
La naturaleza jurídica de la obra religiosa con dimensión histórico-artística y su incidencia en el ordenamiento

The legal nature of religious art of historical and/or aesthetic value and its impact on legislation

RECIBIDO: 24 DE MAYO DE 2012 / ACEPTADO: 27 DE JULIO DE 2012

Arturo CALVO ESPIGA

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Málaga
acalvo@uma.es

Resumen: La generalización del consumismo cultural, síntoma de la progresiva decadencia de la formación e instrucción de las personas, ha llevado a buena parte de la doctrina jurídica a primar una pretendida dimensión «cultural» de la obra religiosa de arte sobre su esencia religiosa. En esta tesitura, se analiza, desde una metodología y perspectiva histórico-jurídica, normativa y jurisprudencial la naturaleza jurídica de la obra de arte religiosa. Los pilares sobre los que se articula este estudio son la intencionalidad y derechos del autor de la obra, la voluntad o voluntades productoras del negocio jurídico que da origen a la obra y la percepción social de la producción artística a lo largo de los siglos. Al margen de cuestiones en torno al derecho de propiedad sobre ellas o a la jerarquización o preeminencia de criterios en su utilización actual, esta reflexión busca determinar los constitutivos jurídicos esenciales de la obra de arte religiosa.

Palabras clave: Arte religioso, Propiedad intelectual, Negocio jurídico.

Abstract: The spread of cultural consumption, which may be symptomatic of a gradual and general decline in education standards, has prompted much of legal thinking to privilege the «cultural» dimension of religious art over its religious dimension as such. Given this context, the legal nature of religious artworks is explored here using the methodology of a historical-legal, regulatory and jurisprudential perspective. This paper is framed by issues of intentionality and author copyright, the productive will(s) enacted in the legal transaction underlying a given artwork's creation, as well as the social perception of artistic production in different historical periods. In addition to concerns relating to property rights and the ranking or prioritization of criteria as regards current use(s), the purpose of this paper is to establish the essential legal elements of religious artworks as such.

Keywords: Religious art, intellectual property, legal transaction.

«Un Crucifijo románico no fue antes que nada una escultura,
la Madonna de Cimabue¹ no era en principio un cuadro,
la Atenea de Fidias no fue en principio una estatua»
(André Malraux)

La problemática que se aborda en este estudio viene suscitada por una pregunta que con cierta frecuencia surge, tanto espontánea o informalmente como desde el supuesto rigor de las variadas actividades universitarias o publicísticas, en los medios académicos en que desarrollo mi actividad docente: ante una obra arquitectónica, escultórica, pictórica o de orfebrería de carácter religioso, pero que por su antigüedad o belleza es considerada como histórica o artística, ¿qué ha de prevalecer social y jurídicamente su dimensión religiosa o su connotación «cultural»², en cuanto realidad histórica

¹ Cimabue es el pseudónimo que utilizó a lo largo de su vida artística Cenni di Pepo, nacido, según parece, en Florencia en torno a 1240 y muerto en Pisa el año 1302. Según Dante fue el más grande de entre los pintores de la generación anterior a Giotto, hasta el punto de citarlo en la Divina Comedia: «Credette Cimabue nella pittura/ tener lo campo, ed ora ha Giotto il grido,/ si che la fama di colui è scura» (*Purgatorio* XI, 94-96). La Madonna a que se refiere la cita, aunque fue pintada para la Iglesia de San Francisco de Pisa, se conserva actualmente en el Museo del Louvre.

² La razón por la que entrecomillamos este adjetivo se debe a que deriva del sustantivo «cultura» que, como es sabido, responde a un concepto etéreo e impreciso en su utilización y con gran variedad de opciones en su significación. Al poco tiempo de finalizar la II Guerra Mundial, se funda la UNESCO para, en su defensa y promoción de la cultura, «garantizar a todos el pleno e igual acceso a la educación, la libre prosecución de la verdad objetiva y el libre intercambio de las ideas y los conocimientos». Desde los años 70, la UNESCO ya no entiende por cultura la educación, sino «el conjunto de conocimientos y valores que no constituyen el objeto de una enseñanza específica y que, sin embargo, conoce todo miembro de una comunidad». Así pues, la cultura «debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y de las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias». Vencer la ignorancia y los prejuicios deja de ser, según las últimas opciones críticas de la UNESCO, equivalente a buscar la verdad para convertirse en la aceptación y reconocimiento de la existencia de una insuperable pluralidad de posiciones culturales, con la consiguiente supresión de cualquier intento de universalidad. Difícilmente, pues, podrá pretenderse la fijación de un significado, comúnmente aceptado o admitido, para un concepto, como el de «cultura», radicalmente «impreciso» que, en consecuencia, genera una variada multiplicidad de definiciones, todas ellas, en principio, igualmente aceptables y operativas, sin que, por ello, las consideremos idénticas o equiparables en sus consecuencias e implicaciones. Sobre la equivocidad e imprecisión, más que polisemia, del término «cultura» y sus derivados, así como de sus implicaciones y consecuencias en el ámbito jurídico, puede verse G. BUENO MARTÍNEZ, *La idea de cultura*,

o artística? Cuestión que, en los últimos años, ha generado abundante bibliografía tanto en el foro académico y jurídico español como europeo³.

1. INTRODUCCIÓN

Dada la actual movilidad y fluidez de los entornos o marcos religiosos y culturales, cada vez es mayor el número de personas concernidas por lo que acontece en torno a espacios y objetos religiosos. Si bien es verdad que, dadas las necesidades y exigencias de la mera conservación de tan rico patrimonio religioso, las autoridades públicas están llamadas a desempeñar una función importante en este proceso, no lo es menos que en lo que podríamos denominar política histórico-patrimonial también ha de tenerse presente el gran número de personas que progresivamente se ven implicadas o concernidas por muebles o inmuebles de carácter sacro, desde el creyente que vive y manifiesta su fe en y a través de estos bienes hasta el grupo de alumnos que visitan un santuario románico en una jornada académica, pasando por el turista curioso o por el que busca el pacífico retiro y acogida de una pequeña Iglesia en pleno campo o bien el que diariamente reserva un pequeño hueco de su jornada para el breve reposo espiritual en una céntrica Iglesia de ciudad. El *status* de los bienes y edificios religiosos en la sociedad actual se ha tornado tan complejo que la gran diversidad de puntos de vista desde los que se aborda su tratamiento puede acabar, como no hace mucho advertía el Profesor Joncheray, manipulando y vaciando de sentido un patrimonio secular que, sin duda alguna, es irrenunciable seña de identidad de la civilización occidental⁴.

en J. B. LLINARES, y N. SÁNCHEZ DURÁ (ed.), *Ensayos de filosofía de la cultura*, Madrid 2002, 14-15; IDEM, *El mito de la cultura*, Barcelona 1998, 57-58; A. CALVO ESPIGA, *Pluralismo, multiculturalismo y tolerancia: semántica y derecho*, Scriptorium Victoriense 50 (2003) 166-173; F. ERSPAMER, *Paura di cambiare. Crisi e critica del concetto di cultura*, Roma 2010, 25-36; A. FIN-KIELKRAUT, *La derrota del pensamiento*, Barcelona 1990, 9-30; J. B. LLINARES, *El concepto de «cultura» en el joven Herder*, en J. B. LLINARES y N. SÁNCHEZ DURÁ, *Ensayos...*, cit., 220; J. R. LLOBERA, *El concepto de cultura en la antropología social y cultural*, en J. B. LLINARES y N. SÁNCHEZ DURÁ, *Ensayos...*, cit., 115; E. SAPIR, *Culture, genuine and spurious*, American Journal of Sociology 29 (1966) 401-429; T. TENTORI, *Cultura y transformación social*, en F. ALBERONI (ed.), *Cuestiones de Sociología*, Barcelona 1971, 1216-1217.

³ Cf., a modo de ejemplo, R. TEJÓN SÁNCHEZ, *Confesiones Religiosas y Patrimonio Cultural*, Madrid 2008; M. VIDAL GALLARDO, *Bienes culturales y libertad de conciencia en el Derecho Eclesiástico del Estado*, Valladolid 1999, así como la abundante bibliografía aportada en ambos estudios.

⁴ «Car, dans les changements rapides de société que nous vivons, nous risquons des incompréhensions, des décisions radicales et hâtives que nous pourrions regretter par la suite et

1.1. *Una matización conceptual*

Dentro de la indeterminada equivocidad del término «cultura» cabe, sin embargo, recordar una interesante circunstancia en torno a lo que podríamos considerar origen remoto del concepto «cultura», aun cuando su concreción terminológica fuese bastante posterior⁵. Si, a pesar de su equivocidad significativa, asumiéramos la «cultura» como un saber de «segundo grado»; es decir, como saber y tendencia o deseo que tienen como objeto no la realidad, sea física o ideal, y ni siquiera el propio sujeto personal, sino el conocimiento en sí mismo siempre, por supuesto, referido al pasado y nunca al futuro, se podría ofrecer como fecha que datara el inicio de la «cultura» el 14 de enero de 1506. Día en que durante la excavación de los cimientos de una casa en el *Colle Oppio* fue hallado un conjunto escultórico clásico, hecho bastante habitual en la época y en el subsuelo romano. Lo que convierte en especiales hallazgo y escultura es el comentario que sobre ella realizó Giuliano da Sangallo, arquitecto papal, nada más verla: «*Questo è il Laoconte di cui fa menzione Plinio*».

Al valor intrínseco de la obra, debido a su antigüedad y factura, se añadía el juicio directo sobre la misma emitido por un autor tan prestigioso como Plinio y un texto de tanta autoridad como su *Naturalis Historia*. Fue precisamente aquella valoración histórico-crítica la que hizo del *Laoconte* un modelo de perfección escultórica y una obra maestra. Es muy significativo que años después, Giorgio Vasari que en su *Vite de' più eccellenti architetti, pittori e scultori italiani* supeditaba el disfrute de la obra de arte al conocimiento de su autor y de las circunstancias histórica de su creación, hiciese coincidir aquel descubri-

sur lesquelles il sera difficile de revenir-qu'il s'agisse d'aménagements imposés ou refusés, de changement de destination des lieux ou des objets» (J. JONCHERAY, *Entre culte et culture, les cathédrales et les églises*, Études 3982 [2003] 208).

⁵ «El hecho de que el fenómeno se haya descubierto tan tarde en la historia del pensamiento, no obstante su importancia en la vida humana (sin cultura no sería, en efecto, posible forma alguna de vida asociada, pues faltaría uno de los presupuestos esenciales de la comunicación que permite su actuación, y sin ella sería también imposible la transmisión de experiencias de una generación a otra, de la que depende el progreso), indica cuán difícil es reconocerlo. Mientras el hombre occidental sólo tuvo experiencia de la propia cultura, le fue difícil establecer el contenido de la misma y la naturaleza del fenómeno. Sólo después de haber acumulado conocimientos sobre sociedades diferentes de la nuestra actual (primero mediante el desarrollo de la etnografía extraeuropea, y del folklore después), hemos podido comenzar la descripción y el análisis de nuestra cultura.... la última cosa de que puede hacerse consciente un individuo es la propia cultura, aun conociendo perfectamente sus normas y valores y observándolos fielmente; a menos que se aleje de ella» (T. TENTORI, *Cultura y transformación...*, cit., 1216-1217).

miento arqueológico con el inicio de un nuevo modo de acercarse a la obra de arte que, entre los contemporáneos de Vasari, comenzó a considerarse y calificarse como la forma moderna de contemplar y acercarse al arte⁶.

Edificios, tallas, pinturas, piezas de orfebrería que en sus orígenes y durante mucho siglos fueron única y exclusivamente, pues para ello habían sido contruidos o creados, objetos de culto, devoción o identidad religiosa han pasado, sobre todo a partir de las primeras décadas del siglo XX, a ser considerados también como obras de arte, como elementos integrantes de los de distintas formas denominados Patrimonios Artísticos, Históricos o Culturales. Nada, en principio, cabe objetar a tendencia de estas características que dota a la obra religiosa de un a todas luces positivo valor cultural. El problema se plantea en aquellos supuestos en que, de algún modo, se hipertrofia aquella haciendo prevalecer el sobrevenido valor «cultural» sobre su inicial carácter, dimensión y sentido religiosos, hasta el extremo que no faltan autores que, al referirse a las obras religiosas con valor artístico, hablan de su «dimensión cultural y religiosa como algo “añadido” a su valor cultural»(¿?). Hipertrofia que, de forma relevante, se manifiesta en la inversión significativa llevada adelante por algunos, como acabamos de señalar, en el lenguaje actual al referirse a la «dimensión religiosa» de la obra de arte, cuando una somera mirada al conjunto del Patrimonio Histórico Artístico tanto en España como en Europa demuestra la prevalencia absoluta del de «naturaleza religiosa» sobre cualquier otro⁷.

⁶ Cf. F. ERSAMER, *Paura di cambiare...*, cit., 3-4.

⁷ Recuerdo la anécdota que hace algún tiempo me relataba una gran amiga de profundas convicciones agnósticas o cuando menos arreligiosas. El sucedido lo protagonizaron ella misma y una nieta de cuatro o cinco años de edad que, por cierto, ha sido educada en un ambiente familiar y escolar de absoluta ausencia de referencias religiosas. A causa de una situación que no viene al caso, un buen día nieta y abuela visitaron una famosa pinacoteca. Al atravesar una de las salas, camino de la salida, la abuela llamó la atención de la avisgada nieta ante un precioso óleo de principios del XVII con estas palabras: «Mira que mamá tan guapa y que niño más bonito tiene en sus brazos». A lo que la nieta respondió: «Tú, abuela, no sabes... no es una mamá, es la Virgen María con el Niño Jesús». La sorpresa de la abuela le hizo preguntarse por la gran fuerza de socialización que mantiene la Iglesia incluso para una nieta educada en lo que podría calificarse como una «campana de laicismo». Quizás la razón o causa sea mucho más sencilla y no vaya más allá del trabajo de una maestra sería que, aunque no creyente, reconoce y enseña la simple realidad de las cosas. La ternura de este hecho contrasta con la obsoleta estupidez del pie explicativo de la Anunciación de Fra Angélico en una exposición itinerante de reproducciones de obras del Museo del Prado en el que se leía: *Mujer y criatura alada*. Pero toda esta especie de ideologización de la historia y del arte ha sido superada, a causa de su ignorante zafiedad, por la Ministra de Cultura (¿?) del último

Esta es la encrucijada desde la que hilvanamos nuestra reflexión. Y lo vamos a hacer, fieles a la hermenéutica jurídica, intentando un acercamiento a la naturaleza de la obra religiosa, en el sentido más amplio y comprensivo que hoy se pueda dar a creaciones de esta clase, desde la arquitectura hasta las más delicadas miniaturas. Si hace un momento nos preguntábamos si en la obra religiosa ha de prevalecer su carácter cultural sobre su dimensión religiosa, cabe ahora señalar que la posible respuesta viene necesariamente determinada por otra pregunta, que afecta más radicalmente al ser de la obra de arte religiosa: «¿forma parte “determinante” de la naturaleza jurídica de una obra de arte religiosa su dimensión religiosa, precisamente en cuanto religiosa?».

1.2. Contexto y contenido

Al margen y más allá de otras cuestiones debatidas hoy en sede jurídica, el hilván y objeto orientadores de este análisis se contraen y limitan al contenido del referido interrogante. No vamos, pues, a prestar atención a la variedad de cuestiones relacionadas con la propiedad de los bienes religiosos de titularidad eclesiástica reconocidos, a su vez, como de interés cultural. Desde una perspectiva exclusivamente metodológica, consideramos un craso error mezclar lo referido a la propiedad de los bienes religiosos de

gobierno del Presidente Rodríguez Zapatero en fechas aún frescas. Me refiero a la presentación que Ángeles González Sinde realizó del *Descendimiento* de Caravaggio (1571-1610), cedido temporalmente por el Museo Vaticano al Museo del Prado como parte de la exposición *La Palabra hecha imagen*, realizada con motivo de la visita del Papa Benedicto XVI a Madrid durante la celebración de la Jornada Mundial de la Juventud 2011: «Caravaggio fue un “criminal” perseguido por la ley, un “homosexual disoluto” que no respetó ninguna convención del arte y que fue rescatado mucho tiempo después. Hoy celebramos todos su pintura y le recordamos como uno de los grandes de la historia del arte». Curiosa presentación de una exposición en la que junto a este cuadro de Caravaggio se pueden contemplar *La Anunciación*, de Fra Angelico; *El Descendimiento de la Cruz*, de Roger van der Weyden; *La Última Cena*, de Juan de Juanes; *El Pantocrator* sostenido por cuatro ángeles, pintura mural trasladada al lienzo; *Descenso de Cristo a los infiernos*, de Sebastiano del Piombo; *La Adoración de los Reyes Magos*, de Rubens; *El Buen Pastor*, de Murillo; *La disputa con los doctores en el templo*, de Paolo Caliari; *El lavatorio*, de Tintoretto; *Cristo crucificado*, de Diego Velázquez; *Agnus Dei*, de Francisco de Zurbarán; *La Santísima Trinidad*, de José de Ribera y la *Resurrección* de El Greco. En contraste con esta opinión de la ministra sobre Caravaggio y su relación con la fe puede verse G. P. BELLORI, *Le Vite de' pittori e architetti moderni*, Roma 1672, 201-215, cita que corresponde a las páginas 211-233 de la edición de esta obra realizada por Evelina Borea y publicada por Einaudi en Turín el año 1976.

carácter histórico-artístico con lo que afecta a su naturaleza jurídica. A cualquier observador con un mínimo sentido jurídico no se le escapa la escasa incidencia que la cuestión de la propiedad actual de esos bienes tiene en la determinación de la naturaleza jurídica de los mismos: un Rosario cuyas cuentas en oro sean obra de un orfebre del Barroco será siempre un objeto devocional religioso con valor artístico más allá de que su actual propietario sea una persona privada que ni siquiera sea creyente o un ente público⁸. Ni entraremos en la sugerente problemática que, a este respecto, plantea la confusa y mediocre, en cuanto a finura jurídica se refiere, Ley de Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985⁹. Ley que poco o nada aporta, desde una perspectiva estrictamente jurídica, a la determinación de la naturaleza de la obra de arte religiosa.

Es síntoma inequívoco de la constante imprecisión en que se desenvuelve esta ley el propio párrafo segundo de su artículo primero donde ofrece una mera descripción genérica, que poco aporta a la precisión jurídica, de lo que se ha de entender por Patrimonio Histórico:

«Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bi-

⁸ El caso francés es paradigmático al efecto. Todos los edificios de culto construidos con anterioridad a la Ley de 9 de diciembre de 1905, concerniente a la separación de las Iglesias y del Estado, son «propiedad del Estado, de los Departamentos o de los Ayuntamientos» (Tit. III, Art. 12), sin que por ello se vea afectada en absoluto lo que se refiere a su naturaleza de edificios religiosos, de manera especial en los que siguen dedicados al culto, incluso aunque hayan sido declarados monumentos históricos.

⁹ Consideramos obsoleta y fuera de lugar la polémica suscitada en torno a la propiedad de estos bienes. La discusión sobre la propiedad de los mismos sólo cabe desde unos planteamientos exclusivamente ideológicos, tendentes en todo caso a justificar o dar cobertura a una especie de simulada o disimulada nueva desamortización, en el peor de los casos, añadida a la irrecuperable desamortización que protagonizó el fuego entre 1933 y 1939. Cuestión esta de la propiedad de los bienes eclesiásticos de titularidad eclesiástica discutida, sobre todo en estos últimos años, por estudiosos y políticos que, en la mayoría de los casos, se reconocen herejeros y deudores ideológicos de quienes en España destruyeron, sobre todo en algunas regiones, un riquísimo patrimonio religioso de incommensurable valor artístico, precisamente porque quienes aquello destruían por el fuego o la piqueta con toda razón reconocían y sentían la predominante naturaleza religiosa y pertenencia eclesiástica de lo que destruían. Cf. J. R. HERNÁNDEZ FIGUEIREDO, *Anticlericalismo incendiario en el comienzo de la II República española (11-13 de mayo de 1931), a la luz de los informes inéditos vaticanos*, Anthologica Annua 50 (2003) 243-310; IDEM, *Destrucción del patrimonio religioso en la II República (1931-1936) a la luz de los informes inéditos del Archivo Secreto Vaticano*, Madrid 2009, passim.

bliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico».

La propia norma, en el párrafo 3 del mismo artículo, reserva la cualificación de *culturales* para aquellos bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español que «deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley». A su vez, el artículo 9 de la propia ley establece en su párrafo 1 que «gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada». Lo único, pues, que queda claro, según la literalidad de la Ley 16/1985, de 25 de junio, es que la así denominada «dimensión cultural» de la obra histórica o artística es un simple formalismo sobreañadido al objeto o edificio artístico y que en nada afecta sustancial y esencialmente a su naturaleza jurídica. En sana metodología jurídica y atendiendo al conjunto del articulado de esta ley habría que situarla con más razón y sentido en el ámbito del derecho mercantil que en el de la protección, garantía y respeto de la historia. Cuestión distinta es que, por mor de la norma, haya de admitirse que nos hallamos ante una especie de «patrimonio vinculado» en razón de la cualificación de histórico, artístico o cultural que le confiere la ley. No es, pues, de extrañar que en el párrafo 3 de su artículo 28 se establezca un interesante límite, sobre todo por su radicación histórica, al modo de adquirir la propiedad sobre ellos: «Los bienes a que se refiere este artículo serán imprescriptibles»; limitación ya presente en el derecho romano con relación a los bienes religiosos o de carácter público: «*Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani, et civitatum, item liberis hominibus*»¹⁰.

Intentamos, pues, en este estudio, por encima de cualquier portazgo ideológico o político, plantear la relación «obra de arte-dimensión religiosa» desde una frontera estrictamente jurídica: precisamente por ello, hemos acudido a un modelo o parámetro del bimilenario sistema jurídico romano y, a partir de ahí, analizaremos la realidad de la obra artística desde la perspectiva de su autor y de la relación jurídica que se establece entre la obra religiosa con valor o proyección artística y el entorno personal y social en que nace y se origina. La perspectiva metodológica desde la que abordamos este estudio no es una perspectiva primaria y directamente normativa: abundan en este sentido los trabajos que han abordado el sentido y papel de la dimensión histórica, artística o «cultural» (?) de la obra religiosa según la legislación vigente. Intentaré, por el contrario, interrogar a la propia obra de arte por su naturaleza jurídica; o, dicho de otro modo, más que

¹⁰ GAIUS, *Dig.* 41, 3.9 = *Inst.*, 2. 48.

interesarme por lo que una determinada norma pueda establecer en un momento concreto sobre el destino o finalidad de tal o cual obra, buscaré, lógicamente desde parámetros jurídicos, lo que la propia obra de arte dice de sí misma, de su ser, de sus constitutivos jurídicos, pues de lo que de ella digan o establezcan normas ajenas a su ser, aunque vengan impuestas por la coactividad del aparato estatal o internacional, siempre será irrelevante para el jurista aunque se revistan con el oropel de coyunturales gobernantes o advenedizos leguleyos.

2. LA OBRA RELIGIOSA Y SU NATURALEZA JURÍDICA EN EL DERECHO ROMANO

Aunque en principio no lo parezca, preguntarse por la naturaleza jurídica de una realidad religiosa o de un objeto de veneración y de culto no es algo nuevo en el ámbito de la ciencia jurídica: de hecho, fue uno de los grandes caballos de batalla/reflexión de los juristas romanos clásicos así como de los romanistas modernos¹¹. Para encuadrar adecuadamente estas páginas, se ha de tener en cuenta un hecho importante e indiscutible: en todos los pueblos antiguos, y de manera especial en Roma, derecho y religión formaban, sobre todo en sus orígenes, un todo materialmente sin escisión alguna, aunque formalmente diferenciable, e íntimamente relacionado¹². La esfera jurídica y la esfera religiosa rotan en el interior y vitalizan a la más amplia esfera de la sociedad que al tiempo que vive de la interacción de aquellas, las integra, coordina y da sentido. O dicho de otro modo: en la interrelación «divino/humano» o *fas/nefas* se manifestaba, y al mismo tiempo se sintetizaba, la más antigua y primigenia concepción del mundo por parte de los romanos¹³.

¹¹ Para el relevante papel que el propio concepto o realidad de *res* desempeñó en el Derecho Romano, así como para acercarse al tratamiento que del mismo se ha hecho en la romanística contemporánea, puede verse M. BREONE, *I fondamenti del Diritto Romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998, 11-71 y 140-142. Un primer acercamiento a esta problemática lo hemos realizado en A. CALVO EPIGA, *La dimensión religiosa de la obra de arte como constitutivo esencial de su naturaleza jurídica: las res divini iuris y su proyección en el ordenamiento estatal*, en E. SUÁREZ DE LA TORRE y E. PÉREZ BENITO (ed.), *Lex sacra: religión y derecho a lo largo de la historia. Actas del VIII Congreso de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones. Valladolid, 15-18 de octubre de 2008*, Valladolid 2010, 297-305.

¹² Cf., a modo de ejemplo u orientación entre la abundante bibliografía existente, L. DELAPORTE, *Les Hittites*, Paris 1936, 197-231 y 248-277; H. J. ROSE, *Religion in Greece and Rome*, Nueva York 1959, 65-91 y 197-235; CL. SAPIRETTI, *Antiche Leggi. I «Codici» del Vicino Oriente Antico*, Milán 1998, *passim*.

¹³ Cf. R. ORESTANO, *Dal «ius» al «fas». Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, Bolletino dell'Istituto di Diritto Romano 46 (1939) 194-285.

2.1. Religión, sociedad y derecho: las «res divini iuris»

En toda la Antigüedad clásica, de forma especial en Roma sobre todo por lo que afecta a nuestra tradición jurídica, a todo lo referido con la Religión se le reconoce, por esencia, una dimensión radicalmente pública. La Religión y sus espacios o formas concretas siempre *se* «constituyen» y «contemplan», en los distintos ámbitos sociales, desde el derecho público, por ser considerados y vividos como «punto de encuentro y convergencia entre el cielo y la tierra, de la comunidad con los dioses; una plasmación física del pacto recíproco entre ciudadanos y dioses»¹⁴. Espacios públicos o lugares sagrados que no se restringen a los templos, sino que comprenden edificios o sitios en cuyo interior encontramos edificaciones u objetos revestidos, a su vez, de carácter religioso, desde pórticos o capillas hasta columnas votivas, estatuas, asientos (sedes) o altares; así como espacios culturales: bosques, montes, fuentes, grutas, manantiales, etc.¹⁵ De modo semejante, también en Grecia encontramos una situación similar a la descrita¹⁶. Sin embargo, y para situar adecuadamente las coordenadas inter-

¹⁴ P. CASTILLO PASCUAL, *Las propiedades de los dioses: los «loci sacra»*, Iberia: Revista de la Antigüedad 3 (2000) 83.

¹⁵ Cf. Ibid. El gran epigrafista francés Louis Robert (1904-1985) recordaba la importancia de estos espacios para comprender en su auténtica dimensión la vida, sentimientos y aspiraciones del hombre más allá del mero testimonio del documento o acta escritos tan propios del positivismo moderno: «Ce n'est pas un paradoxe que d'insister sur le profit, pour nos études, des journées de voyage ou nous n'avons pas trouvé à copier une seule inscription: sur les hauts plateaux, dans les pâturages, dans la tente de poil noir où un yuruk hospitalier nous offre le yogourt et la crème –à travers les immenses forêts de pins, solitaires et silencieuses...– à la source, au bord du sentier, même si nous ne découvrons pas de dédicace aux Nymphes, les Nymphes sont là, présentes, au milieu des platanes et des lauriers-roses, et elles redonnent courage aux hommes et aux bêtes, comme elles ont fait pendant des siècles pour les Cariens et pour les Grecs qui s'arrêtaient là et les priaient en se reposant...» (L. ROBERT, *Communication inaugurale*, en *Actes du II Congrès international d'épigraphie grecque et latine. Paris 1952*, Paris 1953, 11-12. Puede verse también H. I. MARROU, *De la connaissance historique*, Paris 1954, 73-75).

¹⁶ Cf. S. E. ALCOCK, *GRAECA CAPTA. The landscapes of Roman Greece*, Cambridge 1993, 172-215; P. VIDAL-NAQUET, *Le monde d'Homère*, Paris 2000, 79-93; R. PANVINI, *Γέλας. Storia e archeologia dell'antica Gela*, Torino 1996, 24-32; 44-54; 103-106; E. LIPPOLIS Y G. ROCCO (eds.), *Archeologia greca. Cultura, società, politica e produzione*, Milano-Torino 2011, 27-36, 61-69, 81-116, 150-157, 381-390 y 446-460. Las páginas mencionadas corresponden a los siguientes autores: 27-36 a E. Lippolis y G. Rocco; 61-69 a G. Rocco; 81-89 a E. Lippolis; 89-95 a M. Livadiotti; 95-109 a V. Parisi; 109-116 a E. Lippolis; 150-157 a M. Livadiotti; 381-390 a L. M. Calì, M. Livadiotti y G. Rocco; 446-460 a E. Lippolis. Sirva como ejemplo de lo dicho el siguiente texto de Jenofonte: «Más tarde, desterrado Jenofonte de su patria, y cuando vivía

pretativas de la mayor parte de las referencias a los derechos históricos y de forma especial a todo lo relacionado con el Derecho Romano, hemos de tener siempre presente, en orden a evitar dañosos anacronismos, que, a veces, la sistematización de no pocas instituciones jurídicas romanas se ha visto afectada por las propias necesidades u opciones metodológicas de compiladores e intérpretes, a pesar de la brillantez y exquisita preparación de que unos y otros podían hacer gala¹⁷.

Por ello no es posible comprender la importancia que la categoría jurídica *res divini iuris* tuvo en el derecho romano, si se prescinde de la referida relación existente entre derecho y religión. Los romanos, tanto en su vida pública como

en Escilunte merced a la hospitalidad de los lacedemonios, llegó Megabizo a Olimpia para presenciar los juegos y le devolvió el depósito. Y Jenofonte compró un terreno que consagró a Ártemis en el sitio designado por el oráculo de Apolo. Daba la casualidad que por este terreno corría un río llamado Selinunte, como el que bordea el templo de Ártemis en Éfeso. En uno y otro hay peces y conchas. En el terreno de Escilunte se encuentra toda clase de caza que pueda desearse. Con el dinero sagrado construyó, además, un altar y un templo, y en lo sucesivo con el diezmo de los frutos de este campo hacían sacrificios a la diosa, fiesta en la cual participaban todos los ciudadanos de Escilunte y los hombres y mujeres de las cercanías. La diosa proporcionaba a los concurrentes (que estaban en tiendas) harina de cebada, panes, vinos, golosinas y una parte de las víctimas cebadas en los pastos sagrados. Pues los hijos de Jenofonte y los de otros ciudadanos hacían para esta fiesta una caza en la cual tomaba también parte todo el que quería. Y cogían, ya del terreno sagrado, ya de la Foloa, jabalíes, corzos y ciervos. Está situado este terreno en el punto por donde se va de Lacedemonia a Olimpia, y dista como unos veinte estadios del templo de Zeus en esta ciudad. Hay en el recinto sagrado una pradera y montañas llenas de árboles donde se pueden criar puercos, cabras y vacas, de suerte que también las caballerías de los que van a la fiesta encuentran pasto en abundancia. Alrededor del templo mismo ha sido plantado un vergel de árboles frutales que dan toda clase de frutas excelentes. El templo se parece en pequeño al de Éfeso y la estatua de la diosa es semejante a la de Éfeso, salvo que ésta es de oro y la de Escilunte está hecha de madera de ciprés. Junto al templo hay una columna con la siguiente inscripción: "Este lugar está consagrado a Ártemis. El que lo posea y recoja sus frutos debe ofrecerle el diezmo todos los años y con el resto sostener el templo. Si alguien no lo hace así; la diosa se lo tendrá en cuenta"» (*Anábasis*, V 3, 8-13).

¹⁷ «Prenderemo per base la distinzione tra *res in nostro patrimonio* e *res extra nostrum patrimonium*, intesa nel senso di cose che sono o non sono suscettibili di rapporti giuridici patrimoniali e privati; utilizzando poi la *summa divisio rerum* gaiana, divideremo queste ultime in due gruppi, a seconda che l'esclusione dai rapporti giuridici patrimoniali e privati sia o no determinata da una norma di diritto sacro. Così in un gruppo avremo le *res divini iuris* (*sacrae, religiosae e sanctae*) e in un altro le *res communes omnium*, le *res publicae* e le *res universitatis*. Si ottiene così una buona sistemazione, fondata su un criterio organico, ma è necessario tener presente che essa è, in realtà, opera degli interpreti moderni» (G. SCHERILLO, *Lezioni di Diritto romano: Le cose. Parte prime. Concetto di Cosa-Cose Extra Patrimonium*, Milano 1945, 34-35).

en sus relaciones privadas, siempre y en toda ocasión buscaron mantener escrupulosamente la paz y las buenas relaciones con los dioses. En todas sus acciones y empresas procuraban, sobre todo, no «irritar» por ningún motivo a divinidad alguna, fuese mayor o menor, importante o no, bien de su propio panteón, ya de las que conformaban el patrimonio religioso de los pueblos con que se relacionaban o conquistaron¹⁸. Dadas las creencias y la clase de sociedad en que vivían los romanos, se puede perfectamente afirmar que «cualquier obligación normativa de la conducta y toda manifestación del sentimiento jurídico encuentran forma y contenidos concretos en preceptos de carácter religioso. Las primeras cristalizaciones consuetudinarias del sentimiento jurídico, cuando surge la noción de norma, se actúan en preceptos que la conciencia popular considera intuitivamente conformes con la voluntad divina»¹⁹. Ya en el siglo XIX, Auguste Bouché-Leclercq ponía de relieve esta peculiaridad del derecho romano, sintetizando competencias y prerrogativas de los sacerdotes en la Roma primitiva:

«Separar con características bien definidas lo que pertenece a los hombres de lo que es propio de los Dioses; distinguir con un análisis lo más minucioso posible las distintas formas de propiedad divina; fijar y determinar todo esto a base de definiciones y ejemplos»²⁰.

La naturaleza jurídica de las *res divini iuris*, en cuanto determinante de una especie o clase de *res* que no estaban sujetas a la libre disposición de los privados, nos obliga a hacer una breve referencia al contenido de una de las distinciones más importantes del derecho romano²¹. Nos referimos al binomio *ius divinum-ius humanum*²². En su origen, la distinción entre divino y humano no connotaba

¹⁸ Cf. R. ORESTANO, *Dal «ius» al «fas»...*, cit.

¹⁹ Ibid., pp. 197-198.

²⁰ A. BOUCHE-LECLERCQ, *Les Pontifes de l'ancienne Rome. Etude historique sur les institutions religieuses de Rome*, Paris 1871 [Rist. an., Arno Press, New York 1975], 21.

²¹ «Sacrae res et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt. Sacrae autem res sunt hae, quae publice consecratae sunt, non private: si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit, sacrum non est, sed profanum. Semel autem aede sacra facta etiam diruto aedificio locus sacer manet» (*Dig.* 1. 8. 6. 2-4). Respecto a la dimensión pública de las *res sacrae* vel *religiosae*, puede verse también *Dig.* 41. 2. 30. 1 y 45. 1. 83. 5.

²² «La sapientia (teologica e giuridica) dei sacerdoti romani, mediante la definizione delle *res divinae* e delle *res humanae*, rivolgeva le sue prime e maggiori cautele ai rapporti tra uomini e divinità, al fine di evitare che una non perfetta conoscenza delle intrinseche qualità di uomini, cose materiali e Dèi, potesse compromettere la conservazione della *pax deorum*, sulla cui stabilità riposava per la teologia e per il diritto la stessa vita del *Populus Romanus Quirites*. «Nelle antitesi “divino/umano” e *fas/nefas* si manifestava “la più antica concezione romana del mondo” (Orestano). Su tale concezione del mondo, frutto della cautela definitoria della

referencia alguna a la fuente normativa de la que uno y otro procedían, sino que más bien hacía relación al objeto o contenido que implicaba o sobre el que versaba la norma. De este modo, el *ius divinum* comprendería el conjunto de normas que regulaban y ordenaban las *res* que pertenecen a la esfera de lo divino, comprendiendo, por el contrario, el *ius humanum* el complejo normativo que regulaba materias que no se referían directamente al ámbito religioso²³. Sólo en un segundo momento, *ius divinum* adquirió un sentido teocrático frente a la significación específicamente laica del *ius humanum*, como refiere, por ejemplo, Cicerón²⁴, aunque haya que esperar, sorprendentemente, a S. Isidoro de Sevilla para que la acepción teocrática de *ius divinum*, o ley divina identificada con lo justo (*fas*), y la laica de *ius humanum*, identificada con las costumbres de los hombres²⁵, oscurecieran definitivamente aquella que inicialmente tuviera entre los juristas romanos.

Para el jurista romano, la expresión *res divini iuris* designaba uno de los dos extremos fundamentales de la *summa divisio rerum*: o dicho de otro modo, la distinción de las *res* en *divini* y *humani iuris* fue el medio ideal utilizado por los romanos para mostrar y sintetizar en una visión global toda la realidad jurídica. Ahora bien, si atendemos a las fuentes del derecho romano, podremos observar que las *res divini iuris* aparecen siempre dotadas de una preeminencia especial sobre las que no pertenecen a esta categoría; así, por ejemplo, todo lo que tiene relación directa con las *res divini iuris* siempre aparece enumerado

scienza sacerdotale e della tensione universalistica della teologia pontificale, appaiano fondate sia la definizione ulpiana di iurisprudencia, accolta nei Digesta dell'imperatore Giustiniano, sia la *summa divisio rerum* della giurisprudenza romana. Ma, quasi sicuramente, anche il grande M. Terenzio Varrone aveva fatto riferimento a questa "più antica concezione romana del mondo" nella strutturazione delle sue *Antiquitates in humanae e divinae*. (F. SINI, *Sanctitas: cose, Dèi, (uomini)*. Premesse per una ricerca sulla santità nel diritto romano, Diritto@Storia n. 1/Mayo (2002) 3).

²³ Cf. Ibid., passim. R. ORESTANO, *Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 21/II (1941), 13-21.

²⁴ «Neque vero hoc solum natura, id est iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri. Hoc enim spectant leges, hoc volunt, incolumem esse civium coniunctionem; quam qui dirimunt, eos morte, exsilio, vinclis, damno coercent. Atque hoc multo magis efficit ipsa naturae ratio, quae est lex divina et humana; cui parere qui velit (omnes autem parebunt, qui secundum naturam volent vivere), numquam committet, ut alienum appetat, et id, quod alteri detraxerit, sibi adsumat» (CICERÓN, *De Officiis*, 3, 5, 23).

²⁵ «1. Omnes autem leges aut divinae sunt, aut humanae. Divinae natura, humanae moribus constant; ideoque haec discrepant, quoniam aliae aliis gentibus placent. 2. Fas lex divina est, ius lex humana. Transire per alienum fas est, ius non est» (S. ISIDORO, *De originibus* [Etimologías], 5, 2, 1 y 2).

en primer lugar en la jerarquía de fuentes manejada por los juristas romanos. Y no se trataba de una cuestión relacionada con la mera superstición o el simple respeto protocolario a una realidad sobrenatural, sino que, por el contrario, era lógica consecuencia de la mayor importancia social y jurídica que se les reconocía en relación con cualquier otra cuestión de la vida romana: por esta razón, las *res divini iuris* figuraban siempre las primeras en el orden de los asuntos que el cónsul podía presentar ante el Senado²⁶.

La más sentida aspiración de los romanos era ser verdaderamente doctos en las *res divinae* y en el *ius divinum*. Los ejemplos que nos ofrecen las fuentes literarias son numerosísimos. Podemos destacar, al respecto, la alabanza que Tito Livio hace de Numa Pompilio: «*Inclita iustitia religioque ea tempestate Numae Pompili erat. Curibus Sabinis habitabat consultissimus vir, ut in illa quisquam esse aetate poterat, omnis divini atque humani iuris*»²⁷. O la gran estima que Justino²⁸ manifiesta por José, el hijo de Jacob en su epopeya egipcia, puesto que «*prodigiorum sagacissimus erat et somniorum primus intelligentiam condidit, nihilque divini iuris humanique ei incognitum videbatur*»²⁹. Otro tanto puede de-

²⁶ «6. Postea scripsit de intercessionibus dixitque intercedendi, ne senatusconsultum fieret, ius fuisse iis solis, qui eadem potestate qua ii, qui senatusconsultum facere vellent, maioreve essent. 7. Tum adscripsit de locis, in quibus senatusconsultum fieri iure posset, docuitque confirmavitque, nisi in loco per augures constituto, quod "templum" appellaretur, senatusconsultum factum esset, iustum id non fuisse. Propterea et in curia Hostilia et in Pompeia et post in Iulia, cum profana ea loca fuissent, templa esse per augures constituta, ut in iis senatusconsulta more maiorum iusta fieri possent. Inter quae id quoque scriptum reliquit non omnes aedes sacras templa esse ac ne aedem quidem Vestae templum esse. 8. Post haec deinceps dicit senatusconsultum ante exortum aut post occasum solem factum ratum non fuisse; opus etiam censorium fecisse existimatos, per quos eo tempore senatusconsultum factum esset. 9. Docet deinde inibi multa: quibus diebus haberi senatum ius non sit; immolareque hostiam prius auspicarique debere, qui senatum habiturus esset, *de rebusque divinis prius quam humanis ad senatum referendum esse*; tum porro referri oportere aut infinite de republica aut de singulis rebus finite; senatusque consultum fieri duobus modis, aut per discessionem, si consentiretur, aut, si res dubia esset, per singulorum sententias exquisitas; singulos autem debere consuli gradatim incipique a consulari gradu. Ex quo gradu semper quidem antea primum rogari solitum, qui princeps in senatum lectus esset; tum autem, cum haec scriberet, novum morem institutum refert per ambitionem gratiamque, ut is primus rogaretur, quem rogare vellet, qui haberet senatum, dum is tamen ex gradu consulari esset» (AULIO GELIO, *Noctes Atticae* 14, 7, 6-9).

²⁷ TITO LIVIO, *Ab Urbe condita* 1, 18.

²⁸ Se trata de Marcus Iunianus Iustinus, escritor romano de la época de los Antoninos. Al parecer, compuso la obra citada en torno a la segunda mitad del siglo II o principios del siglo III.

²⁹ MARCUS IUNIANUS IUSTINUS, *Historiarum Philippicarum T. Pompeii Trogi Libri XLIV*, 1. XXXVI, 2. 8.

cirse del gran elogio que Aulio Gelio dedica al ateniense Dracón³⁰ por considerarle «*iuris divini et humani peritus*»³¹. Actitudes más que lógicas si tenemos en cuenta que, para los romanos, la jurisprudencia no era otra cosa que el perfecto conocimiento «*divinarum humanarumque rerum*»³². Conceptualización que no era otra cosa que consecuencia o concreción de la propia concepción del mundo que tenían los romanos y que, como ya hemos señalado, se articulaba en torno a y desde la aporía divino/humano. Otro tanto cabe decir de la *summa divisio rerum* de la jurisprudencia romana³³ e incluso de la estructuración o división que M. Terencio Varrón realiza en sus *Antiquitates* entre «humanas» y «divinas»³⁴.

³⁰ Dracón (Δράκων / *Drákôn*) fue un célebre legislador ateniense del siglo VII a. C., que pertenecía a la clase de los Eupátrides (los *bien nacidos*). Redactó sus leyes el 621 a. C., bajo el arjonte Aristaichmos. Se trata de las primeras leyes escritas (θεσμοί / *thesmoí*) de Atenas a fin de que fuesen públicas y pudieran ser conocidas por todos. Además, para que nadie las ignorase, mandó que las mismas fuesen expuestas sujetas en grandes paneles de madera (ἄξονες), que se conservaron casi doscientos años, y en estelas de piedra (κύρβεις).

³¹ «1. *Draco Atheniensis vir bonus multaque esse prudentia existimatus est iurisque divini et humani peritus fuit.* 2. *Draco leges, quibus Athenienses uterentur, primus omnium tulit*». (AULIO GELIO, *Noctes Atticae* 11, 18, 1-2).

³² «*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*». (Dig. 1. 1. 10. 2).

³³ «*Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani*». (Dig. 1. 8. 1 pr.).

³⁴ Las *Antiquitates rerum et humanarum divinarum*, hoy desaparecida fue una de las principales obras de Varrón (siglo I a. C.). Este libro constituyó, si no la principal, una de las más importantes fuentes de los Padres de la Iglesia en sus referencias a la religión tradicional romana. Fue utilizada de modo especial por San Agustín para articular el contraste que realiza entre la Ciudad de Dios y la Ciudad mundana, lo que ha permitido conservar la mayor parte de lo que se conoce de su contenido y estructura. Varrón dedicó 25 libros de la *Antiquitates* a las *res humanae* y 16 a las *res divinae*. El *de Civitate Dei* está plagado de citas y referencias a la obra de Varrón. Por cuanto afecta a este estudio, nos interesa resaltar, dentro del ya señalado abultado conjunto de referencias a la obra del escritor romano, el inicio del capítulo III del libro VI de la obra del Santo: «Quadráginta et unum libros scripsit Antiquitatum: hos in res humanas divinasque divisit, rebus humanis viginti quinque, divinis sedecim tribuit: istam secutus in ea partitione rationem, ut rerum humanarum libros senos quatuor partibus daret. Intendit enim qui agant, ubi agant, quando agant, quid agant. In sex itaque primis de hominibus scripsit, in secundis sex de locis, sex tertios de temporibus, sex quartos eosdemque postremos de rebus absolvit. Quater autem seni, viginti et quatuor fiunt. Sed unum singularem, qui communiter prius de omnibus loqueretur, in capite posuit. In divinis identidem rebus eadem ab illo divisiones forma servata est, quantum attinet ad ea quae diis exhibenda sunt: exhibentur enim ab hominibus in locis et temporibus sacra. Haec quatuor, quae dixi, libris complexus est ternis: nam tres priores de hominibus scripsit, sequentes de locis, tertios de temporibus, quartos de sacris; etiam hic qui exhibeant, ubi exhibeant, quando

2.2. Sobre la naturaleza jurídica de las «*res divini iuris*»

¿Qué eran, pues, para los romanos las *res divini iuris*? Es decir, ¿en qué consistía la naturaleza jurídica de las *res divini iuris*? La situación jurídica que determina el carácter propio de la *res divini iuris* no es, a pesar de que con frecuencia se incide en esta clase de equívoco, su no comerciabilidad (*res extra commercium*), que en realidad no constituiría más que una cualidad secundaria, derivada, de las mismas, sino el hecho positivo de ser o bien *res sacrae*, o *sanctae* o *religiosae*. Eran, por el contrario, la sacralidad, la santidad y la religiosidad lo que determinaba el régimen jurídico de su no comerciabilidad y no a la inversa. En la sociedad grecorromana la sacralidad o dimensión sagrada constituía fundamento tan fuerte y radical en la identificación social y jurídica de edificios, estatuas y lugares que el propio Tertuliano se vio obligado no sólo a prevenir a los cristianos respecto a esta «sacralidad pagana», sino que él mismo se impuso la obligación de utilizar en sus escritos términos distintos a los usados por griegos y romanos para referirse a Dios, al culto y a los objetos de culto cristiano, como puede comprobarse a lo largo de sus obras *Ad Nationes*, *Apologeticum*, *De Idolatria*. Para este gran apologeta, la sacralidad tradicional, es decir, lo que conlleva y comporta la religión de los antiguos: sus dioses, estatuas, templos, ceremonias y fiestas, así como todo aquello que directa o indirectamente afecta a su vida social, por ejemplo juegos o espectáculos, deben

exhibeant, quid exhibeant, subtilissima distinctione commendans. Sed quia oportebat dicere, et maxime id expectabatur, quibus exhibeant, de ipsis quoque diis tres conscripsit extremos, ut quinquies terni quindecim fierent. Sunt autem omnes, ut diximus, sedecim: quia et istorum exordio unum singularem, qui prius de omnibus loqueretur, apposuit: quo absoluto, consequenter ex illa quinquepartita distributione tres praecedentes, qui ad homines pertinentes, ita subdivisit, ut primus sit de pontificibus, secundus de auguribus, tertius de quindecimviris sacrorum. Secundus tres ad loca pertinentes; ita ut in uno eorum de sacellis, altero de sacris aedibus diceret, tertio de locis religiosis. Tres porro qui istos sequuntur, et ad tempora pertinentes, id est ad dies festos; ita ut unum eorum faceret de feriis, alterum de ludis circensibus, de scenicis tertium. Quartorum trium ad sacra pertinentium uni dedit consecrationes, alteri sacra privata, ultimo publica. Hanc velut pompam obsequiorum in tribus, qui restant, dii ipsi sequuntur extremi, quibus iste universus cultus impensus est: in primo dii certi, in secundo incerti, in tertio cunctorum novissimo dii praecipui atque selecti» (SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, edición de J. MORÁN, Madrid 1958, 413-414). Cf., entre otros, CL. ANDO, *Religion and «ius publicum»*, en CL. ANDO y J. RUPKE (eds.), *Religion and Law in Classical and Christian Rome*, Stuttgart 2006, 140-142; P. BOYANCÉ, *Sur la theologie de Varron*, en IDEM, *Études sur la religion romaine*, Roma 1972, 262-263; G. B. CONTE y J. B. SOLODOW, *Latin Literature*, Baltimore 1994, 213; J. SCHEID, *Oral tradition and written tradition in the formation of sacred law in Rome*, en CL. ANDO y J. RUPKE (eds.), *Religion and Law...*, cit., 15-17. Y para un acercamiento a la vivencia religiosa en el Imperio después de la conquista de Grecia, puede verse P. VEYNE, *L'Empire Greco-Romaine*, Paris 2005, 390-570.

ser consideradas prácticas «idolátricas». Lo que, por otra parte, prueba y pone de relieve el profundo carácter religioso-sacro que estas prácticas y costumbres tenían entre griegos y romanos, pues si no hubiese sido así, de ningún modo Tertuliano los hubiera calificado de idolátricos.

Más, si analizáramos atentamente las fuentes del derecho romano, sin duda alguna nos encontraríamos con que sólo las *res divini iuris* son descritas o definidas de forma positiva como «aquellas que son propias del derecho divino», mientras que las *res humani iuris* lo son por la negatividad de no ser *divini iuris*. La *res divini iuris*, pues, se constituye en el derecho romano como *analogatum princeps* del propio concepto jurídico de *res*. En consecuencia, la traducción exacta de *res divini iuris* no es, como se suele creer con frecuencia, la de «cosas que por derecho divino se sustraen al comercio y al patrimonio personal», sino que debe ser «cosas de derecho divino» o «del derecho divino». Dado, pues, que el *ius divinum* no es más que el sistema de normas que se refieren a las *res divinae*, nuestra atención, en esta sede, ha de desplazarse del sistema normativo que conforma el *ius divinum* a la comprensión del carácter intrínseco o naturaleza de la *res divini iuris* o *res divina* como, con frecuencia, también aparecen denominadas en las fuentes³⁵.

Se trata, pues, en este momento de determinar y precisar la naturaleza jurídica del concepto *res divina* así como su significado y consecuencias en el ámbito del ordenamiento romano. A dos se pueden reducir las corrientes doctrinales más importantes a la hora de definir y explicar este concepto³⁶. Para

³⁵ Sirva como muestra de los abundantes textos que se podrían aportar la siguiente referencia de Ulpiano que, hablando de los interdictos afirma: «*Et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere*» (D 43, 1, 1, pr.). Interesante también la observación que realiza Orestano: «In ciò appunto mi sembra scorgere il residuo dell' antica concezione, secondo la quale era la natura o destinazione della cosa che determinava la regolamentazione religioso-giuridica cui essa era soggetta e non già l' origine divina o umana della norma che determinava, religiosamente e giuridicamente, il carattere divino o umano della cosa» (R. ORESTANO, *Dal «ius» al «fas»...*, cit., pp. 210-211). La cursiva es nuestra.

³⁶ Para una profundización en esta problemática, puede verse, entre la abundante bibliografía existente al respecto, B. ALBANESE, «Bidental, Mundus, Ostium orci» *nella categoria delle res religiosae*, Ius 20 (1969) 205-243; F. BONA, *Alla ricerca del «de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione» di C. Elio Gallo. I. La struttura dell'opera*, Bolletino dell'Istituto di Diritto Romano 90 (1990) 119-132; G. BRANCA, *Le «res extra commercium humani iuris»*, Annali dell'Università di Trieste 12 (1941) 3-53; C. BUSACCA, «Ne quid in loco sacro religioso sancto fiat?», Studia et Documenta Historiae et Iuris 43 (1977) 265-312; IDEM, *Studi sulla classificazione delle cose nelle istituzioni di Gaio*, Villa san Giovanni 1982, passim; P. CATALANO, *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.16.1, Berlin-New York 1978, 440-473; A. DIHLE,

unos, el concepto *res divina* o *res divinae* tiene un contenido y sentido radicalmente positivos, ya se entienda por tal «todo aquello que pertenece a una divinidad determinada», o bien «todo lo que», aún no perteneciendo a divinidad alguna, «ha sido dedicado a cualquiera de ellas», adquiriendo en ambos casos el carácter de *res nullius in bonis*. Un segundo grupo de autores considera que el topos *res divinae* o *res divini iuris* no va más allá de ser un concepto meramente negativo, comprensivo de una esfera extraña al mundo del derecho, cuya intervención o referencia respecto a ellas sería meramente negativa y se limitaría a sancionar que aquellas son, desde la perspectiva del ordenamiento, *res extra commercium*: fuera del alcance de los hombres.

Sin embargo, esta concepción negativa no se compadece en absoluto con el contenido de las fuentes que, incluso en época tardía cuando ya se aceptaba sin problema alguno tanto por la doctrina como en la práctica la oposición entre derecho teocrático y derecho laico, presentan un complejo y minucioso entramado normativo relativo a las *res divinae*. Más, en el ordenamiento romano, las *res divinae* gozaban de una doble protección: jurídica y religiosa; mientras que las *res humani iuris* sólo estaban protegidas jurídicamente³⁷.

Ahora bien, desde un análisis en que se tenga en cuenta la totalidad de las fuentes jurídicas y doctrinales del derecho romano, cabe afirmar que ambas corrientes doctrinales inciden en el mismo equívoco: el de intentar una explicación de la naturaleza de las *res divinae* considerando su cualidad de *divinae* como algo accidental, derivado, superpuesto, en lugar de valorarla como una característica originaria. No es, pues, el régimen jurídico el que condiciona la naturaleza jurídica de la *res divina*, sino que es la naturaleza jurídica de la cosa la que determina el régimen jurídico a que ha de adecuarse o someterse. Para los Romanos anti-

Heilig, en *Reallexikon für Antike und Christentum* 105, Stuttgart 1987, col. 1-7; F. FABBRINI, v. «*Res divini iuris*», en *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino 1968, 510-565; IDEM, *Dai Religiosa loca alle Res religiosae*, *Bolletino del Istituto di Diritto Romano* 73 (1970) 197-245; E. FANTETTI, *L'inquadramento classico delle res sanctae*, *Labeo* 2 (1956) 94-121; J. GAUDEMET, «*Res sacrae*», en *Etudes de droit romain*, III, Napoli 1979, 489-502; G. LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana classica I. Problemi generali*, in *Studi Virgili*, I, Siena 1935, 159-187; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in Diritto Romano*, Milano 2010, 97-100; W. SESTON, *Les murs, les portes et les tours des enceintes urbaines et le problème des res sanctae en droit romain*, en R. CHEVALIER (ed.), *Mélanges d'Archéologie et d'Histoire offerts à André Piganiol*, III, S.E.V.P.E.N., Paris 1966, 1489-1512; F. STELLA MARANCA, «*Ius pontificium nelle opere dei giureconsulti e nei fasti di Ovidio*», *Annali del Seminario Giuridico-Economico dell'Università di Bari* 1 (1927) 6-34; M. TALAMANCA, «*Trebazio Testa tra retorica e diritto*», en G. G. ARCHI (ed.), *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana: Atti di un Seminario. Firenze 27-28 maggio 1983*, Milano 1985, 46-84; P. VOCI, «*Diritto sacro romano in età arcaica*», *Studia et Documente Historiae et Iuris* 19 (1953) 38-81.

³⁷ Cf. R. ORESTANO, *Dal «ius» al «fas»...*, cit., 209.

guos las *res divinae* no eran propiedad de nadie, ni siquiera de los dioses, «simplemente eran así: sagradas, santas o religiosas». Sólo cuando posteriormente, desde los romanos clásicos modernos hasta nuestros días, el horror al vacío provocado por la ausencia de relación cosa-propietario se impuso en la evolución y desarrollo de los ordenamientos, aparece la noción de la propiedad divina sobre las denominadas *res divinae*, aun cuando ni social, ni jurídica, ni religiosamente incluso la propia *consecratio* connotaba, como tal, relación alguna a la posible propiedad de los dioses sobre el bien o los bienes consagrados.

De lo que no cabe, pues, la menor duda es del hecho de que para todas y cada una de las distintas teorías, explicaciones y corrientes que pretenden y han intentado descubrir y analizar la naturaleza jurídica de las *res divinae* o *divini iuris* constituye evidencia asumida e indiscutible la fundamental incidencia de su dimensión religiosa como constitutivo jurídico esencial de todo aquello, bienes muebles o inmuebles, naturales o fabricados por mano humana, que directa o indirectamente se relaciona con la vivencia religiosa de personas, comunidades o sociedades³⁸. Tanto desde la técnica jurídica romanística como desde el propio contenido material de las normas de derecho romano, resulta evidente «que la dimensión religiosa trasciende, fundamenta y conforma la naturaleza jurídica del bien santo, sacro o religioso». Puede, incluso, darse un paso más, si se tiene en cuenta que la dimensión religiosa de la *res* no sólo integra su dimensión jurídica, sino que la constituye y conforma sustancialmente marcando, además, su exclusividad ante el ordenamiento y en el ámbito de las relaciones jurídicas. Exclusividad jurídica determinada por su «teleologicidad religiosa» que ha sido tanto, en el derecho romano como en los derechos históricos nacionales hasta bien entrado el siglo XX, una constante que ha trascendido y condicionado a lo largo de siglos el lugar que en las distintas sociedades han ocupado las obras de carácter religioso, al margen de su cualificación o valor artístico.

3. RELIGIOSIDAD Y JURIDICIDAD DE LA CREACIÓN ARTÍSTICA

Según la opción metodológica asumida en este estudio, nos planteamos a continuación explicar la incidencia de la dimensión y finalidad religiosas en la calificación y naturaleza jurídica de la obra de arte en su doble dimen-

³⁸ Dado que su tratamiento excede los límites impuestos a este género académico, ni siquiera brevemente nos referimos al tratamiento que la sociedad y el derecho de la Grecia clásica reservaron a las cosas, de manera especial a las obras de arte, relacionadas con la Religión. Sin embargo, puede realizarse un acercamiento a estas cuestiones en L. GERNET y A. BOULANGER, *El genio griego de la religión*, 2ª ed., México 1960, 161-199.

sión social: en cuanto bien religioso y como objeto al que, «posterior y extrínsecamente», se ha dado en calificar como «cultural». El contexto o marco desde el que abordaremos esta parte de nuestra reflexión es el de la incidencia o razón jurídica que la finalidad e intencionalidad religiosas del creador artístico tienen en la conformación de la naturaleza jurídica de la obra de arte. Y lo haremos a partir del nexo jurídico que el propio ordenamiento reconoce como necesario entre el autor, en cuanto creador intelectual, y la obra por él creada. Como nuestro interés se centra en la naturaleza jurídica de la obra religiosa, sea arquitectónica, escultórica, pictórica o de orfebrería, etc., articulamos nuestra argumentación a partir del hecho innegable de que todas las obras de arte de carácter religioso que forman parte, en la actualidad, del Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural de España fueron concebidas por sus autores como *obras religiosas* dirigidas primaria y directamente al culto o al fomento y satisfacción de la devoción personal, tanto en su vertiente pública como privada³⁹. Sin olvidar, por su-

³⁹ En el número especial de la *Scottish Art Review* publicada el año 1952, Dalí explica la razón y sentido de su famoso Cristo (*Asumpta Crepuscularia lapislazulina*) con las siguientes palabras que prueban, sin ningún género de dudas, la intención del pintor al realizar su obra: «La posición de Cristo ha provocado una de las primeras objeciones respecto a esta pintura. Desde el punto de vista religioso, esa objeción no está fundada, pues mi cuadro fue inspirado por los dibujos en los que el mismo San Juan de la Cruz representó la Crucifixión. En mi opinión ese cuadro debió ser ejecutado como consecuencia de un estado de éxtasis. La primera vez que vi ese dibujo me impresionó de tal manera que más tarde, en California, vi en sueños al Cristo en la misma posición pero en paisaje de Port Lligat y oí voces que me decían: «¡Dalí tienes que pintar ese Cristo!».

»Y comencé a pintarlo al día siguiente. Hasta el momento en que comencé con la composición, tenía la intención de incluir todos los atributos de la crucifixión –clavos, corona de espinas, etc.– y de transformar la sangre en claveles rojos sujetos en las manos y los pies, con tres flores de jazmín sobresaliendo de la herida del costado. Las flores hubieran sido realizadas a la manera ascética de Zurbarán. Pero justo antes de finalizar mi cuadro, un segundo sueño modificó todo esto, tal vez a causa de un proverbio español que dice: “A mal Cristo, demasiada sangre”.

»En ese segundo sueño, vi el cuadro sin los atributos anecdóticos: sólo la belleza metafísica del Cristo-Dios. También había tenido al principio la intención de tomar como modelos para el fondo a los pescadores de Port Lligat, pero en ese sueño, en lugar de ellos, aparecía en un bote un campesino francés pintado por Le Nain, del cual sólo el rostro había modificado a semejanza de un pescador de Port Lligat. Sin embargo, visto de espaldas, el pescador tenía una silueta velazqueña. Mi ambición estética en ese cuadro era la contraria a la de todos los Cristos pintados por la mayoría de los pintores modernos, que lo interpretaron en el sentido expresionista y contorsionista, provocando la emoción por medio de la fealdad. Mi principal preocupación era pintar a un Cristo bello como el mismo Dios que él encarna».

puesto, tantos casos atestiguados por la historia en que la creación plástica de carácter religioso era fruto de la propia fe, devoción o religiosidad del artista que realizaba su obra con el único objetivo de expresar sus creencias del modo y por el medio en que mejor sabía hacerlo, más allá, e incluso al margen, de los posibles beneficios que el trabajo pudiese reportarle.

3.1. *El marco normativo*

El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por Ley 22/1987, de 11 de noviembre, garantiza, por principio, el derecho del autor, basándolo en el hecho de su creación, sobre cualquier obra fruto intelectual de su capacidad, conocimiento o habilidades: «La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación» (Art. 1). Al determinar, en su Artículo 2, el contenido de este derecho, la misma norma especifica que la propiedad intelectual «está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra». Y todo ello sin más limitaciones que las que explícitamente se establezcan por la ley. La misma norma, en su Artículo 10, determina que son objeto de propiedad intelectual «todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro». En la enumeración, a nuestro entender meramente indicativa y no exclusiva, que la propia norma realiza sobre las creaciones objeto de la propiedad intelectual señala «las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía... así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas»⁴⁰.

Como derivación o consecuencia de los derechos de carácter personal, que según el ya referido Artículo 2 constituyen parte del contenido del derecho de propiedad intelectual, en el Artículo 14 se regula el contenido y características del derecho moral del autor sobre su obra, calificando a los derechos derivados de o conexos con ese denominado derecho moral de «inalienables» y añadiendo, con una notoria falta de rigor jurídico y sistemático, el epíteto de «irrenunciables». Al margen de esa señalada carencia sistemática cuya demostración nos alejaría del objeto principal de estas páginas, nos interesa hacer notar lo establecido en el apartado 4º del mencionado Artículo 14 como «derecho irrenunciable e inalienable» del autor y

⁴⁰ Art. 10, 1e).

que no es otro que el de «exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación». La ley considera de tal importancia, intensidad y trascendencia jurídica y personal los derechos enumerados en este apartado que prevé una proyección social y jurídica de los mismos indefinidas en el tiempo, al determinar que, una vez fallecido el autor, el ejercicio de los derechos mencionados en este apartado 4º «corresponde, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad» (Art. 15, 1); recayendo este mismo derecho en sus legítimos herederos caso de que el difunto no hubiese expresado su voluntad explícita al respecto. Concede la ley tal importancia a los mismos que, caso de que no se dieran las previsiones del párrafo 1 del Artículo 15, al no existir ni herederos ni persona designada, en conformidad con lo dispuesto por el Convenio de Berna, es el Estado quien sustituye como legitimario *mortis causa* en orden a hacer valer los derechos del artista difunto:

«Siempre que no existan las personas mencionadas en el artículo anterior, o se ignore su paradero, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimados para ejercer los derechos previstos en el mismo» (Art. 16)⁴¹.

Protección del derecho de autor que sobrepasa los límites geográficos y jurídicos del ordenamiento español, al ser urgido por normas o compromiso de derecho internacional que, a su vez, han influido en el propio derecho interno del Estado. Es el caso de la Convención de Roma, de 2 de junio de 1928, cuando declara que con independencia de los derechos patrimoniales de todo autor y aún después de la cesión de estos derechos, éste conserva la facultad de reivindicar la paternidad de sus producciones artísticas, así como el derecho y facultad de oponerse a toda deformación, mutilación

⁴¹ «2. Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

3. Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección» (*Convenio de Berna*, art. 6 bis).

o cualquier otra modificación de las obras que creó y que fuesen perjudiciales a su honor o a su reputación como artista. Ya con anterioridad a la Convención de Roma, el Artículo 6º bis del Convenio de Berna, de 9 de setiembre de 1886, mediante el que se creó la *Unión para la protección de las obras literarias y artísticas*, conformaba jurídicamente el derecho que asiste a autores y artistas, con independencia de los derechos patrimoniales que pudieran derivarse de su titularidad en la creación artística, de oponerse a cualquier modificación de su obra, considerándola, caso de que se consumase, como atentado a la obra así afectada⁴². Convenio o Pacto multinacional que fue objeto de sucesivas revisiones y actualizaciones: Berlín, el 13 de noviembre de 1908⁴³; Roma, 2 de junio de 1928, a la que acabamos de referirnos y que fue ratificada por España mediante Ley de 21 de julio de 1932⁴⁴; Bruselas, 26 de junio de 1948⁴⁵; todas ellas completadas por el Convenio Universal de Ginebra, sobre derechos de autor, de 6 de setiembre de 1952, ratificado por España el 27 de octubre de 1954⁴⁶. Por medio del Acta de París, de 24 de julio de 1971, se actualizó de nuevo el referido Convenio de Berna, actualización ratificada por España en Instrumento de 1 de marzo de 1974⁴⁷ y de 21 de octubre de 1974⁴⁸.

3.2. *La doctrina jurisprudencial*

En el marco de la normativa internacional, constitucional e interna, la jurisprudencia española ha dejado claramente sentado que la vinculación moral, intencional y artística del autor con su obra trasciende cualquier situación contractual o negocial y, desde una perspectiva estrictamente jurídica, se constituye en realidad integrante de la obra de arte misma, porque, como tiene acuñado nuestro más Alto Tribunal, las facultades o derechos morales de los

⁴² «1. Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación». El Convenio, pues, prevé la existencia y regulación de «derechos morales», es decir, el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio al honor o la reputación del autor.

⁴³ NDL Aran., 25073, t. XIX, Pamplona 1977, 1043-1045.

⁴⁴ NDL Aran., 25080, ibid., 1051-1057.

⁴⁵ NDL Aran., 25092, ibid., 1062-1067.

⁴⁶ NDL Aran., 25095, ibid., 1069-1074.

⁴⁷ BOE, núm. 81, de 4 de abril de 1974, 6885-6889.

⁴⁸ BOE, núm. 260, de 30 de octubre de 1974, 22115-22121.

autores, íntimamente relacionados con su intención creativa, son consecuencia necesaria de la paternidad de las obras que ha logrado realizar por su talento, arte, inspiración e ingenio:

«En consecuencia, el problema se centra en que, a partir de un mismo hecho, pueden producirse simultáneamente, daños materiales que repercuten en el patrimonio del perjudicado y son susceptibles de evaluación patrimonial y un daño moral, relacionado o derivado de aquél, que alcanza a otras realidades extrapatrimoniales, bien de naturaleza afectiva, como son los sentimientos, bien referida al aspecto social de la repercusión creadora, y también abarca, en proyección de heterogeneidad, otras situaciones motivadoras de efectivos y trascendentales daños morales.

»Trasladando esta consideración a los derechos de los autores, no se puede dejar de hacerse constar, que a éstos hay que reconocerles el derecho a decir su verdad artística y con ello, si efectivamente la dicen, alcanzan la categoría de creadores e inventores, al tiempo que también les asiste, la facultad de comunicar a los demás sus creaciones, que de esta manera se exteriorizan y acrecientan el haber cultural de cada uno y el social de la colectividad receptora, pues el proceso de creatividad, partiendo de un momento culminante e iniciador, cual es la producción de la obra, en la que el autor se enfrenta en soledad a su inquietud, talento, afanes de búsqueda y plasmación, no se agota con lo hecho, sino que su creación se perpetúa, mediante la proyección comunicativa con los que tienen acceso a la misma, formándose de esta manera, un proceso continuado de recreación»⁴⁹.

Recreación que, por otra parte, no puede suponer en ningún momento el vaciamiento total o parcial del sentido, intención y voluntad del creador de la obra, sobre todo en aquello que connota la proyección espiritual, intelectual y personal del propio artista en su obra que, con todo derecho, puede denominarse «creación» no en razón del denominado *corpus mechanicum* de la obra, cuya materialidad puede preexistir a la obra de arte, sino, de forma directa, en lo que afecta al *corpus mysticum* de la misma que no es otra cosa que el diálogo espiritual/inspiracional que el autor mantiene e insufla a su obra y que se concreta en el aire de permanente vitalidad que hace duradera a la obra de arte. Pues, como el propio Tribunal ha establecido, en el supuesto de los daños involuntarios sufridos por una determinada obra de arte, la tipificación-valoración de los mismos no puede limitarse a la evaluación objetiva de los materialmente sufridos, sino que se ha de realizar una estimación «concurren-

⁴⁹ STS, 3-6-1991, FJ 4.

cial» en la que lo «relacionado con» o «derivado de» la circunstancia objetiva del daño se contemple en la perspectiva de una situación personal o subjetiva jurídicamente relevante, puesto que, a la hora de realizar una válida apreciación de los daños, «ha de partirse, para estimar su concurrencia, de una situación objetiva, representada por la producción de daños materiales, que en la presente controversia, resultaron concretos y tasados, y de una subjetiva, en razón a la proyección que aquéllos pudieran tener en los sentimientos y dimensión espiritual del que los sufre, en este caso un artista-pintor, de prestigio y renombre en los ambientes culturales»⁵⁰, completando el Alto Tribunal su argumentación con el siguiente razonamiento:

«Evidentemente, la estimación de los daños morales, no puede supeditarse a que se den pruebas positivas de haber concurrido lucro cesante, sino que, en una progresiva interpretación de su concepto y dimensión, ha de llevarnos a superar estados jurídicos cerrados, en búsqueda de la más justa solución a la cuestión en debate, por ello, aunque se dé carencia de probanzas directas de los daños morales, no pueden supeditar ni impedir su valoración y acogida por los Tribunales de Justicia. El derecho de autor que es inescindible y ha de ser contemplado en unicidad, tiene un contenido plural de facultades propias y proyecciones –abundando en lo expuesto–, que pueden encuadrarse en dos grupos: a) Unos de contenido patrimonial, derivados de la explotación económica de la obra, y nos lleva a la configuración de derechos previstos y protegidos en el Ordenamiento Jurídico y en la consideración de propiedad especial, y b) Otro contenido, de carácter personal, que son las facultades o derechos morales de los autores, como consecuencia de la paternidad de las obras, que por su talento, arte, inspiración e ingenio, ha logrado realizar»⁵¹.

En su consecuencia, continúa el Tribunal: «la Sala sienta la conclusión de la realidad concurrente, de haber sufrido el promotor del presente recurso de casación, no sólo daños materiales en los cuadros que prestó... sino también daños de índole moral, en razón al sufrimiento y lesión a su sensibilidad artística, al ver mermada la integridad de sus pinturas, por consecuencia de los desperfectos y minoraciones que las afectan, ya que de tal manera “se le causó una grave lesión espiritual”, que no puede dejarse de lado y menos marginarla, en la ocasión de este proceso»⁵².

La intención y pretensión del autor, así como todo el personalísimo e íntimo proceso por el que se concibe y realiza una obra de arte, en cuanto ele-

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

mento teleológico fundamental y, en razón de esta teleologicidad, conformante sustancial de la creación artística, aunque también esté presente y, en cierto modo, dialógicamente actuante en la materialidad de la obra, permanece, sobre todo, con relevancia jurídicamente específica, como «patrimonio personalísimo de la íntima propiedad del autor». Tan íntimo y personal que es radicalmente inalienable: se podrá comerciar con los productos del ingenio, pero jamás con el ingenio que, por ser patrimonio del espíritu o de la más íntima profundidad personal, es esencial y sencillamente *extra commercium*.

Fundamenta su razonamiento el juzgador en la ya citada Convención de Roma, de 2 de junio de 1928, en cuanto recoge de manera inequívoca y decisiva que «con independencia de los derechos patrimoniales de todo autor y aún después de la cesión de estos derechos, éste conserva la facultad de reivindicar la paternidad de sus producciones artísticas, así como a oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación de las obras que creó y que fuesen perjudiciales a su honor o a su reputación. Esta declaración se conjuga con el precepto 20 de la Constitución, e incluso, en cuanto a su protección, con el 18-1...»⁵³. Y añade que, como reiteradamente recuerda la Jurisprudencia, Convención y disposiciones constitucionales posteriores fueron íntegramente recogidas «en la Ley de la Propiedad Intelectual, 11 de noviembre de 1987... pues normatiza junto a los derechos morales del autor en su artículo 14 –y entre éstos el de respeto a la integridad de la obra, e impedir cualquier deformación, alteración o atentado a la misma, que suponga tanto perjuicio a sus intereses legítimos, como menoscabo a la reputación del artista–, también derechos patrimoniales derivados de la explotación de su hacer artístico (artículos 17 a 23), e incluso se prevén otros derechos (artículo 24), en conexión con los patrimoniales. Hay que hacer constar, asimismo, que la Disposición Adicional cuarta (sic), de la Ley citada, dispone la ampliación de dicho artículo 14, a los autores de las obras creadas antes de su entrada en vigor»⁵⁴.

Queda, pues, claro que tanto la intención como la pretensión del autor al crear su obra constituyen una realidad teleológica fundamental en el proceso

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid. El mencionado artículo 14 establece que corresponden al autor como derechos irrenunciables e inalienables, en su número 4º, «exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación»; y en el 6º «retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación». Por otra parte, la Disposición a que se refiere no es Adicional cuarta, sino Transitoria cuarta.

de creación artística y, consecuentemente, de la obra de arte que, a su vez, delimita una esfera íntima e inalienable de propiedad del autor sobre su obra. La intención del autor, en el amplio sentido que esta acepción adquiere cuando se trata de la creación artística, trasciende y sobrepasa cualquier cualidad o *status* jurídico relacionado con o derivado de todo tipo de negocio o situación jurídica o legal externas a su esencial estructura jurídica. Intencionalidad y pretensión de autor que, en el caso de las obras de arte de carácter religioso, no suele ofrecer la mínima dificultad en cuanto a su prueba histórica; pues, aún en aquellos supuestos en que se carece de documentos escritos, la objetividad y el uso que de las mismas se ha hecho a lo largo de la historia es aval más que suficiente de la verdadera naturaleza de aquellas. ¿O no quedan claramente probadas por la propia ubicación de las obras en Iglesias, Monasterios, Conventos, lugares de culto públicos, semipúblicos o privados...?

Además, y como también recuerda el propio Tribunal Supremo, la vinculación del autor con su obra, así como los derechos propios y específicos de la autoría, incluidos en ella también algunos de los que versan sobre determinados aspectos materiales de la misma, trasciende y va más allá de las normales transacciones comerciales:

«La propiedad intelectual se configura como un derecho de propiedad, con determinadas peculiaridades que justifican su especialidad y que derivan fundamentalmente de la naturaleza de su objeto que es un bien inmaterial, aunque respecto a ello hay que destacar que comprende no sólo el derecho sobre el bien inmaterial –“*corpus mysticum*”– sino también sobre la cosa corporal, soporte material, en el que recae el derecho –“*corpus mechanicum*”– y sobre uno y otro recaen acciones correspondientes a la propiedad, debidamente adaptadas, como la reivindicatoria, y acciones específicas que prevé la Legislación específica de Propiedad Intelectual»⁵⁵.

Dimensión “inmaterial” de la obra de arte, o *corpus mysticum* de la misma, tan real y jurídicamente operante que, como ha establecido la jurisprudencia, le corresponde, en igualdad de condiciones con cualquier otro derecho, la pertinente “acción reivindicatoria” en el supuesto de lesión o no reconocimiento de aquel: «Esta [se refiere a la naturaleza de la acción ejercitada] debe ser calificada como una “acción reivindicatoria”, por la que la parte demandante ha reivindicado los derechos sobre una serie de películas como “*corpus mysticum*” y los materiales o elementos físicos de las mismas como “*corpus mechanicum*”»⁵⁶.

⁵⁵ STS, 11-4-2000, FJ 1.3.

⁵⁶ Ibid.

Es decir, por cuanto respecta a los que podríamos denominar «derechos específicos de autoría», nos hallamos, sin duda, ante una auténtica *res extra commercium*, según puede desprenderse de posterior doctrina del mismo Alto Tribunal:

«El derecho moral de autor –integrado por un conjunto de derechos inherentes a la persona del autor, y que tiene carácter irrenunciable e inalienable y constituye la más clara manifestación de la soberanía del autor sobre su obra, como señala el Preámbulo de la LPI 22/1987– se regula en los arts. 14 a 16 de esta Ley, disponiendo el número 4º del art. 14 que corresponde al autor el derecho irrenunciable e inalienable a exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración, o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación»⁵⁷.

Tanto nuestro Tribunal Supremo como las instancias judiciales inferiores siempre han mantenido y mantienen la prevalencia del derecho del autor a la «integridad», en el más pleno y amplio sentido de la palabra, de su obra sobre los, por otra parte, legítimos derechos dimanantes de la correspondiente relación contractual que el propio autor haya establecido con el adquirente de su trabajo. La autoría, con todos los elementos y características intencionales y personales que la integran, se reconoce, pues, como constitutivo jurídico esencial y fundamental de la obra artística, característica que no se reconoce, ni legal ni jurisprudencialmente, a ninguna otra de las relaciones jurídicas que se puedan establecer en torno a la obra artística y que siempre revisten un carácter secundario, externo, coyuntural, accidental con relación a su constitución jurídica nuclear.

En este sentido, por ejemplo, se manifestaba de manera inequívoca la Sentencia de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 13 de octubre de 2003. En primer lugar, se resalta en ella la capacidad y legitimación de todo autor para reivindicar el derecho a que se respete, en todos sus aspectos y dimensiones, la integridad de su obra, tal y como ha sido concebida por él, aun cuando, como sucede en el caso de referencia, la obra artística se halle necesariamente coimplicada en la ordenación de un espacio de utilidad o uso público, si bien su propietario sea persona privada⁵⁸. Recuerda,

⁵⁷ STS, 6-11-2006, FJ 5.

⁵⁸ «... puesto que tales argumentaciones implican desconocer el fundamento por el que se le ha reconocido al actor la tutela que dispensa la LPI y, por ende, legitimación activa para pretenderla, que no ha sido otro que ser el autor de la obra en los términos que se han dejado concretados, siendo evidente que el derecho a la «propiedad intelectual» se reconoce y protege por el mero hecho de su creación, como así lo disponen los art. 1 y 5 del TRLPI, y lo viene estableciendo la doctrina jurisprudencial, entre otras, en las STS 23-3-1999 y 22-4-1998». (SAP Guadalajara, n. 56/2003, de 13 de octubre de 2003, FJ 1).

además, la sentencia, con apoyo en la del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1998 y 26 de octubre de 1962, que para obtener el apoyo y cobertura que brinda la Ley de Propiedad Intelectual la obra ha de ser original, en cuanto producto y efecto de la creatividad humana, circunstancia que, de nuevo, incide en la profunda, exclusiva y necesaria relación entre la intención-voluntad del autor y la esencia de la obra de arte:

«...la protección referida nace desde el momento de la creación de la obra sin necesidad de ningún otro requisito y desde ese momento se reconoce al autor, de ahí la necesidad de que la obra se manifieste o exteriorice a través de un soporte, material o inmaterial, adecuado a la naturaleza de la obra, y por ello la obra literaria, artística o científica objeto de protección es una obra individualizada, la creada por el autor y no los posteriores ejemplares o reproducciones realizadas por aquél o por sus causahabientes en uso del derecho de explotación, de ahí que se exija que concurren las características que la definan como una “creación original”, requisito de originalidad que, según la sentencia reseñada, ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo, entendiéndose por el primero que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor, y por el segundo como novedad objetiva; si bien, más que a la nota de novedad, se viene anudando la protección al hecho de que la obra sea hija de la inteligencia, ingenio o inventiva del hombre, STS 7-6-1995»⁵⁹.

Una de las más directas e importantes implicaciones y consecuencias del derecho de propiedad intelectual es el reconocimiento del derecho que todo autor tiene a que se respete la integridad de su obra, por encima de los gustos, conveniencias, necesidades o criterios de su propietario. Y ello aunque, como es lógico, éste posea título de propiedad legítimo sobre la obra. Ni siquiera el propietario en segunda, tercera o sucesivas transmisiones puede invocar razón o derecho en orden a la transformación o menoscabo de la obra de arte recibida:

«Y sentado cuanto antecede, la consecuencia no puede ser otra que reconocer al actor el derecho a la integridad de la obra, vertiente moral del derecho de autor que proclama el art. 14.4 LPI con el carácter de irrenunciable e inalienable, como así lo han señalado además la Ss.TS 19-7-1989, 20-2-1998 y 15-12-1998, siendo susceptible de ser ejercitado frente a todos, incluidos los adquirentes de la obra (STS 3-6-1991), pues dicho derecho es independiente y compatible con la “propiedad” y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación “intelectual” (art. 3.1 LPI);

⁵⁹ Ibid., FJ 2.

aunque hay que reconocer que la concurrencia de ambos derechos, en cuanto que la integridad de la obra constituye un límite al dominio del propietario material del soporte, puede originar una colisión de intereses, el del autor que puede pretender legítimamente que se respete su creación y el del titular del medio en que se ha plasmado la obra a quien puede interesar su modificación, cuestión muy discutida por la doctrina... aunque se viene considerando que el derecho de “propiedad” en tal caso estará limitado por el respeto al derecho moral del autor»⁶⁰.

Todavía se matiza más la peculiaridad del permanente e inalienable derecho moral, espiritual, personalísimo derecho del autor sobre su obra, cuando la jurisprudencia reconoce sin el menor asomo de duda el derecho propio del autor a ser indemnizado por el padecimiento de daños morales, aun cuando no hubiese sufrido daños o perjuicios materiales, sin que incluso quepa argumentar contra la posible indemnización con fundamento en la no existencia de perjuicios materiales:

«... planteamiento que no refuta la valoración de la instancia y que además implica ignorar cuales son los perjuicios que se intentan resarcir, ya que de lo que se trata es de indemnizar el daño moral que la infracción de los derechos de autor comporta, que expresamente prevé el art. 135 LPI, ello aún cuando no se pruebe la existencia de perjuicio económico... al señalar que lo padeció el actor al ver alterada o cercenada de forma sustancial, sin su consentimiento, la integridad de su obra; sustantividad propia de la indemnización del daño moral que ya fue apuntada por la STS 3-6-1991 al indicar que a partir de un mismo hecho pueden producirse simultáneamente daños materiales que repercuten directamente en el patrimonio del perjudicado y son susceptibles de evaluación patrimonial, y un daño moral que alcanza a otras realidades extrapatrimoniales, bien de naturaleza afectiva, como son los sentimientos, bien referida al aspecto social de la repercusión creadora, y también abarca otras situaciones motivadoras de efectivos y trascendentales daños morales, en razón del sufrimiento y lesión a la sensibilidad artística al ver mermada la integridad de la obra, daños de índole moral a los que igualmente aluden las STS 28-1-2000 y 23-10-2001 en relación con los producidos en supuestos incardinados en el art. 14.4 LPI»⁶¹.

Y, por si alguna duda quedara, la sentencia aplica clara y contundentemente la doctrina de la pervivencia y permanencia *ultra tempus* de la relación

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid., FJ 3.

moral y personal del artista con su obra, más allá y por encima de cualquier otra relación de carácter jurídico que se haya podido establecer entre la obra y terceros, cuando distingue y separa nítidamente los perjuicios patrimoniales, que pudieran derivarse del deterioro material de la obra, del daño moral, objeto de indemnización independientemente de la relacionada con la modificación, alteración o destrucción del *corpus materiale* de la obra⁶².

4. *El finalismo religioso del negocio jurídico artístico: de la compraventa a la donación*

Ha sido una constante de las sociedades históricas la construcción de lugares sacros en que o bien se tributaba el culto debido a la divinidad, o bien se les consideraba como habitación o residencia de los dioses. Del mismo modo, desde el más sencillo primitivismo hasta la sofisticación de las más depuradas técnicas artísticas, el hombre religioso, salvo contadas excepciones, ha adornado estos templos o sus propios domicilios con objetos que les recordaban o representaban a sus dioses, o bien que eran utilizados para homenajear y contentar a la propia divinidad. Griegos y romanos, por atenernos a nuestro entorno histórico y geográfico más cercano, fueron prolíficos creadores de estatuas e imágenes sagradas en reconocimiento y devoción a sus casi idénticos panteones de dioses, semidioses y héroes divinizados. Tampoco el cristianismo, desde sus mismos orígenes, fue ajeno a esta tendencia y práctica religiosas, como se constata en restos arqueológicos, pictóricos y escultóricos muy cercanos a los mismos inicios de la Iglesia.

Cabe recordar como las representaciones icónicas acompañaron desde muy temprano la oración, el culto y la memoria de los cristianos, pudiendo

⁶² «En el caso presente, en atención a los criterios expuestos, no procede acoger el motivo de impugnación aducido al partir la recurrente de parámetros económicos que tendrían importancia si se tratara de valorar perjuicios patrimoniales pero que nada tienen que ver con el daño moral que se trata de indemnizar, por lo que sus argumentaciones no desvirtúan la cuantificación de la instancia habiendo procedido la juez a moderar la apuntada por el perito en relación con las circunstancias objetivas concurrentes, las cuales afloran de los propios hechos que se estimaron acreditados, a saber, prestigio del actor como artista, importancia de la obra desaparecida en sí misma considerada y en la trayectoria artística del demandante, total destrucción de aquella, publicidad y notoriedad de dicho atentado, datos que revelan la trascendencia del ataque a la integridad de la obra y, por ende, al derecho moral de autor del apelado; razones que, junto con la intrascendencia de lo argumentado para pretender la revisión del pronunciamiento de la instancia, han de determinar también en este extremo la desestimación de la apelación».

ser consideradas como una importante seña de identidad de los seguidores de Jesucristo. Por cuanto se refiere a este estudio, es importante tener en cuenta que el icono es, probablemente, lo más opuesto a las imágenes, figuras o representaciones⁶³. El icono sólo es accesible en su profundidad significativa desde la apertura intelectual y espiritual a la luz, la belleza y la trascendencia⁶⁴. El icono tiende a figurar lo que es «irrepresentable». Es algo así como «la última flecha que el ser humano», desde su más honda intimidad, «envía al corazón del Misterio», entendido, sobre todo, como vida y libertad que son las dos coordenadas esenciales del misterio. A través del icono se busca que el contemplativo remonte su mirada y la quietud de su plenitud a la luz y la be-

⁶³ Para un acercamiento al sentido y razón del icono, de mayor interés por gestarse en un importante momento del iconoclasmo, puede verse la doctrina sobre el mismo de San Teodoro Studita (759-826). Según el Studita, el icono está tan íntimamente relacionado con la Encarnación de Cristo que el cuestionamiento del primero acarrea consecuencias dogmáticas impensables respecto a la segunda: la negación del primero equivaldría a la negación de la segunda. Ahora bien, Cristo está presente en el icono por razón de su unión hipostática y por la relación nominal entre el icono y Cristo, pero difiere y se distingue de aquel en cuanto a su sustancia: Cristo no es un prototipo humano cualquiera, es Dios hecho hombre. Ahora bien, si la divinidad está presente en la carne de Cristo, porque es una hipóstasis divina-humana, ¿de que modo la divinidad está presente en el icono que representa la carne de Cristo? Según el Santo, la divinidad se hace presente en la sombra de la carne a la que aquella está unida, puesto que es la carne la representada en el icono. Sin embargo, no se trata en el icono de una unión por naturaleza entre humanidad y divinidad, sino de una presencia de la divinidad por participación relativa, de una participación en la gracia: la gracia divina penetra el icono («presencia energética») y santifica a quienes, con fe, veneran el icono. Cf. M. BRATU, *Quelques aspects de la doctrine de l'icône de Saint Théodore Stoudite*, *Revue des sciences religieuses* 77 (2003) 323-349. Por lo que respecta al iconoclasmo y a los dos periodos (726/730-787 y 815-843) en que más directamente afectó al Imperio de Oriente, puede verse: V. DEROCHÉ, *Entre Rome et l'Islam. Les Chrétiens d'Orient 610-1054*, Paris 1996, 147-226; J. HERRIN, *Formation of Christendom*, Princeton-New Jersey 1987, 307-389; S. NES, *The Mystical Language of Icons*, Cambridge 2004, 14-15; M. QUENOT, *L'icône*, Paris 1987, 35-42; P. SCHREINER, *Der Byzantinische Bilderstreit: Kritische Analyse der Zeitgenössischen Meinungen und das Urteil der Nachwelt bis heute*, en *Bisanzio, Roma et l'Italia nell'Alto Medioevo*, *Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo*, XXXIV, t. 1, Spoleto 1988, 319-407. Resulta muy ilustrativa para precisar ciertos matices importantes sobre el iconoclasmo y la iconodulía la discusión que se mantuvo sobre la exposición del Prof. Schreiner y que ocupa las páginas 409-427.

⁶⁴ Cf. E. PANOFSKY, *Studies in Iconology: Humanistic Themes in the Art of the Renaissance*, Boulder, CO 1972, 3-32. La primera edición de este clásico de la historia del arte vio la luz el año 1939 en las prensas de la Oxford University Press, de Nueva York, y fue reeditada el año 1962 por la Harper & Row, también de Nueva York, reedición que tuvo, a su vez, varias reimpressiones.

lleza que, por ser indescriptibles, sólo pueden insinuarse a través de la simplicidad inexistente de la luz sin forma. Contemplar un icono es pisar el dintel de una puerta abierta a la estética del Infinito, a la libertad de la fascinación por el Absoluto: es la ruptura de los límites y las barreras de la ética; la lozanía del ser y del existir, frente a la seguridad protectora del orden; la ventana que de la vida nos abre, asoma y empuja a la verdadera esencia de las personas y de su tendencia a agotar lo más recóndito y último de su ser. El icono es la fascinación del Absoluto, sea en Dios o en el Amor. Por ello Abraham y Jefté, puestos en el dilema de la estética fascinadora del Infinito no dudaron en romper la ética. El icono es más símbolo que figura, símbolo que en sí mismo lleva a trascenderlo para sumirse en la contemplación de la simplicidad más allá de cualquier discurso; donde sólo existe identidad y fusión en la inacabable transparencia de la luz, la belleza, el Infinito; donde la palabra humana sólo puede hablar con y desde el silencio, pues para contemplar y arrobarse en el aura de la luz que jamás conoce ocaso ha de morir el crepúsculo en la eternidad del atardecer. El Misterio, personal o divino, irradia, pero sólo puede descubrirse en la contemplación de su silencio. Y siempre, al menos en el cristianismo, ha estado presente, aun cuando a veces no se haya hecho patente, esta dimensión o fondo icónico de sus imágenes religiosas⁶⁵.

Este es el entorno ideológico y devocional en que se ha de enmarcar la encomienda y realización de la obra de arte religiosa cristiana. Y ésta es la perspectiva en que se mueven patrocinadores y artistas a la hora de plantear la realización de esculturas, pinturas, orfebrería, obras literarias o construcciones arquitectónicas. Este es el cuadro o entorno en que vamos a situar cuanto sigue. En este ambiente, en que se encarga o contrata la estatua de un santo, de Cristo o de la Virgen María; o se compra un cuadro o un pequeño retablo espontáneamente pintados o esculpidos por su autor; o se dona cualquier objeto religioso previamente comprado o hecho por el propio donante, radicaré los fundamentos de esta reflexión sobre la incidencia constitutiva de la dimensión religiosa en el ser

⁶⁵ En los últimos años la bibliografía sobre la teología y la historia del icono, así como sobre la incidencia y condicionamiento de lo espiritual-teológico sobre lo artístico ha sido abundantísima. Para un acercamiento a la realidad del icono, nos atrevemos a señalar como más representativa: J. BAGGLEY, *Doors of perception: icons and their spiritual significance*, London 1987, passim; B. DUBORGEL, *L'icône, art et pensée de l'invisible*, Université de Saint Étienne, 2004, passim; P. EVDOKIMOV, *L'art de l'icône: théologie de la beauté*, Paris 1972, passim; M. QUENOT, *Résurrection et l'icône*, Paris 1992, passim; E. SENDLER, *The Icon, image of the invisible: elements of theology, aesthetics and technique*, Torrance (California) 1993, passim; IDEM, *Les mystères de Christ: les icônes de la liturgie*, Paris 2001, passim; M. ZIBAWI, *The icon: its meaning and history*, Collegeville (Minnesota) 1993, passim.

jurídico de la obra de arte religiosa. ¿Cómo, pues, y hasta qué extremo la fe religiosa se conforma como constitutivo necesario de una realidad que nace a partir y como consecuencia de un negocio jurídico determinado?

4.1. *Sobre la estructura y constitutivos del negocio jurídico*

Aun cuando pudiera parecer ingenua simplicidad, hemos de comenzar, dada la confusión conceptual vigente en gran parte de la doctrina, recordando unas elementales definiciones o acotaciones de ciertos conceptos e instituciones básicos y fundamentales en sede jurídica: nos referimos al significado y contenido de los conceptos «hecho jurídico», «acto jurídico» y «negocio jurídico». Se ha de entender por «hecho jurídico» todo acontecimiento fortuito, ajeno a la voluntad, que, por disposición de la ley, produce efectos jurídicos: caso paradigmático de hecho jurídico es el acceso a la mayoría de edad. El «acto jurídico», por el contrario, requiere como elemento esencial la intervención de la voluntad personal y, en su consecuencia, entenderemos por tal toda determinación de la voluntad, externamente manifestada, orientada y dirigida a producir determinados efectos jurídicos: caso típico de acto jurídico es, por ejemplo, la sentencia judicial. Por último, el «negocio jurídico», que puede sin duda alguna calificarse como un acto jurídico especialmente relevante por su singular incidencia en el ordenamiento jurídico, ha de ser entendido como la determinación de la voluntad, externamente manifestada, orientada y dirigida a producir determinados efectos en el propio patrimonio jurídico de quien lo genera: el contrato es, dado su especial protagonismo en el tráfico jurídico, el negocio jurídico por excelencia en todo el ordenamiento jurídico⁶⁶. A su vez, el negocio jurídico puede ser unilateral, bilateral o multilateral; de contenido patrimonial o no patrimonial. Clasificación que depende del hecho de que el negocio jurídico haya sido concluido por una sola parte, como sucede, por ejemplo, en el caso del testamento; por dos o por más partes, como acontece, por ejemplo, en los contratos que pueden ser realizados por dos o más sujetos. La compraventa constituye caso paradigmático de negocio patrimonial y el matrimonio, por ejemplo, es supuesto típico de negocio no patrimonial.

En cuanto figura abstracta, el negocio jurídico implica en su constitución un conjunto de componentes esenciales, cuya ausencia o carencia determina

⁶⁶ Cf. D. NETTELBLADT, *Systema elementare universae iurisprudentiae*, vol. 3, pars 1 §1, Halae Magdeburgicae: Off. Libraria Rengeriana, 1767. Para el uso que se hace de los términos acto jurídico y negocio jurídico en la doctrina puede verse O. BUCCI, *L'eredità giudaico-cristiana nella formazione della dottrina contrattualistica europea*, Milano 2007, 43-59; F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milán 1959, 40-45; A. PASSERIN D'ENTREVÈS et COURMAYEUR, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Roma 2006, 78, nt. 4.

la nulidad e incluso, según los casos, la inexistencia del negocio, y una serie de elementos no esenciales que si bien no son determinantes de su validez, sí que pueden afectar a sus efectos jurídicos. En ambos, esenciales y no esenciales, se encuentran características o propiedades que arrojan luz a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la obra de arte religiosa. Se consideran constitutivos esenciales del negocio jurídico la «voluntad» y «su declaración», la «causa», el «objeto» y la «forma». Entre los no esenciales o accidentales, doctrina y legislación consideran como tales la condición, el término y el modo.

La voluntad, es decir la determinación consciente y libre del sujeto en orden a producir unos determinados efectos jurídicos, se manifiesta externamente mediante su declaración expresa por parte del sujeto. Manifestación de voluntad que puede ser «expresa», si se realiza mediante palabras, gestos o por escrito; o «tácita», si expresada a través de un comportamiento determinado que indica de forma inequívoca la intención del sujeto. La denominada voluntad implícita no produce efecto jurídico alguno, pues en la configuración del negocio jurídico ha de constar sin equivocidad alguna la intención del sujeto y, en consecuencia, no cabe la suposición o suplencia de voluntad. Tanto desde una concepción iusnaturalista como desde cualquier comprensión no iusnaturalista del ordenamiento, la voluntad del sujeto es considerada como parte o constitutivo esencial del negocio jurídico, ya sea calificada como elemento metajurídico del mismo, bien sea valorada como exigencia legal.

La causa no es otra cosa que el fin típico y objetivo a cuya realización o consecución se orienta el negocio jurídico y, en este sentido, también puede ser considerada como la razón última constitutiva del negocio jurídico. Al hablar de causa nos movemos en el ámbito de la objetividad del ordenamiento en el que los distintos negocios jurídicos tienden a la consecución de finalidades distintas. El atributo «típico», como calificativo de la causa del negocio jurídico ha de ser entendido, en cuanto derivado del sustantivo griego *typos* (τύπος), como el modelo que «conforma» y, a la vez, «trasciende» un objeto o realidad, al tiempo que queda internamente contenido –impreso– en lo modelado. En griego, *typos* significa lo estampado o modelado y simultáneamente lo que estampa o modela, comprendiendo, pues, en su significado no sólo lo estampado o modelado sino también lo que estampa o modela así como la consecuencia y derivación del proceso de golpear para estampar, imprimir o dar forma a algo; del mismo modo su significado se extiende, según los casos, a designar la representación anti-

⁶⁷ Cf. A. VON BLUMENTHAL, *ΤΥΠΟΣ und PARADEIGMA*, Hermes 63 (1928) 391-414.

cipada de lo que se pretende alcanzar o conseguir⁶⁷. Habrá, pues, de entenderse por «causa típica» el elemento determinante o el conjunto de elementos que conforman, delimitan, «estampan» y especifican el negocio jurídico. En terminología aristotélica, metodología habitual durante siglos para explicar la naturaleza y constitución de instituciones jurídicas fundamentales, cabría decir que causa típica de todo negocio jurídico podría considerarse la por el hilemorfismo aristotélico denominada «causa material» del mismo, en cuanto tendencial e intencionalmente querida y asumida por el sujeto o sujetos que lo realizan. La causa típica del negocio jurídico será, pues, tanto más compleja cuanto lo sea la complejidad con que el ordenamiento delimite y determine la esencia jurídica del negocio en cuestión.

Se trata de una forma privilegiada de garantizar la objetividad y seguridad del tráfico jurídico. Por ello, el ordenamiento no reconoce validez a la simulación o solapamiento de un negocio jurídico en otro como, por ejemplo, sería el caso de la donación realizada bajo apariencia de compraventa. La causa típica, pues, no debe ser confundida con los motivos o fines subjetivos que inducen a la conclusión del negocio y que son jurídicamente irrelevantes. La causa del negocio trasciende la mera relación personal para insertarse en el ámbito económico-social, en el que se advierte la seguridad del tráfico jurídico y que es el verdaderamente protegido y, a su vez objetivado en el ordenamiento. Así pues, mientras que la causa es siempre jurídicamente relevante, en cuanto que su falta o error sobre la misma, produce la invalidez del negocio, los motivos son, en principio, irrelevantes, a no ser que las partes pretendiesen tutelar de forma especial intereses o motivos individuales, en cuyo caso podrían llegar a convertirlos en condición del negocio, haciéndolo constar en las correspondientes cláusulas⁶⁸. Los motivos del negocio jurídico, en cuanto razones individuales y subjetivas que determinan su estipulación por las partes operan, sobre todo, en el ámbito de la voluntad, mientras que la causa se enmarca en la objetividad constitutiva de la identidad propia de cada negocio jurídico. Así, por ejemplo, en la compraventa, la causa típica es el intercambio de la cosa por el precio, mientras que los motivos pueden ser, según los casos, de lo más variado y distintos.

El objeto del negocio jurídico es la cosa (*res*) sobre la que se dispone o, dicho de otro modo, aquello que constituye el contenido material del negocio.

⁶⁸ El error sobre los motivos (motivo erróneo) causa la invalidez del negocio jurídico sólo en los casos de donación y testamento, cuando, como es lógico, se trata de motivos «determinantes» de la voluntad.

La forma es el modo contrastado en que el negocio jurídico aparece externamente; es decir, se trataría de la garantía jurídica, fundamentalmente frente a terceros, de que se ha llevado a cabo la realización plena de un concreto y determinado negocio jurídico⁶⁹.

Voluntad/intención, causa, objeto y forma han de ser considerados requisitos o elementos esenciales para la conclusión de todo negocio jurídico, puesto que la ausencia o carencia de cualquiera de ellos en su constitución provoca su nulidad. Existen, junto a éstos, otros requisitos del negocio que no afectan directamente a su esencia o constitución, sino que inciden, sobre todo, en la vigencia y operatividad de sus efectos. Se trata de los denominados elementos «accidentales» del negocio jurídico, cuya presencia o falta no inciden en su validez aunque, si se dan, también adquieren relevancia jurídica, sobre todo, en lo que atañe a los efectos del negocio.

4.2. Origen y procedencia de la obra religiosa con interés histórico o artístico como criterio de juridicidad

Sobrepasa los límites exigidos a un análisis de estas características el mero intento de enunciar o describir someramente el origen jurídico del conjunto de obras o bienes religiosos muebles e inmuebles dotados de un reconocido carácter histórico o artístico, tanto por la sensibilidad de determinados sectores de la sociedad actual como por la reciente, variada, repetitiva y poco original legislación al respecto. Los estudios de carácter histórico, realizados por especialistas en historia y por historiadores del arte, tanto en ámbitos particulares como más generales, en torno a monumentos, tallas, obras pictóricas o de orfebrería, ornamentos, instrumentos litúrgicos, etc., nos ofrecen a partir de incontestables pruebas documentales datos ciertos del cómo y el porqué de este rico patrimonio. Excepto en aquellos lugares donde la vesania antirreligiosa o el horror de las guerras nos han privado simultáneamente de obras y archivos, se dispone de documentación más que suficiente para biografiar el sentido jurídico de su origen. En el nacimiento de toda obra religiosa nos topamos con un negocio jurídico, sea

⁶⁹ Así, por ejemplo, el contrato de compraventa mediante el que A compra un apartamento a B se puede descomponer o desglosar en los siguientes elementos: el acuerdo o consentimiento de las partes que se han comprometido mutuamente a la transferencia de la propiedad de B a A; la causa es el intercambio del apartamento por una determinada cantidad de dinero; el objeto que, en el supuesto de hecho, viene determinado por la vivienda y por el precio; la forma o redacción por escrito del correspondiente documento que ha de satisfacer los requisitos exigidos por el ordenamiento en el caso de las transmisiones inmobiliarias.

de carácter unilateral, bilateral o multilateral, como soporte y razón de la obra de arte. Contratos, donaciones y testamentarias constituyen, según los casos, la razón de ser que dio origen a edificios, retablos, imaginería, cuadros, orfebrería, vasos sagrados, bordados y recamados. Negocios jurídicos que, más allá de fundar y legitimar la propiedad de los mismos, avalan por razón de su origen su verdadera naturaleza jurídica.

En cualquiera de los supuestos negociales que han dado origen a los bienes religiosos de carácter artístico encontramos lo «religioso-devocional» no sólo como dimensión necesaria de los mismos, sino especialmente como causa, razón y motivo de su constitución, máxime si se tiene en cuenta que, según tradición multisecular, el beneficiario o beneficiarios de muchos de estos negocios no era directamente la Iglesia o tal o cual comunidad o institución religiosa determinadas, sino que lo eran, e incluso continúan siéndolo, los santos, las santas, la Virgen María, Jesucristo, etc., a quienes durante siglos se les ha reconocido capacidad jurídica suficiente para ser propietarios o beneficiarios de determinadas instituciones o situaciones jurídicas. Al margen de la incidencia que esta realidad pueda tener en la titularidad dominical de estos bienes, cuestión que, por el momento, no nos interesa por considerarla reductora y secundaria respecto a la cuestión principal de su naturaleza jurídica, es innegable que la propia finalidad buscada en la constitución del negocio jurídico es aval más que suficiente para determinar más allá de cualquier atisbo de duda razonable «la esencialidad de la dimensión religiosa» en esta clase de obras de arte.

Cuando cualquier institución religiosa contrataba, por ejemplo, con un orfebre la realización de un cáliz, un copón o un portapaz estaba conviniendo con el artista, y en ello «confluía la teleología jurídica» de la obra por el acuerdo de ambas voluntades, la creación de una «obra religiosa», en este caso, orientada directa y exclusivamente al culto y cuya magnificencia o «preciosidad», caso de que las tuviese, no tenía como finalidad en ninguna de las intenciones personales ni la vanagloria del artífice, ni la grandeza del templo o del ocasional celebrante, sino el reconocimiento y alabanza de la gloria y magnificencia divinas, así como el fomento y admiración de la devoción de los fieles. Voluntad, objeto, causa y finalidad del negocio son religiosas, luego la naturaleza jurídica de la obra resultante es necesariamente religiosa, en su propia constitución como objeto o *res*, incluso con anterioridad al destino, utilidad o finalidad práctica determinadas por el uso litúrgico o cultural que de la misma se hiciere. En este sentido cabe decir, por ejemplo, que la naturaleza jurídica de un portapaz es radical e inalienablemente religiosa, aunque de hecho no se le dé uso litúrgico al-

guno por hallarse en la vitrina de un Museo. De nuevo, cabe insistir en lo secundario que, en esta sede, nos resulta la problemática relacionada con la propiedad o posesión de estos objetos⁷⁰, puesto que ni una ni otra modifican la naturaleza jurídica de los mismos, del mismo modo que la naturaleza jurídica de una sociedad anónima es absolutamente ajena e independiente de quienes sean los titulares de sus acciones.

Otro tanto, incluso con mayor claridad, puede decirse de las obras religiosas que, a lo largo de la historia e incluso en el presente, han sido y son «donadas» a instituciones religiosas. Tanto la causa del negocio como la voluntad del donante manifiestan la teleología religiosa del objeto (*res*) donado, teleología manifestada en una innegable doble dimensión: cuando el donante adquiere, encarga o recibe de su autor la cosa lo hace desde y con una clara intención y sentido religiosos que vuelven a ser operantes y decisivos en el momento de la constitución del negocio jurídico de la donación; proceso que adquiere, desde nuestro planteamiento, una relevancia especial en los supuestos en que el propio autor es, a su vez, donante. Sería, por ejemplo, el caso de Rosarios, Medallas, orfebrería, obras pictóricas o escultóricas de carácter religioso donados a templos, iglesias, capillas o imágenes devocionales. No cabe la menor duda de que el donante adquiere el objeto determinado en cuanto objeto religioso y lo dona en cuanto tal, hasta el extremo que no es infrecuente encontrar en archivos eclesiásticos donaciones de estas características con la correspondiente cláusula de reversión instando su retorno a los legítimos herederos o a otra institución caso de que el bien donado se utilizara para una finalidad distinta de la religiosa, en su más amplio sentido⁷¹. Lo que, como posteriormente explicitaremos, apunta lo inadecuado o erróneo de la identificación o equivalencia que, a veces, se hace entre «dimensión religiosa», función o funcionalidad litúrgica, proyección cultural y aspecto devocional. Idéntico discurso podría hacerse sobre los numerosos casos en que distintos objetos religiosos de carácter histórico o artístico constituyen el contenido esencial de legados o herencias.

⁷⁰ Circunstancia que, desde la perspectiva del derecho comparado europeo, ya ha sido puesta de relieve por J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *El patrimonio histórico-artístico de la Iglesia en el ordenamiento europeo*, Estudios Eclesiásticos 61 (1986) 335-356.

⁷¹ Abundan las donaciones de tallas o lienzos de contenido religioso y con valor histórico-artístico que después de varias generaciones en manos privadas son donados a una Iglesia o capilla concretas bajo la condición de que sean expuestos al público en cualquiera de sus dependencias, matizando en algunos casos que la misma ha de realizarse en lugar abierto al culto. Y, como es lógico, incluyendo la correspondiente cláusula de reversión en el supuesto de que no se satisficiera la condición puesta.

4.3. *Dimensión religiosa, culto y devoción en la obra artística*

Si bien es prácticamente imposible encontrar en la bibliografía de hace medio siglo la expresión «bien cultural de interés religioso», se ha de reconocer que, poco a poco, ha ido haciéndose habitual hasta en la terminología eclesiástica⁷², propiciando de este modo desde el propio lenguaje, favorecido en la mayoría de los casos por la coactividad del ordenamiento, una comprensión invertida de la naturaleza jurídica de la obra religiosa, al adjetivar lo sustantivo y viceversa. Ante esta situación, se hace necesario proceder a una clarificación conceptual de ciertos términos que, aunque en algunos supuestos puedan coimplicarse, no son necesariamente equivalentes ni en su significación ni en su concreción socio-comunitaria⁷³.

Dimensión religiosa, culto y devoción son tres realidades, propiedades o atributos que, presentes en imágenes, edificios o los más diversos objetos, ni son equivalentes entre sí ni necesariamente inclusivas unas de otras. Aunque, probablemente, resultaría más fácil y cómodo establecer las características, diferencias y sentido de estos tres aspectos en las obras, objetos o instrumentos de carácter religioso, cultural o devocional sin interés histórico o artístico, nuestro intento se centrará en razonar su sentido siempre en y desde la perspectiva de la obra con proyección histórica o artística.

Cabe señalar, en primer lugar, que la dimensión cultural de una obra o edificio no puede reducirse únicamente a su uso litúrgico. El culto, al menos por lo que afecta a la Iglesia Católica y a otras Confesiones Cristianas, puede ser público y privado⁷⁴. Sólo puede, con propiedad, calificarse como litúrgico el de carácter público, pero no el privado. En segundo lugar, que el sentido «devocional» que se reconoce y acompaña a tallas, lienzos, lugares o monumentos de carácter religioso no implica necesariamente una dimensión estrictamente cultural. En sentido amplio, se entiende por culto el conjunto de actos mediante los que el ser humano, bien individualmente ya colectivamente, manifiesta la veneración, amor, temor, desagravio, agradecimiento, etc. que siente

⁷² Cf. R. TEJÓN SÁNCHEZ, *Confesiones Religiosas...*, cit., 150-151, así como las referencias bibliográficas que allí se ofrecen.

⁷³ Sobre la situación en Francia de la relación entre razón cultural y razón cultural de edificios religiosos propiedad del Estado, puede verse J. JONCHERAY, *Entre culte et culture...*, cit., 208-217.

⁷⁴ «El culto se llama público si se tributa en nombre de la Iglesia por personas legítimamente constituidas al efecto y mediante actos que, por institución de la Iglesia, están reservados exclusivamente para honrar a Dios, a los Santos y a los Beatos; en caso contrario, se denomina culto privado» (CIC 1256).

con relación a la divinidad. Y, en sentido más propio y objetivo, se entiende por «culto» el conjunto fijo y ordenado de normas que regulan, delimitan y conforman los ritos mediante los que se expresa exteriormente la religión en una determinada sociedad. Por medio del culto se da gracias a Dios, reconociendo su grandeza a la vez que se expresa la actitud obediencial del hombre hacia su Creador. Oración, gestos, actitudes corporales, ofrendas y sacrificios son expresiones culturales de reconocimiento y agradecimiento a Dios.

Para la Iglesia Católica, el culto puede también dividirse en absoluto y relativo⁷⁵. Se entiende por «absoluto» el dirigido inmediata y directamente a las personas merecedoras del mismo y se divide en tres grandes clases o modos: el de «latría» o adoración, exclusivo de Dios; el de «hiperdulía» o veneración especial, propia del tributado a la Virgen María; y el de «dulía» o veneración característica de santos y beatos. Se denomina «relativo» el dirigido a cosas, sobre todo reliquias e imágenes, que guardan relación con las personas a quienes, en último término, se dirige el culto. Las clases de este segundo modo de culto se corresponden con las propias del culto absoluto. Incluso se puede hablar de un culto o veneración que se reconoce y tributa a todas las personas, lugares y objetos que tienen relación directa con el culto divino: iglesias⁷⁶, altares⁷⁷, cementerios⁷⁸, etc.⁷⁹

En el denominado culto privado se incluyen todas las devociones estrictamente personales que la fe y la religiosidad de los creyentes han ido creando y practicando a lo largo de los tiempos como consecuencia de las distintas y cambiantes condiciones históricas, nacionales, sociales, etc. del ámbito o ambiente en que cada individuo o grupo de personas viven y construyen su historia. Sobre todo a partir del siglo IV, de conformidad con las fuentes de que disponemos hasta este momento, en el seno de las distintas comunidades cristianas fueron introduciéndose diversas prácticas piadosas, a título de culto, di-

⁷⁵ Cf. CIC 1255.

⁷⁶ Cf. CIC 1161-1187.

⁷⁷ Cf. CIC 1197-1202.

⁷⁸ Cf. CIC 1205-1214.

⁷⁹ Aunque no abordemos directamente su tratamiento en este estudio, cabe referirse, como prueba de la trascendencia y prevalencia de la naturaleza religiosa de la obra de arte, al hecho de que denominamos música sacra a la música religiosa, incluso si interpretada en un teatro o auditorio lejos de cualquier espacio sagrado: Misas, Requiems, Oficios referidos a tiempos litúrgicos, Salves, Avemarías, Tedeums, etc. siguen considerándose música sacra aunque su interpretación nada tenga que ver con la celebración litúrgico-cultural para la que fue concebida y compuesta. En este sentido, discrepamos del confuso razonamiento expuesto por J. Joncheray en la página 209 del artículo anteriormente citado.

rigidas a Dios mismo, a la Virgen o a los Santos. Prácticas devocionales o de piedad que tuvieron origen, en muchos casos, o fueron impulsadas, en otros, por la vida anacorética y cenobítica de las comunidades cristianas, tanto orientales como occidentales, y cuya fecundidad, originalidad y características pueden perfectamente relacionarse con la índole y modo de ser de los distintos pueblos. Ahora bien, ninguna de las formas de culto privado, por muy arraigadas y extendidas que estén, pueden considerarse como acciones litúrgicas, propias y exclusivas del culto público⁸⁰.

En toda acción litúrgica, en cuanto que ha pasado a denominar de forma exclusiva el culto cristiano, Cristo aparece como centro y alma de la misma. El es, en su obra redentora, el único y gran liturgo de Dios-Padre. Esta eminencia de Cristo en la liturgia llevó a los cristianos, ya desde la antigüedad, a colocar el *Pantocrator* sobre el arco triunfal de los ábsides de sus Iglesias, práctica repetida tanto en la tradición oriental como en la occidental; del mismo modo que la relación teológica y soteriológica de Cristo con Dios-Padre fue recogida en el simbolismo del arte cristiano desde sus inicios tal y como, por

⁸⁰ El propio término «liturgia», desde su origen griego, tiene un matiz y sentido de publicidad, dimensión social e implicaciones colectivas. En el uso corriente de los clásicos griegos, *ληϊτον ἔργον* (*publicum opus* → obra pública), origen etimológico de *λειτουργία* entrañaba el concepto de obra pública llevada a cabo en bien del interés de todos los ciudadanos. Así, por ejemplo, «la *liturgia* era, en Atenas, un servicio impuesto por el Estado a los ciudadanos más ricos, durante un año. Como la antigua *Πόλις* no conocía los impuestos directos, el Estado tenía, por causas bien determinadas, que recurrir a este medio para reunir el dinero preciso para distintas necesidades. Se podía comparar a una detracción sobre los bienes. Las *liturgias* más corrientes eran la *coregia* (*χορηγία*) que subvenía a las necesidades del coro para la comedia o la tragedia, la *gymnasiarquia* (*γυμνασιαρχία*) destinada a un gimnasio y, algunos años, la *trierarquia* (*τριηραρχία*) que debía mantener un navío de guerra. Si alguien era designado para una “liturgia” y se estimaba que otro tenía mayor capacidad para soportarla, se podía desafiar a este último a tomar el cargo o a hacer un intercambio de fortunas» (A. CALVO EPIGA, *Para una aproximación al tópico “Derechos Humanos”*, Lumen 43 [1994] 88). El propio Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, explica como «existen algunas formas de desembolso que se consideran honorables, por ejemplo el gasto en el servicio de los dioses, ofrendas dativas, edificación de obras públicas, sacrificios y oficios religiosos en general; el acto de beneficencia público más ambicionado es el deber, como se le estima en ciertos Estados, de equipar un coro o alistar una nave de guerra, o incluso celebrar un banquete público» (*καί ὅσα πρὸς τὸ κοινόν εὐφροσύνητά ἐστιν, οἷον εἴ ποιν χορηγεῖν οἴονται δεῖν λαμπρῶς ἢ τριηραρχεῖν ἢ καὶ ἐστὶν τὴν πόλιν*) (1122b). En Grecia mismo, el término «liturgia», de designar un servicio realizado para la colectividad y a favor de ella, pasó a significar el conjunto de servicios que constituían el culto a los dioses.

ejemplo, ha quedado reflejado con singular exquisitez en los mosaicos absidales que todavía pueden contemplarse en las Basílicas romanas más antiguas y en algunas de las conservadas en Oriente.

Resulta, pues, evidente que la obra de arte de naturaleza religiosa nace y se concibe en un contexto cultural o devocional en un doble sentido: en cuanto a la causa de su origen y por razón de la finalidad perseguida por aquella, tanto se trate de su destino al culto público-ecclesial como al devocional-privado⁸¹. Y ello hasta el extremo que, con frecuencia, la talla, pintura o construcción responden perfectamente y se relacionan directamente con obras y escritos teológicos y pastorales de Papas, Obispos, Teólogos o Santos Padres⁸². En orden a determinar la naturaleza jurídica de cualquier objeto elaborado por el hombre es absolutamente imprescindible partir del mismo momento en que el objeto es proyectado, puesto que sólo de este modo es posible precisar los auténticos porqués de su existencia y la finalidad para la que ha sido concebido y realizado. Razones e intención que van más allá de los fines advenedizos, aunque aparenten importancia, de que pudiera haberse revestido a consecuencia de determinadas circunstancias siempre posteriores y ajenas al propio ser y teleologicidad de la obra de arte religiosa. Extrañeza tanto por lo que se refiere a la intención y diseño de su creador como a la intencionalidad-finalidad de quien la encarga, encomienda o adquiere. Por todo ello, cabe concluir en sana lógica que el hecho de que una obra creada con finalidad religiosa no se halle actualmente dedicada al culto en nada afecta a su naturaleza jurídica, puesto que la tal circunstancia sólo constituye un mero accidente dado que, en sí misma, siempre posee la potencialidad de su esencial dimensión sacra-cultural.

⁸¹ Cf. A. LEROSEY, *Histoire et Symbolisme de la liturgie*, Paris 1912, 1-24 y 80-116.

⁸² Cf. O. DEMUS, *Byzantine Art and the West*, New York 1970. En esta obra se ofrecen 273 ilustraciones en orden a complementar juicios y afirmaciones sobre las diversas corrientes que desde Bizancio influyeron en el arte occidental. Pues bien, todas ellas son de temática religiosa y todas ellas relacionadas con personas o lugares que priman, y casi absolutizan, sobre cualquier otra intención o dimensión el ser religioso de pinturas, esculturas o edificios. Puede verse también R. FARIOLI CAMPANATI, *La cultura artistica nelle regioni bizantine d'Italia dal VI all'XI secolo*, en G. CAVALLO et alii, *I Bizantini in Italia*, Milano 1982, 139-426; IDEM, *L'arte giustiniana in Italia*, en *Bisanzio, Roma e l'Italia...*, cit., 99-125; A. GUILLOU, *Discorso di chiusura*, en *Bisanzio, Roma e l'Italia...*, cit., vol. 2, 925-929; P. J. NORDHAGEN, *Italo-Byzantine wall painting of the Early Middle Ages: an 80-year old enigma in scholarship*, en *Ibid.*, vol. 2, 593-619: resulta muy interesante en relación con el tema tratado en este artículo el apéndice que el Prof. Nordhagen añade a su colaboración titulado *The Syrian School of painting of the Early Middle Ages-A concept and its history and relevance* (620-624) y las fotografías de obras religiosas con que lo ilustra.

4.4. *La historia como maestra*

Con motivo de la celebración de la *Settimana Internazionale dei Beni Culturali e Ambientali*, dentro de las actividades del programa *Florens 2010*, el día 12 de noviembre, el *David*⁸³ de Miguel Ángel ocupó durante veinticuatro horas el lugar para el que fue esculpido por el artista: uno de los espigones del transepto norte de la Catedral florentina de Santa María del Fiore, en la parte que se asoma a la Via de'Servi. El *David*, encargado el año 1501, cuando Miguel Ángel contaba veintisiete años de edad, para la Catedral como parte de un conjunto de grandes estatuas que habían de elevarse sobre los espigones de los transeptos y del ábside de la Catedral⁸⁴, que ya había sido terminado el año 1410⁸⁵, fue esculpido en el patio del actual Museo de la Ópera y destinado, poco antes de su finalización, al Palazzo della Signoria a comienzos de 1504. Aquí permaneció hasta 1882 en que fue sustituido por la copia que hoy se contempla en la Piazza della Signoria, trasladándose el original al Museo de la Academia donde ha permanecido hasta el día de hoy.

Pues bien, a pesar de que el *David* jamás estuvo destinado al culto, ni público ni privado, al margen de quien sea o haya sido su propietario, puede perfectamente calificarse como una obra religiosa. Para Miguel Ángel, tanto en su concepción como en su ejecución, el *David* representaba a un personaje religioso. El proyecto en que el encargo se encuadraba no ofrece el menor asomo de duda sobre el sentido y razón de la naturaleza religiosa de la obra: David era el rey-pastor de Israel que siempre deseó construir el templo de Yahvé en Jerusalén (2 Sam 7, 1-2), erigido materialmente por su hijo Salomón (1 Re 5, 15-6, 36), el antepasado de Jesús, cuyo Cuerpo resu-

⁸³ Bien entendido que se trató de una réplica exacta del original elaborado con materiales menos pesados que el mármol original.

⁸⁴ Según se deduce, por ejemplo, del fresco existente en la Sala Capitular de Santa María Novella, realizado el año 1360 por Andrea de Bonaiuto, donde se representa el estado de construcción de la Catedral florentina en esa fecha.

⁸⁵ Entre 1409 y 1415 se contabilizan cuatro intentos fracasados de llevar adelante el programa ornamental exterior del transepto y ábsides con imágenes colosales de personajes bíblicos. El año 1463 se reactiva el proyecto y el año 1464 se encarga a Agostino di Duccio una estatua de mármol sobre idea del viejo Donatello, ocupado a la sazón en la talla de los púlpitos de San Lorenzo. Donatello murió a mediados de diciembre de 1466 y, como consecuencia de este fallecimiento, se anuló el encargo realizado a Agostino di Duccio. El bloque de mármol sobre el que había iniciado su trabajo Agostino quedó abandonado en los sótanos de la Ópera hasta 1501, fecha en que lo recuperó Miguel Ángel para sacar a la luz el coloso bíblico que hoy admiramos.

citado es considerado por los cristianos el nuevo templo en que se adora a Dios en espíritu y verdad (Jn 2, 19-23 y 4, 23). Es indudable que en la mente de Miguel Ángel se cruzaron imágenes e ideas de la antigüedad clásica a la hora de esbozar la talla de David pero, sin duda alguna, fueron el primigenio destino religioso de la obra y la propia historia del representado las que determinaron la armoniosa interpenetración de las ideas que en la mente del escultor iban desde el héroe que desafió a Goliat, pasando por Hércules, antiguo protector pagano de Florencia, hasta la representación plástica del hombre *tout court* reflejado en el *De hominis dignitate* de Pico della Mirandola⁸⁶. Era frecuente, en estos y posteriores años, encontrar humanistas creyentes, como en el caso que nos ocupa el canónigo de Santa María del Fiore Marsilio Ficino, que descubrieron en el paganismo antiguo inequívocos reflejos y legibles anticipaciones de la *veritas christiana*, con el consiguiente reflejo de estas ideas en las obras que se realizaron bajo su tutela y responsabilidad⁸⁷.

El 16 de junio de 1862, gracias al interés que en ello se tomara el rey consorte de España, Don Francisco de Asís, hacía su entrada en el Museo del Prado la *Anunciación* de Fra Angelico (1400-1455). Fra Angelico pintó su *Anunciación* entre 1430 y 1435 para la Iglesia del Convento de Santo Domingo de Fiésole (Italia). El año 1611, los frailes se la vendieron a Mario Farnese a fin de sufragar el coste de la construcción del campanario de su Iglesia. Poco tiempo después, el noble italiano se la regalaba a Don Francisco Gómez de Sandoval, duque de Lerma. Depositada en un principio en la Iglesia de los Dominicos de Valladolid, Panteón de la Casa de Lerma, se envió enseguida al Convento de las Descalzas Reales de Madrid, en cuyo claustro alto la descubrió Federico Madrazo, a la sazón Director del Museo del Prado. La Priora del Monasterio consintió su cesión al Museo, por mediación del Rey consorte, recibiendo a cambio otra *Anunciación* pintada por Madrazo.

Fra Angelico desarrolla en su pintura el acontecimiento de la *Anunciación* según aparece descrito en el Evangelio. La Virgen está situada, a la derecha, en un pórtico de mármol ubicado en un *hortus conclusus* que repre-

⁸⁶ Cf. T. VERDON, *Il Davide di Michelangelo. Un re-pastore per stare sul tetto del Duomo*, Toscana Oggi 7.11.2010, 12-13; IDEM, *Giganti a confronto*, L'Osservatore Romano 14.11.2010, 7; K. BRADBURY, *Michelangelo*, Milano 2004, 32-34.

⁸⁷ En áreas geográficas más próximas a nosotros encontramos en la Catedral de Santo Domingo de la Calzada un magnífico ejemplo de esta corriente teológica y artística: el Retablo Mayor esculpido por Damián Forment y finalizado el año 1562.

senta el Paraíso⁸⁸. El arcángel, frente a la Virgen, queda más centrado en la composición, a la entrada del mencionado pórtico. En el ángulo izquierdo del cuadro se ven las manos de Dios y de ellas sale un rayo de luz dorada que viene recto hacia la derecha, en el que resalta la paloma, símbolo del Espíritu Santo. El jardín al que se abre el pórtico está tapizado de pequeñas florecillas y destaca en su conjunto una frondosa vegetación con árboles, entre los que puede verse a dos personajes: Adán y Eva cubiertos con pieles y vigilados por un ángel mientras abandonan el Paraíso. La expresión de los primeros padres es de sumisión y arrepentimiento. En la escena reflejada en el cuadro se plasma el principio del pecado de los primeros padres y su superación definitiva en la salvación realizada por el Hijo de María, fruto de su sí al mensaje del Señor por boca del ángel: el sí de Eva al ángel caído trajo el pecado y el sí de María al ángel del Señor nos procuró la salvación. El cuadro se completa con un medallón-grisalla situado en la parte central superior de la fachada del pórtico que representa a Dios-Padre y con una predela en que se narran escenas de la vida de la Virgen: Nacimiento y Desposorios, Visitación, Adoración de los Magos, Presentación en el Templo y Tránsito-Dormición. A pesar de su actual ubicación en el Prado no es posible poner en duda el predominio de la naturaleza religiosa de esta obra sobre cualquier otro aspecto de la misma, tanto se la analice desde la intencionalidad de autor y promotores como desde el propio contenido material y finalidad de la pintura.

Los ejemplos podrían multiplicarse a lo largo de la historia del arte: desde el Cristo de Velázquez⁸⁹ hasta las Inmaculadas de Murillo⁹⁰; o desde la abun-

⁸⁸ En cuya temática, probablemente, influyera el *Hortus deliciarum* de Herrada de Landsberg (c. 1130-1195), con lo que, de nuevo, hallaríamos hasta en la perspectiva artística del autor la influencia clara y directa de la teología y de la catequesis católicas.

⁸⁹ Una de las obras más famosas de Velázquez, fechada en torno a 1632, no sólo por su valor estético sino por las leyendas que le acompañan. La obra pertenecía al convento de las Monjas Benedictinas de San Plácido de Madrid. Se cuenta que fue donado por Felipe IV como arrepentimiento al haberse enamorado de una monja que allí profesaba. También se dice que la donación vino a través de D. Jerónimo de Villanueva, Protonotario Mayor de Aragón, por un escabroso asunto demoníaco que se había producido en dicho convento, teniendo que tomar la Inquisición cartas en el asunto. Velázquez ha conseguido obtener perfectamente una imagen de la doble naturaleza, divina y humana, de Cristo. ¿Puede alguien dudar de la exclusiva naturaleza religiosa de esta obra, aunque actualmente se encuentre en el Museo del Prado? Otro tanto podría decirse de la preciosa Adoración de los Magos conservada en el mismo Museo.

⁹⁰ La más primitiva de las conocidas es probablemente la llamada *Concepción Grande*, pintada para la iglesia de los franciscanos de Sevilla, donde se situaba sobre el arco de la capilla mayor,

dante obra religiosa de Caravaggio que, salvo en los inicios de su carrera pictórica, produjo sobre todo temas religiosos⁹¹, hasta la impresionante producción pictórico-religiosa de Goya⁹². En todos los casos, independientemente

a gran altura, lo que permite explicar la corpulencia de su figura. Por su técnica puede llevarse a una fecha cercana a 1650, cuando se reconstruyó el crucero de la iglesia tras sufrir un hundimiento. ¿Ha perdido esta Inmaculada su ser radicalmente religioso porque se halle hoy en el Museo de Bellas Artes de Sevilla? Lo mismo se puede decir de toda la serie de Inmaculadas y Vírgenes del mismo autor repartidas hoy por distintos museos.

⁹¹ La obra religiosa de Caravaggio es muy numerosa y se halla actualmente repartida en Iglesias, Museos e incluso en colecciones particulares. Dentro de esta magnífica producción artística, me limitaré a citar algunas de las más representativas: *El Descendimiento* (1602-1604), actualmente en la Pinacoteca Vaticana; *La Degollación de San Juan Bautista* (1608), actualmente en el Oratorio de San Juan Bautista de los Caballeros en la Valleta (Malta); El conjunto pictórico sobre la vida y muerte de San Mateo (1599-1602), en la capilla Contarelli de la Iglesia de San Luis de los Franceses de Roma; *San Juan Bautista* (1602), actualmente en la Pinacoteca Capitolina de Roma y, por último, *Las Siete obras de Misericordia* (1607), en el Monte Pío de la Misericordia de Nápoles. Siempre, pues, la religión y lo religioso como motivo y razón última y única que determinan la misma creación y existencia de la obra. Cf. F. STELLA, *Su Caravaggio*, tr. por A. Salvini, Milano 2010, 57-92.

⁹² El año 1772 decoró con un gran fresco, *La adoración del nombre de Dios*, la bóveda del coro pequeño de la Basílica del Pilar. Inmediatamente inicia la realización de las pinturas murales de la capilla del palacio de los condes de Sobradiel, conjunto de pintura religiosa que fue arrancado en 1915 y dispersado en piezas que se conservan en su mayor parte en el Museo de Zaragoza. Destaca *El entierro de Cristo*, que se puede contemplar en el Museo de la Fundación Lázaro Galdiano. Pero el mayor empeño del artista lo constituye el conjunto de pinturas de la iglesia de la Cartuja del Aula Dei de Zaragoza. Lo constituye un friso de grandes pinturas al óleo sobre muro que relata la vida de la Virgen desde sus antecedentes familiares (*San Joaquín y Santa Ana*) hasta la *Presentación de Jesús en el templo*. El esfuerzo culminó en 1774. El año 1780 es nombrado, por fin, académico de mérito de la Academia de San Fernando. Con motivo de este acontecimiento pinta un *Cristo crucificado* de factura ecléctica donde muestra su dominio de la anatomía, la luz dramática y los medios tonos, en un homenaje que recuerda tanto al *Cristo* de Mengs, como al de Velázquez. En torno a 1781 Goya fue requerido para pintar uno de los cuadros que iban a decorar la iglesia de San Francisco el Grande de Madrid. El trabajo de Goya se plasmó en su *San Bernardino de Siena predicando ante Alfonso V de Aragón*, obra terminada en 1783. Hasta 1787 no vuelve a abordar la pintura religiosa, y lo hace con tres lienzos que el rey Carlos III le encarga para el Real Monasterio de San Joaquín y Santa Ana de Valladolid: *La muerte de San José* o *El tránsito de San José*, *Santa Ludgarda* y *San Bernardo socorriendo a un pobre* o *Los santos Bernardo y Roberto*. Por encargo de los duques de Osuna, sus grandes protectores y mecenas en estos años junto con el infante don Luis de Borbón, pinta al año siguiente para su capilla de la Catedral de Valencia, donde aún se pueden contemplar, *San Francisco de Borja y el moribundo impenitente* y la *Despedida de San Francisco de Borja de su familia*. Hacia 1797 Goya trabaja en la decoración mural con pinturas sobre la vida de Cristo para el Oratorio de la Santa Cueva de Cádiz. En ellas se aleja de la iconografía habitual

de los lugares en que se encuentren ubicadas actualmente, nos hallamos ante obras de arte proyectadas, pensadas, nacidas en y desde ideas, postulados, convicciones y necesidades religiosas y a su satisfacción destinadas. Y no faltan entre ellas numerosas obras de temática y carácter religioso, encargadas y creadas como tales, pero con destino ornamental en refectorios, comedores, salones, dormitorios, etc., sin que tuviesen referencia cultural alguna, aunque sí evidente «naturaleza religiosa».

«Naturaleza religiosa» de la obra de arte de carácter religioso que, de manera especial, se pone de manifiesto en la percepción que de la misma tienen y han tenido los perseguidores de la religión, ya hayan negado la legitimidad de la religión como tal o bien hayan absolutizado la propia hasta la demonización de cualquier otra opción religiosa. Es el caso «reciente» de la destrucción de los colosales Budas centenarios a manos de los talibanes afganos: ¿destruían obras de arte históricas o, por el contrario, aniquilaban símbolos religiosos? Indudablemente lo que «molestaba» a los fundamentalistas afganos no era la proyección o trascendencia histórico-artística de los magníficos Budas, sino su sentido religioso o, si se apura, su significado religioso-cultural, en cuanto mudos testigos de un pasado no islámico de su tierra, entendiendo, en este sentido, la religión como un integrante fundamental y básico de la tradición cultural. Sin negar su dimensión «cultural», lo que primaria y fundamentalmente percibieron los demolidores de tales esculturas fue su esencia religiosa así como el mensaje y testimonio «religiosos» que seguían transmitiendo a lo largo de los siglos.

Otro tanto podría decirse de la destrucción del patrimonio religioso que tuvo lugar en España entre los años 1931 y 1936:

para presentar pasajes como *La multiplicación de los panes y los peces* y la *Última Cena* desde una perspectiva más humana. Otro encargo, esta vez de parte de la Catedral de Toledo, para cuya sacristía pinta un *Prendimiento de Cristo* en 1798. Son los frescos de la Ermita de San Antonio de la Florida la obra cumbre de su pintura mural. La Gloria se representa en la semicúpula del ábside de esta pequeña iglesia y reserva su cúpula para el *Milagro de San Antonio de Padua*, cuyos personajes proceden de las capas más humildes de la sociedad, como correspondía a la misión y carisma del franciscanismo. No cabe la menor duda de que la pintura religiosa de Goya ni es escasa, ni anecdótica; antes al contrario, muestra una perfecta continuidad y razón lógica en el conjunto de su obra. De nuevo, atendiendo al criterio y finalidad buscados por el pintor o a la intención del ordenante o comprador del trabajo queda patente que nos hallamos ante una obra estricta y primariamente religiosa, se halle actualmente en un Museo, en el interior de una Iglesia, en la ornamentación de un Monasterio o, como sucede con *La Triple Generación*, en manos de particulares.

«Tres fechas, como los tres actos –exposición, nudo y desenlace– de una tragedia con arreglo a las unidades clásicas, jalonan el paso de la destrucción del tesoro artístico nacional a lo largo y ancho del suelo español durante la vida del régimen republicano: mayo de 1931, octubre de 1934 y primavera de 1936...

A aquellas tres fechas luctuosas corresponden por derecho propio los nombres de tres ciudades españolas, las tres con esa belleza prodigiosamente diferente de los cielos, las tierras y las piedras peninsulares: Málaga, Oviedo y Toledo... Málaga es el símbolo de 1931. Oviedo, el de 1934. Toledo, el de 1936. Ahora bien, Málaga, Oviedo y Toledo recogen en sus cicatrices todo el dolor y la desolación de otras mil ciudades, villas y aldeas españolas que, como ellas, padecieron la violencia de la zarpa revolucionaria»⁹³.

Paradigmático, al respecto, resulta el caso de Málaga, ciudad en la que redacto estas páginas, porque fue en Málaga donde de forma especial la pérdida de patrimonio histórico religioso pasó de tragedia a catástrofe:

«Arte, historia, cultura y piedad tuvieron su hora apocalíptica en Málaga el 12 de mayo de 1931. Entonces fueron pasto de las teas incendiarias todos los templos parroquiales, todas las iglesias conventuales, excepto la del monasterio de Santa Ana, todas las ermitas, el Palacio Episcopal y cuanto de matiz religioso estaba al alcance de los ojos...

Entre los días 11 y 12 ardieron más de cuarenta iglesias, quemándose la mayor parte de las obras de Pedro de Mena, y algunas imágenes de Francisco de Palma, Gregorio Hernández, Gómez Valdivieso, Pedro Ortiz, Fernando Ortiz, Duque Cornejo, Martín Aldehuela, de la escuela de Alonso Cano y Valdés Leal, y pinturas de Martínez de la Vega, Manrique de Lara, Niño de Guevara, Miguel Manrique... Es casi imposible establecer con precisión un inventario de las obras artísticas desaparecidas en Málaga.

Unos días antes, habían pedido del Gobierno Civil al Obispado una lista de las iglesias y conventos de la capital para enviarles guardias a fin de evitar cualquier desmán de los revolucionarios. Se ha preguntado si sirvió esa lista para organizar mejor el ataque que se preparaba. “El dato

⁹³ J. R. HERNÁNDEZ FIGUEIREDO, *Destrucción del patrimonio religioso...*, cit., p. XIII-XV. Puede verse también J. BASSEGODA I NONELL, *La arquitectura profanada. La destrucción sistemática del patrimonio arquitectónico catalán (1936-1939)*, Barcelona 1990, 7-14; así como el informe *Saqueo del tesoro religioso de España*, publicado en Madrid el año 1948 por la Oficina Informativa Española.

de que el único convento que no fue asaltado resultase el mismo que se había omitido en aquella lista es muy significativo” [CAMPOS GIDE, J., *El obispo del Sagrario abandonado. Manuel González García*, Ediciones El Grano de Arena, Palencia 1957, 63]...

El mismo gobernador, con satisfacción, mandó al ministro de la Guerra el siguiente telegrama: “Hoy ha comenzado la quema de conventos. Mañana continuará”⁹⁴.

Ningún observador imparcial se atreverá a avalar la interpretación que explicaría la destrucción de tan extraordinario patrimonio religioso por un «culto» y «artístico» afán de borrar del presente y para el futuro cualquier vestigio de arquitectura, pintura o escultura que tuviera relación con el pasado histórico-artístico-cultural de España. Y mucho menos suscribirían tal posibilidad quienes describen el quinquenio republicano como un dorado oasis de cultura, inteligencia y libertad ideológica, intelectual y artística. Es, por tanto, indudable que ejecutores y consentidores de la destrucción de tal patrimonio artístico eran sabedores y plenamente conscientes de que fuego, hachas, machetes y bayonetas o ráfagas de fusil erradicaban de la sociedad y de la historia testimonios, de ninguna manera mudos, de fe religiosa... y ante su naturaleza y fuerza religiosas se silenció cualquier otra dimensión o característica.

5. ÚLTIMAS REFERENCIAS Y ALGUNAS CONCLUSIONES

La síntesis conclusiva con que cerramos este estudio asume como marco crítico o referencia analítica la propia biografía y razón de ser de la obra de arte religiosa. Cuanto más ampliásemos nuestra búsqueda y más profundizáramos en la historia de las obras de arte de naturaleza religiosa con mayor ni-

⁹⁴ J. R. HERNÁNDEZ FIGUEIREDO, *Destrucción del patrimonio religioso...*, cit., 67-68. Interesante la versión que de estos hechos ofrece el que fuera ministro de la República, Miguel Maura, quien explica que las autoridades provinciales acordaron con los grupos incendiarios que «podían los manifestantes quemar simbólicamente no sé qué capilla desafectada, situada en las afueras de la ciudad. Allá fueron juntos, autoridades y turba, para dar la representación del espectáculo pegaron fuego a la capilla, y el pueblo, entusiasmado, aclamó a las autoridades verdaderamente populares que, una vez consumado aquel insólito hecho, pretendían que la manifestación se disolviese. Pero no lo entendieron así los manifestantes, sino que tomando a los dos peles jerarquizados en hombros, les condujeron, entre aclamaciones y vítores, frente a otras iglesias y conventos, y uno a uno y siempre en presencia de las dos autoridades (se refiere al Gobernador Civil y al Militar) ardieron los conventos e Iglesias de Málaga... era milagroso, continúa diciendo Maura, que no ocurriese a diario una catástrofe en cada una de las provincias de España» (M. MAURA, *Así cayó Alfonso XIII*, Barcelona 1966, 261-262).

tidez nos aparecerán las razones jurídicas que avalan y delimitan su radical ser y sentido religiosos.

De forma relevante, respecto a otros derechos de la Antigüedad, el ordenamiento romano asume la dimensión religiosa de todos aquellos objetos, lugares o edificios dedicados a o relacionados con la religión como constitutivo jurídico esencial de los mismos, situándolos incluso en un estadio o nivel jurídicamente superior al de aquellas realidades ubicadas en el plano de la mera humanidad. La profundidad e interés con que ya en la Antigüedad clásica se reflexionó y legisló sobre las obras de naturaleza religiosa constituyen un indudable reto a evitar no sólo todo intento o tentación de manipulación ideológica, sino también cualquier asomo de anacrónico interés por la espuria apropiación de una pretendida desfiguración histórica y jurídica que buscara la sustitución de su naturaleza religiosa por una equívoca dimensión cultural siempre dependiente de tácticas e intenciones ajenas al mismo valor y sentido artísticos.

Toda obra de arte es plasmación material del ingenio del autor, cuya radicalidad y exclusividad jurídicas lo convierten en una realidad *extra commercium*, pero, al mismo tiempo, inseparable de la obra realizada y determinante de su naturaleza jurídica por la inescindible fusión entre la intención/inspiración del artista y su materialización en la obra. La obra de arte religiosa es impensable, incluso como tal obra de arte, sin su dimensión icónica o, dicho de otro modo, sin su radicación en la divina transcendencia. Sin esta necesaria relación al misterio religioso se diluye el genio y el ingenio creadores de la luz que perfila la estética que hoy llamamos arte. La estética, pues, no es otra cosa que la ventana sensorial y, a la vez, espiritual por donde asoma el misterio, constitutivo esencial de la obra de arte religiosa y, por tanto, de su más profundo ser jurídico.

De este modo, la intención del autor de la obra de arte no es una mera condición o elemento externo a la obra, cuya eficiencia se agotaría con la finalización de la misma, sino que como establece y garantiza tanto la legislación interna como las normas de carácter internacional, la vinculación moral, intencional, artística del autor con su obra trasciende cualquier situación contractual o negocial y, desde una perspectiva estrictamente jurídica, se constituye en realidad integrante de la obra de arte misma. La hipertrofia en la obra de arte de la dimensión cultural sobre su esencial valor religioso desfigura, instrumentaliza y manipula la naturaleza jurídica de la propia obra definida y determinada por la voluntad, intención, ingenio e inspiración de su creador, así como por la intención de quien la compra, encarga, dona o lega. Sólo los ordenamientos totalitarios se consideran capaces de alterar, modificar

o invertir, a través de la norma, la naturaleza jurídica de hechos, negocios, cosas o instituciones.

La incidencia y repercusión en la conformación de la naturaleza jurídica de la obra de arte que norma y jurisprudencia reconocen en la actualidad al autor o artista, en cuanto propietario intelectual de la misma, puede ser perfectamente transferible y, por ende, resultar muy iluminadoras al ser aplicadas a la razón jurídica de la dimensión religiosa ínsita en la obra de arte si, desde los principios jurídicos actuales, la situamos en la perspectiva de la intencionalidad, finalidad y planteamiento (actividad personal/propiedad intelectual) de quien la hizo («creó»): quizás por ello, en el dominio del lenguaje, es más correcto y apropiado hablar de «creación artística» en lugar de elaboración, hechura o construcción artística.

Lo mismo cabe decir respecto a los propósitos e intenciones de quienes las donaron u ordenaron. La voluntad e intención de donantes y ordenantes se nos ha transmitido de forma inequívoca, en la mayoría de los casos, no sólo documentalmente, sino incluso, en muchas ocasiones, hasta gráficamente, como suele acaecer, por ejemplo, en las grisallas de los trípticos flamencos y en tantos conjuntos pictóricos o esculturales donde de los más diversos modos queda la «huella intencional» de quien encargó la obra.

Ningún jurista pondría hoy en duda que en la conclusión de cualquier negocio jurídico, sea del tipo que sea, la voluntad de las partes, sobre todo cuando la propia forma y contenido material del mismo determinan la estructura e índole del negocio, es constitutivo esencial y necesario del mismo. Si, como sucede en el caso de las obras de arte religiosas, consta que tanto la voluntad del artista-autor como la de todos aquellos que de una forma u otra aparecen como elementos absolutamente necesarios para su creación «fue inequívocamente la de realizar una obra religiosa», tanto en su contenido material como por el fin a que se destinaba, no cabe la menor duda de que su dimensión o carácter religioso se integra y forma parte de la misma como constitutivo necesario de su naturaleza jurídica.

¿Qué, pues, cabe decir de la mayor parte de las obras de arte religiosas que conforman actualmente el Patrimonio Artístico de España y de las que nos consta que tanto autores como compradores o donantes coincidían totalmente en sus intenciones y finalidades religiosas?

¿Cabe, desde un planteamiento estricta y honestamente jurídico, sacrificar la esencia religiosa de cualquier obra de arte en aras de supuestos y más que dudosos, por equívocos, «aspectos culturales»?

Aun desde un estricto planteamiento «cultural», ¿puede entenderse la obra de arte religioso sin la necesaria e inevitable referencia religiosa que a la

vez que la informa y en ella se refleja utiliza el lenguaje artístico como medio de transmisión de su mensaje?

¿Cabe, pues, ya desde el ordenamiento romano y a partir de un planteamiento estricta y honestamente jurídico, sacrificar la esencia religiosa, que se integra en su naturaleza jurídica como elemento constitutivo necesario, de cualquier obra de arte en aras de accidentales y jurídicamente sobrevenidos «aspectos culturales»?

Bibliografía

- ALBANESE, B., Bidental, Mundus, Ostium orci *nella categoria delle res religiosae*, *Ius Canonicum* 20 (1969) 205-243.
- ALCOCK, S. E., *GRAECIA CAPTA. The landscapes of Roman Greece*, Cambridge 1993.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., *El patrimonio histórico-artístico de la Iglesia en el ordenamiento europeo*, *Estudios Eclesiásticos* 61 (1986) 335-356.
- ANDO, CL., *Religion and «ius publicum»*, en CL. ANDO y J. RUPKE (eds.), *Religion and Law in Classical and Christian Rome*, Stuttgart 2006, 126-145.
- AULIO GELIO, *Noctes Atticae*.
- BAGGLEY, J., *Doors of perception: icons and their spiritual significance*, London 1987.
- BASSEGODA I NONELL, J., *La arquitectura profanada. La destrucción sistemática del patrimonio arquitectónico catalán (1936-1939)*, Barcelona 1990.
- BELLORI, G. P., *Le Vite de' pittori e architetti moderni*, Roma 1672.
- BONA, F., *Alla ricerca del «de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione» di C. Elio Gallo. I. La struttura dell'opera*, *Bolletino dell'Istituto di Diritto Romano* 90 (1990) 119-132.
- BOUCHE-LECLERCQ, A., *Les Pontifes de l'ancienne Rome. Etude historique sur les institutions religieuses de Rome*, Paris 1871 [Rist. an., Arno Press, New York 1975].
- BOYANCÉ, P., *Sur la theologie de Varron*, en IDEM, *Études sur la religion romaine*, Roma 1972, 253-282.
- BRANCA, G., *Le «res extra commercium humani iuris»*, *Annali dell'Università di Trieste* 12 (1941) 3-53.
- BRATU, M., *Quelques aspects de la doctrine de l'icône de Saint Théodore Stoudite*, *Revue des sciences religieuses* 77 (2003) 323-349.
- BRETONE, M., *I fondamenti del Diritto Romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998.

- BUCCI, O., *L'eredità giudaico-cristiana nella formazione della dottrina contrattualistica europea*, Milano 2007.
- BUENO MARTÍNEZ, G., *El mito de la cultura*, Barcelona 1998.
—*La idea de cultura*, en J. B. LLINARES, y N. SÁNCHEZ DURÁ (ed.), *Ensayos de filosofía de la cultura*, Madrid 2002, 9-40.
- BUSACCA, C., «*Ne quid in loco sacro religioso sancto fiat*»? , *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 43 (1977) 265-312.
—*Studi sulla classificazione delle cose nelle istituzioni di Gaio*, Villa san Giovanni 1982.
- CALASSO, F., *Il negozio giuridico*, Milano 1959.
- CALVO EPIGA, A., *La dimensión religiosa de la obra de arte como constitutivo esencial de su naturaleza jurídica: las res divini iuris y su proyección en el ordenamiento estatal*, en E. SUÁREZ DE LA TORRE y E. PÉREZ BENITO (ed.), *Lex sacra: religión y derecho a lo largo de la historia. Actas del VIII Congreso de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones. Valladolid, 15-18 de octubre de 2008*, Valladolid 2010, 297-305.
—*Para una aproximación al tópico «Derechos Humanos»*, *Lumen* 43 (1994) 69-113.
—*Pluralismo, multiculturalismo y tolerancia: semántica y derecho*, *Scriptorium Victoriense* 50 (2003) 161-217.
- CAMPANATI FARIOLI, R., *L'arte giustiniana in Italia*, en *Bisanzio, Roma et l'Italia nell'Alto Medioevo*, *Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo*, XXXIV, t. 1, Spoleto 1988, 99-125.
- CASTILLO PASCUAL, P., *Las propiedades de los dioses: los «loca sacra»*, *Iberia: Revista de la Antigüedad* 3 (2000) 83-110.
- CATALANO, P., *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager; Latium, Italia*, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.16.1, Berlin-New York 1978, 440-473.
- CICERÓN, *De Officiis*.
- CONTE, G. B. y SOLODOW, J. B., *Latin Literature*, Baltimore 1994.
- DELAPORTE, L., *Les Hittites*, Paris 1936.
- DEMUS, O., *Byzantine Art and the West*, Nueva York 1970.
- DEROCHE, V., *Entre Rome et l'Islam. Les Chrétiens d'Orient 610-1054*, Paris 1996.
- DIHLE, A., *Heilig*, en *Reallexikon für Antike und Christentum* 105, Stuttgart 1987, 1-63.
- DUBORGEL, B., *L'icône, art et pensée de l'invisible*, Université de Saint Étienne, 2004.
- ERSPAMER, F., *Paura di cambiare. Crisi e critica del concetto di cultura*, Roma 2010.

- EVDOKIMOV, P., *L'art de l'icône: théologie de la beauté*, Paris 1972.
- FABBRINI, F., *Dai Religiosa loca alle Res religiosae*, Bolletino del Istituto di Diritto Romano 73 (1970) 197-245.
- Res divini iuris*, en *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Turín 1968, 510-565.
- FANTETTI, E., *L'inquadrimento classico delle res sanctae*, Labeo 2 (1956) 94-121.
- FARIOLI CAMPANATI, R., *La cultura artistica nelle regioni bizantine d'Italia dal VI all'XI secolo*, en G. CAVALLO et alli, *I Bizantini in Italia*, Milano 1982, 139-426.
- FINKIELKRAUT, A., *La derrota del pensamiento*, Barcelona 1990.
- GAUDEMET, J., *Res sacrae*, en *Etudes de droit romain*, III, Napoli 1979, 489-316.
- GERNET, L. y BOULANGER, A., *El genio griego de la religión*, 2ª ed., México 1960.
- GUILLOU, A., *Discorso di chiusura*, en *Bisanzio, Roma et l'Italia nell'Alto Medioevo*, Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, XXXIV, vol. 2, Spoleto 1988, 925-929.
- HERNÁNDEZ FIGUEIREDO, R., *Anticlericalismo incendiario en el comienzo de la II República española (11-13 de mayo de 1931), a la luz de los informes inéditos vaticanos*, Anthologica Annua 50 (2003) 243-310.
- Destrucción del patrimonio religioso en la II República (1931-1936) a la luz de los informes inéditos del Archivo Secreto Vaticano*, Madrid 2009.
- HERRIN, J., *Formation of Christendom*, Princeton-New Jersey 1987.
- JONCHERAY, J., *Entre culte et culture, les cathédrales et les églises*, Études 398 [2003/2] 207-217.
- K. BRADBURY, K., *Michelangelo*, Milano 2004.
- LA PIRA, G., *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana classica I. Problemi generali*, in *Studi Virgili*, I, Siena 1935, 159-187.
- LEROSEY, A., *Histoire et Symbolisme de la liturgie*, Paris 1912.
- LIPPOLIS, E. y ROCCO, G. (eds.), *Archeologia greca. Cultura, società, politica e produzione*, Milano-Torino 2011.
- LLINARES, J. B., *El concepto de «cultura» en el joven Herder*, en J. B. LLINARES y N. SÁNCHEZ DURÁ, *Ensayos de filosofía de la cultura*, Madrid 2002, 219-238.
- LLOBERA, J. R., *El concepto de cultura en la antropología social y cultural*, en J. B. LLINARES y N. SÁNCHEZ DURÁ, *Ensayos de filosofía de la cultura*, Madrid 2002, 113-130.
- MARCUS IUNIANUS IUSTINUS, *Historiarum Philippicarum T. Pompeii Trogi Libri XLIV*. Edit. N. E. Lemaire, Paris 1823.
- MARROU, H. I., *De la connaissance historique*, Paris 1954.
- MAURA, M., *Así cayó Alfonso XIII*, Barcelona 1966.
- NES, S., *The Mystical Language of Icons*, Cambridge 2004.

- NETTELBLADT, D., *Systema elementare universae iurisprudentiae*, vol. 3, pars 1 §1, Halae Magdeburgicae: Off. Libraria Rengeriana, 1767.
- NORDHAGEN, P. J., *Italo-Bizantine wall painting of the Early Middle Ages: an 80-year old enigma in scholarship*, en *Bisanzio, Roma et l'Italia nell'Alto Medioevo*, Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, XXXIV, vol. 2, Spoleto 1988, 593-619.
- OFICINA INFORMATIVA ESPAÑOLA, *Saqueo del tesoro religioso de España*, Madrid 1948.
- ORESTANO, R., *Dal «ius» al «fas». Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, Bolletino dell'Istituto di Diritto Romano 46 (1939) 194-285.
—*Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 21/II (1941).
- PANOFSKY, E., *Studies in Iconology: Humanistic Themes in the Art of the Renaissance*, Boulder, CO 1972.
- PANVINI, R., *Storia e archeologia dell'antica Gela*, Torino 1996.
- PASSERIN D'ENTREVÈS et COURMAYEUR, A., *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Roma 2006.
- QUENOT, M., *L'icône*, Paris 1987.
—*Résurrection et l'icône*, Paris 1992.
- ROBERT, L., *Communication inaugurale*, en *Actes du II Congrès international d'épigraphie grecque et latine. Paris 1952*, Paris 1953, 3-28.
- ROMEO, S., *L'appartenenza e l'alienazione in Diritto Romano*, Milano 2010.
- ROSE, H. J., *Religion in Greece and Rome*, New York 1959.
- S. ISIDORO, *De originibus* [Etimologías].
- SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, edición de J. MORÁN, Madrid 1958.
- SAPIR, E., *Culture, genuine and spurious*, American Journal of Sociology 29 (1966) 401-429.
- SAPORETTI, CL. *Antiche Leggi. I «Codici» del Vicino Oriente Antico*, Milano 1998.
- SCHEID, J., *Oral tradition and written tradition in the formation of sacred law in Rome*, en CL. ANDO y J. RUPKE (eds.), *Religion and Law in Classical and Christian Rome*, Stuttgart 2006, 14-33.
- SCHERILLO, G., *Lezioni di Diritto romano: Le cose. Parte prima. Concetto di Cosa-Cose Extra Patrimonium*, Milano 1945.
- SCHREINER, P., *Der Byzantinische Bilderstreit: Kritische Analyse der Zeitgenössischen Meinungen und das Urteil der Nachwelt bis heute*, en *Bisanzio, Roma et l'Italia nell'Alto Medioevo*, Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, XXXIV, vol. 1, Spoleto 1988, 319-407.

- SENDER, E., *Les mystères de Christ: les icônes de la liturgie*, Paris 2001.
 — *The Icon, image of the invisible: elements of theology, aesthetic and technique*, Torrance (California) 1993.
- SESTON, W., *Les murs, les portes et les tours des enceintes urbaines et le problème des res sanctae en droit romain*, en R. CHEVALIER (ed.), *Mélanges d'Archéologie et d'Histoire offerts à André Piganiol, III*, S.E.V.P.E.N, Paris 1966, 1489-1512.
- SINI, F., *Sanctitas: cose, Dèi, (uomini). Premesse per una ricerca sulla santità nel diritto romano*, Diritto@Storia n. 1/Mayo (2002), <http://eprints.uniss.it/142/>.
- STELLA MARANCA, F., *Ius pontificium nelle opere dei giureconsulti e nei fasti di Ovidio*, Annali del Seminario Giuridico-Economico dell'Università di Bari 1 (1927) 6-34.
- TALAMANCA, M., *Trebazio Testa tra retorica e diritto*, en G. G. ARCHI (ed.), *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana: Atti di un Seminario. Firenze 27-28 maggio 1983*, Milano 1985, 46-84.
- TEJÓN SÁNCHEZ, R., *Confesiones Religiosas y Patrimonio Cultural*, Madrid 2008.
- TENTORI, T., *Cultura y transformación social*, en F. ALBERONI (ed.), *Cuestiones de Sociología*, Barcelona 1971, 1211-1237.
- TITO LIVIO, *Ab Urbe condita*.
- VERDON, T., *Giganti a confronto*, L'Osservatore Romano 14-11-2010, 7.
 — *Il Davide di Michelangelo. Un re-pastore per stare sul tetto del Duomo*, Toscana Oggi 7-11-2010, 12-13.
- VEYNE, P., *L'Empire Greco-Romaine*, Paris 2005.
- VIDAL GALLARDO, M., *Bienes culturales y libertad de conciencia en el Derecho Eclesiástico del Estado*, Valladolid 1999.
- VIDAL-NAQUET, P., *Le monde d'Homère*, Paris 2000.
- VOGLI, P., *Diritto sacro romano in età arcaica*, Studia et Documente Historiae et Iuris 19 (1953) 38-81.
- VON BLUMENTHAL, A., *II ΤΥΠΟΣ und PARADEIGMA*, Hermes 63 (1928) 391-414.
- ZIBAWI, M., *The icon: its meaning and history*, Collegeville (Minnesota) 1993.

