental es realizar las actividades que constituyen el contenido de la asistencia religiosa católica para cuya prestación ha sido nombrado. Pero, además, al hacerse cargo de un servicio que está integrado en el hospital, los capellanes o personas idóneas están también obligados a cumplir los reglamentos y normas de régimen interno del centro en el que desempeñen su misión. Algunos Acuerdos consignan expresamente las obligaciones «profesionales» del capellán<sup>75</sup>; otros no aluden directamente a ellas, pero recogen un número mínimo de las actividades que comprende la asistencia católica, las cuales lógicamente deberán ser cumplidas por el capellán o persona encargada de prestarla<sup>76</sup>.

70 Esta es la fórmula elegida en la mayoría de los convenios. A título de ejemplo, el convenio entre el Cabildo Insular de Lanzarote y la Diócesis de Canarias establece que el Cabildo transferirá al Obispado, anualmente, la cantidad global correspondiente y el Obispado hará llegar al capellán esa cantidad en catorce mensualidades. (Art. 8). Otros convenios establecen un fraccionamiento distinto de la cantidad global transferible al Obispado, de tal manera que su pago al capellán puede ser bimensual (Art. 2 convenio DP de Pontevedra-Diócesis de Tuy-Vigo), trimestral o por los periodos que el propio convenio disponga.

71 Cf. Asistencia religiosa en los centros hospitalarios..., 91.

72 Convenio entre la D.P. y el Obispado de León (Art. 9).

73 Convenio andaluz (Art. 7); convenio vasco (Art. 7); convenio asturiano (Disposición Final Primera); convenio DP-Diócesis de Avila (Art. 8); convenio DP-Arzobispado de Toledo (Art. 10).

74 Convenio Insitituto Catalán de la Salud y Conferencia Episcopal Tarraconense (Art. 8); Convenio D. General de Aragón y Diócesis de Teruel (Art. 9); Convenio Cabildo Insular de Lanzarote y Diócesis de Canarias (Art. 9); Convenio D. P. de Pontevedra y Diócesis de Tuy-Vigo (Art. 7).

75 Art. 4 del Convenio DP de Pontevedra y Diócesis de Tuy-Vigo; Art. 3 del convenio entre el Cabildo Insular de La Palma y el Obispado de Tenerife.

76 Convenio andaluz (Art. 3); convenio Instituto Catalán de la Salud-Conferencia Episcopal Tarraconense (Art. 2); convenio asturiano (Art. 1); convenio D.P.-Diócesis de Avila (Art. 2); convenio DP-Obispado de León (Art. 2); convenio madrileño (Art. 2).

c) *Vinculación jurídica*

La situación jurídica de los capellanes que prestaban asistencia católica, hasta el AM, podía reconducirse a una de las siguientes fórmulas<sup>77</sup>:

- 1.º Relación de convenio de servicios entre hospital y Obispado.
- 2.º Relación funcional del capellán con la Administración.
- 3.º Relación laboral, basada en un contrato de trabajo entre el sacerdote y el hospital.
- 4.º Relación verbal o compromisaria entre la entidad eclesiástica correspondiente y el hospital, que originaba una situación de hecho en la que los sacerdotes tenían acceso al hospital para auxiliar espiritualmente a los enfermos.

El AM reconduce todas estas situaciones a dos posibles, al establecer que las distintas Administraciones públicas, a efectos de determinar la necesaria relación jurídica con el personal del servicio de asistencia religiosa, podrán optar por la celebración de un contrato laboral con dicho personal o por la celebración de un convenio con el Obispado (Art. 7 1º).

Varios aspectos deben destacarse en la interpretación de esta norma. En primer lugar, la expresión «necesaria» empleada por el precepto significa, a nuestro juicio, que es imperativo establecer una relación jurídica concreta entre el Estado y el encargado de prestar la asistencia, no siendo posible que una regulación pactada acuda a la llamada relación verbal o compromisaria, por ser una situación fáctica que no origina vínculo jurídico alguno, aunque sea una fórmula que puede seguir existiendo en los supuestos en que no exista convenio sobre la materia. En segundo lugar, la opción para establecer la vinculación jurídica se realiza entre dos fórmulas: el contrato laboral o el convenio con el Obispado, no mencionándose la relación funcional que, desde la entrada en vigor del AM, sólo existe por la vía del respeto a los derechos adquiridos (Disposición Transitoria AM). En base a ello, disintimos de la opinión de algunos autores que consideran a la vinculación funcional como una de las posibles fórmulas que podría elegir la Administración<sup>78</sup>; y creemos que, prescindiendo de su dudosa legitimidad constitucional<sup>79</sup>, sería contrario al AM que un convenio central, autonómico o local articulara la relación jurídica con el personal encargado de la asistencia religiosa por la vía de la funcionalización. Prueba de lo que se afirma es que el propio AM, respetando la situación de los capellanes-funcionarios les permite, en cualquier momento, acogerse a la regulación que establece, y en esta línea se manifiestan absolutamente todos los convenios posteriores, que

77 Vid. C. Corral, «La Iglesia Católica y los centros hospitalarios...», 247-48; Z. Combalía Solís, «Vinculación jurídica de los capellanes...», 378-79; E. Molano, «La asistencia religiosa en hospitales...», *Dimensiones jurídicas...*, 331-32.

78 Vid. J. Giménez y Martínez de Carvajal, «Asistencia religiosa en centros hospitalarios...», 88-89.

79 Vid. Z. Combalía Solís, «Vinculación jurídica de los capellanes...», 379-384. La constitucionalidad de la integración funcional de los capellanes en el ámbito de las FF.AA. fue el objeto de nuestra monografía *El principio de igualdad en la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas* (Salamanca 1989), cuyas conclusiones seguimos manteniendo en la actualidad.

sólo aluden a la relación funcional para respetar los derechos adquiridos, dando la posibilidad a los capellanes de acogerse a la regulación pactada<sup>80</sup>. Por último, la opción por uno de los dos sistemas previstos en el AM corresponde siempre a la Administración, es decir, a la institución titular del centro hospitalario que pacte con las autoridades eclesiásticas.

La mayoría de los Acuerdos sobre asistencia católica hospitalaria han utilizado la fórmula del convenio con el Obispado para articular la relación jurídica del personal encargado de prestarla con la Administración. Tan sólo dos convenios han optado por la vía del contrato laboral: el celebrado entre la DP y la Diócesis de León y el suscrito entre la DP y el Arzobispado de Toledo. En ambos convenios, los capellanes tienen una relación jurídica laboral con el centro hospitalario, estando afiliados al Régimen General de la Seguridad Social, percibiendo directamente de la entidad empleadora su retribución y sometiéndose a las prescripciones generales del Derecho del Trabajo, salvo las disposiciones específicas contenidas en el propio convenio y derivadas de las peculiaridades de su especial misión religiosa. Por el contrario, los demás convenios han preferido la vinculación administrativa de los capellanes, a través del oportuno convenio con el Obispado, y ello con las siguientes consecuencias:

a) La relación jurídica se establece directamente entre la entidad titular del centro hospitalario y la Diócesis correspondiente, sin que surja ninguna vinculación directa entre aquella y el personal que presta asistencia religiosa, como expresamente lo consignan algunos convenios<sup>81</sup>.

b) En base a lo anterior, las retribuciones del personal son realizadas por la entidad eclesiástica, previa transferencia por parte de la Administración de la cantidad económica estipulada; e igualmente dicha entidad es siempre la obligada jurídicamente a satisfacer las cuotas de la Seguridad Social, aunque su coste económico sea asumido, en algunas ocasiones, por la Administración<sup>82</sup>. En definitiva, los servicios religiosos que presta el personal se abonan a la entidad eclesiástica que celebra el concierto, la cual, a su vez, debe retribuir a su personal, siendo asimilable a *estos efectos* a una empresa de servicios.

80 Disposición Transitoria (DT) del convenio INS-CEE; DT del convenio Generalitat-Obispos de Cataluña; DT 1.ª del convenio andaluz; DT del convenio vasco; DT del convenio asturiano. Especialmente ilustrativa de lo que se afirma resulta la DT del convenio CA de Madrid-Arzobispado de Madrid-Alcalá: tras señalar el respeto a los derechos adquiridos de los capellanes que, en régimen funcional o laboral, prestan servicios en hospitales dependientes de la CA, establece que se estudiará un sistema de incentívación tendente a que dichos capellanes puedan *alcanzar la jubilación anticipada o renuncien a su actual situación de dependencia de la Comunidad de Madrid*.

81 «Este contrato tiene naturaleza administrativa de prestación de servicios de asistencia religiosa por una persona jurídica y por un precio, siendo independiente de las relaciones que pudieran surgir de cualquier índole entre el Obispado y los sacerdotes» (Art. 9 convenio DP de Pontevedra y Diócesis de Tuy-Vigo). En el mismo sentido se pronuncia el Art. 9 del convenio entre el Cabildo Insular de Lanzarote y la Diócesis de Canarias.

82 «La remuneración de los sacerdotes y el pago de las cargas sociales se realizará directamente por el Obispado en la forma que tenga por conveniente de acuerdo con lo dispuesto para el régimen especial de la Seguridad Social para el Clero» (Art. 9 del convenio D. General de Aragón y Obispado de Teruel). En la misma línea, el Art. 9 del convenio madrileño, los Arts. 7 a 9 del convenio DP y Obispado de Ciudad Real, Art. 9 del convenio DP y Obispado de Almería...



c) La responsabilidad última del servicio religioso es del Obispado o entidad eclesiástica con la que se celebra el convenio, debiendo procederse, en caso de conflicto, contra ella y no contra el personal que presta la asistencia religiosa<sup>83</sup>.

d) En aplicación del Art. 7 del A.M., los derechos y obligaciones de los capellanes son los derivados de la relación jurídica que posean por lo que, en este caso, serán los que expresamente les otorgue el correspondiente convenio con el Obispado, al no poder aplicarse ni el régimen funcional ni el laboral, aunque, como ya hemos visto, la mayor parte de los Acuerdos les reconocen, además de la retribución y la afiliación a la Seguridad Social, derecho al descanso semanal, a vacaciones y a permisos para su formación.

e) En caso de litigio, son competentes los tribunales de lo contencioso-administrativo, a cuya jurisdicción se someten las partes de forma expresa en algunos convenios<sup>84</sup>.

La marcada preferencia de la regulación pactada por la vinculación administrativa de los capellanes no tiene correlación oportuna a nivel doctrinal, donde un sector se muestra claramente partidario de la vinculación laboral<sup>85</sup>. Combalía Solís ha puesto de relieve las ventajas e inconvenientes de las dos fórmulas previstas en el A.M.<sup>86</sup>:

— El contrato de trabajo implica una integración plena del capellán y una total equiparación con el resto del personal hospitalario, así como una garantía de su seguridad jurídica y estabilidad, dado el carácter proteccionista de la legislación laboral. Sin embargo, al establecerse una vinculación directa sacerdote-hospital, tiene la desventaja de difuminar la competencia de la autoridad eclesiástica en materia de asistencia religiosa.

— La vinculación administrativa tiene la ventaja de preservar la doble competencia de las autoridades civiles y eclesiásticas sobre la asistencia religiosa, salvando la dependencia que el sacerdote debe de tener respecto al Ordinario. Pero tiene el inconveniente de que, al no existir relación jurídica directa capellán-hospital, su equiparación al resto del personal hospitalario es menor y también su estabilidad y seguridad jurídicas, con una situación jurídica menos clara que la del personal laboral.

En el intento de analizar la cuestión desde el mismo concepto y fundamento de la asistencia religiosa, configurada en base a los principios constitucionales de libertad, igualdad y laicidad, creemos que, si bien los inconvenientes que se han apuntado respecto al convenio con el Obispado son ciertos, afectan tan sólo a las *per-*

83 «Los capellanes o personal idóneo que sea designado y nombrado dependerá, a todos los efectos laborales, de la Diócesis de Oviedo, responsable ante la Administración del Principado de la prestación del servicio» (Art. 4, 4.º del convenio asturiano).

84 Art. 9 del convenio entre la D.P. de Pontevedra y la Diócesis de Túa-Vigo.

85 Vid. J. Giménez y Martínez de Carvajal, *Asistencia religiosa en los centros hospitalarios...*, 89, argumentando que con dicha vinculación se logra la plena equiparación del sacerdote con el resto del personal del hospital (Ibidem).

86 Cf. *Vinculación jurídica de los capellanes...*, 413-14.

*sonas concretas* que prestan la asistencia religiosa, pero la fórmula de la vinculación administrativa dignifica la figura jurídica de la asistencia religiosa desde la óptica del principio de laicidad, al garantizar al máximo la independencia de la Iglesia sobre los asuntos de su exclusiva competencia, evitando las posibles injerencias de la Administración, más fáciles de producirse en una relación directa entre el sacerdote y el hospital; todo ello sin mermar la efectiva prestación de los auxilios religiosos a los enfermos católicos<sup>87</sup>.

Por todo ello, convenimos con Calvo Otero en que los convenios sobre asistencia religiosa católica denotan una notable voluntad integradora del servicio religioso y de su personal en el conjunto del sistema de atención al enfermo, y que las particularidades de su tratamiento y régimen jurídico obedecen a la atipicidad del personal de la asistencia religiosa en relación con el esquema tradicional del empleo público, no sólo por su específico contenido, sino también por su doble y necesaria dependencia institucional<sup>88</sup>.

Respecto a la naturaleza jurídica de este «oportuno convenio con el Obispado», ya ha sido abordada en este Trabajo (Apartado 2.2.) si bien quisiéramos hacer hincapié en su imposible calificación como convenios interadministrativos por no ser una de las partes (la entidad eclesiástica) persona jurídico-pública y en su posible consideración, bien como contratos administrativos del Art. 4 2.º de la L.C.E., o bien como convenios de colaboración de naturaleza negocial en los que prima el principio de colaboración/coordiación. En ambos casos, una u otra calificación los excluye del ámbito de aplicación de la L.C.E., aunque los inserta en el radio de acción del Derecho Administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero, la naturaleza peculiar de su objeto (la asistencia religiosa) y la competencia que tienen sobre él, en igualdad de condiciones pero en diferentes ámbitos, las autoridades estatales y las eclesiásticas, nos permite entender que la calificación más adecuada es la de convenios de colaboración, en que el principio de subordinación, característico de las relaciones Administración-administrados, aparece desdibujado y mitigado, por todo lo cual consideramos impropios los términos empleados por algunos convenios que se denominan a sí mismos ‘contratos de servicios’<sup>89</sup>.

### 3.4 *Las Comisiones mixtas*

El A.M. no contiene norma alguna relativa a la posible creación de Comisiones mixtas de control y seguimiento de los convenios sobre asistencia católica hospita-

87 Dice Corral que «desde la perspectiva eclesial resulta más coherente con las líneas actuales de pastoral de conjunto de las diócesis, a la vez que con una mayor dependencia de la autoridad eclesiástica y con una mayor transparencia de la misión eclesial, la relación establecida mediante el oportuno convenio con éste (el Obispado). Además, y constituye un punto capital dentro de la CEE, se evita así cualquier asomo de aparición de otro cuerpo autónomo como el castrense» (La Iglesia Católica y los centros hospitalarios..., 255).

88 Cf. La asistencia religiosa como servicio público..., 147.

89 Son: el convenio entre la D.P. y el Obispado de Ciudad Real, el convenio entre la D.P. de Pontevedra y la Diócesis de Tuy-Vigo y el convenio entre el Cabildo Insular de Lanzarote y la Diócesis de Canarias.

laria, aunque doctrinalmente se ha puesto de relieve su importancia y necesidad<sup>90</sup>. Algunos convenios posteriores, sin crear ningún tipo de Comisión, establecen que las dudas que surjan de su aplicación se resolverán de común acuerdo por las partes que los suscriben<sup>91</sup>. Otros, suplen el silencio del A.M. disponiendo la creación de Comisiones mixtas cuya composición es siempre bipartita y paritaria y cuya misión es cuidar de la aplicación y seguimiento del respectivo convenio, para lo cual sus miembros deben reunirse al menos una vez al año<sup>92</sup>.

Especial atención ha merecido la regulación de la composición y funciones de la Comisión mixta en las C.A. de Cataluña y Madrid. La primera cuenta con un Convenio de 17 de Mayo de 1985 de creación de una Comisión mixta de seguimiento de la asistencia religiosa en los hospitales dependientes de la C.A. En el Convenio madrileño, los Arts. 11 y 12 regulan la composición y funciones de una Comisión permanente coordinadora, dependiente de la Comisión mixta C.A. - Arzobispado que se constituyó en 1986<sup>93</sup>. Esta Comisión permanente debe reunirse al menos tres veces al año y cuando lo requiera la urgencia de los asuntos a tratar, y sus funciones son (Art. 12):

- a) Conocimiento de las altas y bajas de los capellanes.
- b) Informar y dar traslado a la Comisión mixta de la procedencia de remociones, traslados o sustituciones de capellanes por faltas que, en el orden administrativo, darían origen a expediente disciplinario.
- c) Proponer los cambios e innovaciones en la presentación del servicio religioso que se consideren convenientes para una mejor atención a los enfermos.
- d) Analizar las necesidades materiales del servicio y elevarlas a la Dirección o Gerencia de cada hospital para su atención o inclusión en el Presupuesto.
- e) Estudiar y proponer a la C.A. la actualización de las retribuciones de los capellanes y la correspondiente a las cuotas del régimen especial de la Seguridad Social del Clero con la antelación suficiente para que puedan ser atendidas.
- f) Trasladar a la Dirección o Gerencia de los centros hospitalarios las decisiones que adopte la Comisión sobre la prestación del servicio religioso.
- g) Resolver las situaciones producidas por enfermedad, vacaciones... de los capellanes, decidiendo lo procedente en orden a los créditos que deba habilitar la C.A. y al personal que designe el Arzobispado para que el servicio esté permanente atendido.

90 Vid. J. A. Fernández Arruty, «La asistencia religiosa en los centros hospitalarios públicos», *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al Prof. López Alarcón* (Murcia 1987), 139.

91 Art. 9 del convenio vasco; Art. 11 del convenio entre el Instituto Catalán de la Salud y la Conferencia Episcopal Tarraconense; Art. 13 del convenio andaluz; Art. 13 del convenio D.P. y Diócesis de Almería; Art. 7 del convenio entre el Cabildo Insular de Gran Canaria y la Diócesis de Canarias.

92 Art. 11 convenio INS-CEE; Art. 11 del convenio entre el Instituto Catalán de la Salud y la Conferencia Episcopal Tarraconense; Art. 13 del Convenio andaluz; Art. 13 del convenio D.P. y Diócesis de Almería; Art. 7 del convenio entre el Cabildo Insular de Gran Canaria y la Diócesis de Canarias.

93 La Comisión permanente está formada: Por parte de la C.A., por el Director General de la Salud, el Gerente del Hospital «Gregorio Marañón» y el Jefe del servicio de coordinación hospitalaria del Servicio Regional de la Salud. Por parte del Arzobispado la integran el Delegado episcopal para las relaciones con la C.A., el Delegado de pastoral sanitaria y el Asesor jurídico del Obispado.

h) El estudio y resolución de la creación de nuevos locales de culto cuando lo demanden las necesidades de algún hospital.

i) Cualquier otra cuestión relacionada con la interpretación y cumplimiento del convenio.

La Disposición Transitoria del convenio le atribuye además el estudio y elevación posterior a la Comisión mixta de un sistema de incentivación tendente a que los actuales capellanes que tengan régimen funcional o laboral puedan alcanzar la jubilación anticipada o renuncien a su situación de dependencia de la C.A.

A la vista de estas funciones, que podrían ser trasladables al resto de las Comisiones previstas en otros convenios, a pesar del laconismo con que las regulan, resulta patente la importancia que poseen para la plena eficacia de los Acuerdos y por ello para el óptimo desarrollo y funcionamiento del servicio de asistencia católica en los hospitales públicos.

M. MORENO ANTÓN

*Universidad Autónoma de Madrid*

## ANEXO

### RELACIÓN DE CONVENIOS SOBRE ASISTENCIA RELIGIOSA CATÓLICA HOSPITALARIA POR ORDEN CRONOLÓGICO DE APARICIÓN

— Acuerdo de 24 de julio de 1985 entre la CEE y los Ministros de Justicia y Sanidad sobre asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios del sector público (BOE de 21 de diciembre de 1985).

— Convenio de 31 de julio de 1985 entre la D.P. y el Obispado de Ciudad Real para la asistencia religiosa católica en el Hospital Médico-Quirúrgico Provincial.

— Convenio de 1 de abril de 1986 entre la D.P. de Pontevedra y la Diócesis de Tuy-Vigo sobre asistencia religiosa católica en el Hospital Provincial «El Rebullón».

— Convenio de 23 de abril de 1986 entre el INS y la CEE sobre asistencia religiosa católica en los hospitales dependientes del INS.

— Convenio de 8 de mayo de 1986 entre la Generalitat y los Obispos de Cataluña sobre asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios públicos dependientes de la C.A. de Cataluña.

— Convenio de 22 de septiembre de 1986 entre la D.P. y el Obispado de Almería sobre asistencia religiosa católica en los hospitales de la D.P.

— Convenio de 22 de diciembre de 1986 entre el Instituto Catalán de la Salud y la Conferencia Episcopal Tarraconense sobre asistencia religiosa católica en los hospitales dependientes de aquel.

— Convenio de 29 de diciembre de 1986 entre la Consejería de Salud y los Obispos de Andalucía sobre asistencia religiosa católica en los hospitales públicos dependientes de la C. A. andaluza.

— Convenio de 2 de enero de 1987 entre el Cabildo Insular de la Palma y el Obispado de Tenerife sobre asistencia religiosa católica en los hospitales pertenecientes al Cabildo.

— Convenio de 30 de enero de 1987 entre el Servicio vasco de salud y los Obispos de Vascongadas sobre asistencia religiosa católica en hospitales públicos de la C.A. vasca.

— Convenio de 18 de febrero de 1987 entre el Principado de Asturias y la Diócesis de Oviedo sobre asistencia religiosa católica en hospitales públicos dependientes de C. A. asturina.

— Convenio de 4 de mayo de 1987 entre el Cabildo Insular de Gran Canaria y la Diócesis de Canarias sobre asistencia religiosa católica en los hospitales pertenecientes al Cabildo.

— Convenio de 7 de mayo de 1987 entre la D.P. y la Diócesis de Avila sobre asistencia religiosa católica en los hospitales provinciales de la D.P.

— Convenio de 12 de mayo de 1987 entre la D.P. y la Diócesis de Palencia sobre asistencia religiosa católica en Hospital Provincial «San Telmo».

— Convenio de 22 de junio de 1987 entre la D.P. y el Obispado de León sobre asistencia religiosa católica en el Hospital «Princesa Sofía» pertenecientes a la D.P.

— Convenio de 9 de diciembre de 1987 entre la D.P. y el Arzobispado de Toledo sobre asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios de la D.P.

— Convenio de 10 de febrero de 1988 entre la Diputación General de Aragón y el Obispado de Teruel sobre asistencia religiosa católica en el Hospital psiquiátrico infantil «El Pinar de Teruel».

— Convenio de 20 de mayo de 1988 entre la D.P. y el Obispado de Badajoz sobre asistencia religiosa católica en hospitales dependientes de la D.P.

— Convenio de 31 de mayo de 1988 entre a C.A. de Madrid y el Arzobispado de Madrid-Alcalá sobre asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios públicos dependientes de la C.A.

— Convenio de 1 de junio de 1988 entre la D.P. y el Obispado de Cádiz-Ceuta sobre asistencia religiosa católica en el Hospital Provincial «Mora», dependiente de la D.P.

— Convenio de 29 de noviembre de 1988 entre el Cabildo Insular de Lanzarote y la Diócesis de Canarias para la asistencia religiosa católica en el Hospital Insular de Lanzarote.

Recientemente, y estando ya este trabajo en imprenta, hemos tenido conocimiento de un nuevo acuerdo autonómico, que nos limitamos a reseñar dado que no nos ha sido posible estudiar su contenido.

— Convenio de Julio de 1992 entre la Generalitat Valenciana y los Obispos de dicha C.A. sobre asistencia religiosa católica en los centros hospitalarios públicos dependiente de la C.A. Valenciana.