

## ARTÍCULO

### Derecho y fotografía: la objetividad truncada

### Photography and Law. The truncated objectivity

Cristina Monereo Atienza  
Facultad de Derecho  
Universidad de Málaga

Fecha de recepción 15/05/2018 | De aceptación: 19/11/2018 | De publicación: 24/12/2018

#### RESUMEN.

Este trabajo muestra que el discurso fotográfico está en estrecha conexión con la historia e ideología jurídicas. Las cuestiones que atañen a qué es una imagen, la relación entre imagen fotográfica, verdad y objetividad, o el poder de construcción narrativa de la imagen atañen directamente al concepto de Derecho. Como una fotografía, el Derecho moderno nació con el mismo afán de verdad y fe absoluta en la ciencia. Bajo el velo de la neutralidad y objetividad, buscaba la seguridad y control de las relaciones humanas, con la misma aspiración de poseer, cosificar y comercializar la naturaleza y lo humano. Como sucede con las primeras fotografías, el Estado y el Derecho modernos consiguieron acercarse supuestamente a la verdad al fundarse en lo empírico y también en lo espiritual, si bien una vez asentado el discurso narrativo burgués, con promesa de duración y permanencia, se olvidó el fundamento moral. Sin embargo, la otra faceta de la fotografía es subjetiva y creativa, y también lo es la del Derecho. Por eso, el Derecho no puede ser neutral. Muestra y genera un determinado discurso ideológico verosímil acerca de la forma de organización justa. Hablar del poder narrativo del Derecho, pone de manifiesto la capacidad jurídica de inventar la Justicia y, por tanto, sus peligros ideológicos y sus posibilidades emancipadoras.

#### PALABRAS CLAVE.

Fotografía, Derecho, imagen, verdad, neutralidad, objetividad, ideología, narración, Justicia.

#### ABSTRACT.

This work shows that the photographic discourse is in close connection with the legal history and ideology. Questions that concern on what an image is, the relationship between photographic image, truth and objectivity, or the power of narrative construction of the image directly concern the concept of Law. Like a photograph, the Modern Law was born with the same zeal for truth and absolute faith in science. Under the veil of neutrality and objectivity, he sought the security and control of human relationships, with the same aspiration to possess, reify and commercialize Nature and Humanity. As it happens with the first photographs, the Modern State and Law managed to approach the truth by basing themselves on the empirical facts as well as on the spiritual ideas, although once the bourgeois narrative discourse was established, with promise of duration and permanence, the moral foundation was forgotten. However, the other facet of photography is subjective and creative, and so is that of Law. Therefore, the Law cannot be neutral. It shows and generates a certain credible ideological discourse about the form of just organization. Speaking of the narrative power of Law shows the legal capacity to invent Justice and, therefore, its ideological dangers and its emancipatory possibilities.

#### KEY WORDS.

Photography, Law, image, truth, neutrality, objectivity, ideology, narration, Justice.

Índice: 1. Introducción. Derecho e imagen: más que la lectura jurídica de la imagen. 2. El nacimiento fotográfico del Derecho moderno. 2.1. La fotografía como impresión de la verdadera realidad y la neutralidad de la imagen. El nacimiento de la fotografía como evidencia física y espiritual. 2.2. Un acercamiento fotográfico a la genealogía del Derecho moderno. Legitimidad, control y durabilidad. 3. La subjetividad fotográfica del Derecho. 3.1. La fotografía como construcción de la realidad y la subjetividad de la imagen. La fotografía como arte, como propaganda y como memoria. 3.2. El Derecho como visión ideológica y cultural. 3.3. Especial mención a la actividad judicial. La reconstrucción del relato verdadero. 4. A modo de conclusión. Derecho y fotografía: algunos puntos en común para cuestionar la neutralidad.

## 1. Introducción. Derecho e imagen: más que la lectura jurídica de la imagen.

Cuando se examinan las relaciones entre Derecho y Artes en general, la comunidad jurídica se muestra a menudo bastante escéptica. Muchos juristas reconocen ser amantes de la literatura, la pintura, la arquitectura, la fotografía, el cine, la música, entre otras, pero se perciben como creaciones humanas alejadas de la seriedad y formalidad jurídica. Son elementos que directamente no influyen o añaden nada a la actividad del jurista.

Este escepticismo está siendo cuestionado desde hace ya tiempo por el movimiento de Derecho y literatura (*Law and Literature Movement*), cuya expansión en las últimas décadas es significativamente apreciable, en especial en Estados Unidos, aunque también en países latinoamericanos y en Europa. Los estudios de Derecho y literatura están adquiriendo importancia al comportar por definición la tan ansiedad interdisciplinaria que buscan los estudios jurídicos, y porque al unir varias áreas de conocimiento construyen un espacio crítico muy fructífero distinto del clásico discurso legal<sup>1</sup>.

Este movimiento de Derecho y literatura está revalorizando el papel de las Humanidades en el Derecho. Su fórmula se está extendiendo al análisis de las relaciones del Derecho con otras creaciones humanas, desde luego con el cine, pero también con la música, la arquitectura y, en general, cualquier forma de arte entendida en su sentido más amplio<sup>2</sup>.

Adentrarse en el legado cultural-artístico no es una tarea ajena al filósofo del Derecho, debido al carácter total y crítico de la disciplina que promueve una idea de jurista interesado por multitud de cuestiones y ramas del conocimiento; entre todas ellas, las Humanidades cuestionan el monopolio de la inteligencia racional en el Derecho, y el desafortunado olvido de la inteligencia emocional, permitiendo una visión del Derecho más completa, alimentada por referentes culturales en principio ajenos al ámbito jurídico, capaces de mostrar aquello de lo que ha carecido el esqueleto teórico jurídico tradicional.

---

<sup>1</sup> Una introducción respecto al movimiento donde se sintetizan muy bien autores y corrientes está en KARAM TRINIDADE, A.Y MAGALHÃES GUBERT, R.; “Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el Derecho, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, año III, núm. 4, 2009, pp. 164-213.

<sup>2</sup> La RAE define el Arte como la “Manifestación de la actividad humana mediante la cual se interpreta lo real o se plasma lo imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros”.

En este trabajo llevo a cabo un acercamiento al estudio de las relaciones entre Derecho y fotografía<sup>3</sup>. Para ello, doy traslado del clásico esquema de los modelos de relaciones identificados en Derecho y literatura, sin obviar que existen igualmente otras divisiones<sup>4</sup>. El esquema es tripartido: Derecho *en* la literatura (*Law in Literature*), Derecho *como* literatura (*Law as Literature*), y Derecho *de* la literatura (*Law of Literature*). De este modo, se podría trabajar en tres frentes: Derecho *en* la fotografía, Derecho *como* fotografía y Derecho *de* la fotografía.

“Derecho *en* la fotografía” haría referencia a aquel modelo que analiza el Derecho a partir de una fotografía. Cuando se trabaja desde esta dimensión en literatura se defiende incluso que ciertas cuestiones jurídicas son tematizadas mejor en las grandes obras literarias que en los propios trabajos jurídicos y que, por tanto, una obra literaria puede ofrecer un mejor conocimiento de una realidad o institución jurídica<sup>5</sup>. Sin duda, una afirmación de este tipo no es posible en relación a una fotografía, aunque tampoco hay que concebir este modelo de trabajo de manera reductiva; es decir, no se trata simplemente de entender que una fotografía puede *sugerir* temas de discusión jurídica: por ejemplo, una fotografía de dos mujeres con un cartel que indica “voto para la mujer” como excusa para tratar el tema del derecho al sufragio y la discriminación histórica de las mujeres<sup>6</sup>; o una fotografía de una familia en condiciones ínfimas de existencia para hablar de la pobreza, las pésimas condiciones de trabajo o el origen de los derechos sociales<sup>7</sup>; o, por nombrar otro ejemplo clásico, una fotografía de los

---

<sup>3</sup> Junto al movimiento de Derecho y Literatura, los estudios jurídicos en España han mostrado especial atención a las relaciones entre Derecho y Cine, de las que existe ya numerosa bibliografía. La fotografía apenas se ha tratado, si acaso quizás en relación con su conexión con el medio cinematográfico. Sobre *Derecho y Cine*, véase por ejemplo: RIVAYA GARCÍA, B.; *Derecho y Cine en 100 películas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004. SOTO NIETO, F. Y FERNÁNDEZ, F.J.; *Imágenes y justicia. El Derecho a través del cine*, Madrid, La ley-actualidad, 2004. PRESNO LINERA, M.A.; *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. GONZÁLEZ ROMERO, E.; *Otros abogados y otros juicios en el cine español*, Barcelona, Laertes, 2006. ORTEGA JIMÉNEZ, A., Y CREMADES GARCÍA, P.; *Cine y Derecho en 13 películas*, Alicante, Club universitario, 2008. GÓMEZ GARCÍA, J.A. (ed.); *El derecho a través de los géneros cinematográficos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008. RIVAYA GARCÍA, B.; “El cine de los derechos humanos”, en VVAA., *Estudios homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. 3, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 1059-1082. GARCÍA MANRIQUE, R., Y RUIZ SANZ, M., *El Derecho en el cine español contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009. RIVAYA GARCÍA, B.; “Derecho y cine”, en RIVAYA GARCÍA, B. Y ZAPATERO, L.(coords.); *Los saberes y el cine*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 81-118. *Id.*, “Algunas preguntas sobre Derecho y cine”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2010, pp. 219-230. *Id.*, “Los derechos fundamentales en imágenes. Cine “de” y “contra” los derechos humanos”, en RIVIRIEGO PICÓN, F.(coord.); *Proyecciones de Derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 145-188. CALVO GONZÁLEZ, J.; “Cine y argumentación jurídica: estrategias y técnicas argumentativas y para-argumentos del alegato judicial en la litigación de los hechos”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 16, 2014, pp. 280-307.

<sup>4</sup> Andrés Botero propone una clasificación distinta y es crítico con esta clásica división, sobre todo en el sentido pedagógico. Diferencia, por ello, los siguientes modelos de la relación, que según explica, son más concretos: retórico, expositivo, metodológico, analítico, jurídico y estético. Véase BOTERO, A.; “Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso, en Calvo González, José (coord.), *Implicaciones Derecho y Literatura: contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2008, pp. 29-40.

<sup>5</sup> Por ejemplo afirma SANSONE, A.; *Diritto e Letteratura, Una introduzione generale*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 77 y ss., o TALAVERA, P.; *Derecho y Literatura*, Granada, Comares, 2006, p. 5 y 10. Con menos dureza se afirma que la literatura está inundada de temas jurídicos: MARÍ, E.; “Derecho y Literatura: algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 1998, pp. 251-287, p. 259, p. 259.

<sup>6</sup> Un ejemplo es la fotografía anónima que está en el *Archives Catalogues*, ref. 1/494.

<sup>7</sup> Un ejemplo es Dorothea Lange, *Elm Grove*, 1936.

diferentes aseos para blancos y negros como medio para analizar la cuestión del racismo y la segregación racial<sup>8</sup>.

No cabe duda de que esta relación entre Derecho y fotografía existe, y es atrayente. La función social, política y jurídica de ciertos discursos fotográficos consta, sobre todo cuando se trabaja con la fotografía como documento histórico y fundamentalmente con el género del fotoperiodismo. La fotografía puede ser un buen pretexto para ahondar en una cuestión de relevancia jurídica. Con todo, cuando se trabaja desde el modelo del Derecho *en* la Fotografía, hay que ocuparse también de la forma tan sutil que tiene la imagen para apoyar, complementar o difundir el mensaje ideológico-jurídico. No se puede obviar el enorme poder de la imagen como medio ideológico, donde el mensaje jurídico también se despliega. De ello se ocupa el llamado “giro visual” (*visual turn*) del Derecho<sup>9</sup>.

El modelo de “Derecho *como* fotografía” se interesa por la cuestión hermenéutica, retórica y narrativa de la Fotografía, cuyo discurso es perfectamente trasladable al ámbito jurídico. Las cuestiones que atañen a qué es una imagen, la relación entre imagen fotográfica, verdad y objetividad, o el poder de construcción narrativa de la imagen se conectan directamente con el discurso jurídico donde las discusiones sobre neutralidad, imparcialidad o verdad son tan relevantes. Este trabajo va a tratar muy especialmente de este asunto, teniendo en cuenta que no voy a centrarme exclusivamente en las construcciones efectuadas en el ámbito de las decisiones judiciales.

El modelo de “Derecho *de* la fotografía” tendría que ver con la regulación jurídica de la fotografía, que sería similar a la de cualquier obra artística (propiedad intelectual, derechos de autor, etc., aunque también en este caso derechos de imagen, por ejemplo). Estas cuestiones no son objeto de mi reflexión.

Teniendo en cuenta estas dimensiones, me interesa el modelo de Derecho *como* Fotografía, aunque haré alusión también a algunas cuestiones de Derecho *en* la fotografía cuando menciono las fotografías de reseña o la fotografía documental.

Para tratar del Derecho *como* fotografía es imprescindible realizar una relectura mínima de teoría de la fotografía con el fin de analizar la visión fotográfica del Derecho. Por eso comienzo cada uno de apartados con unas breves reflexiones acerca de la teoría y filosofía del medio fotográfico. He titulado el primero de esos capítulos “El nacimiento fotográfico del Derecho”. En él presento con brevedad los orígenes de la fotografía como un instrumento empírico de impresión de la verdadera realidad, incluso más fiable que el propio ojo humano. Analizo la dimensión de verdad y realidad consustancial a toda fotografía. Muestro que estos orígenes no están muy alejados de los orígenes del Derecho moderno y que, de hecho, los términos utilizados para hablar de la creación humana que es también el Derecho, son los mismos que los de la Fotografía. Reflexionar sobre los diversos conceptos aplicados a

---

<sup>8</sup> Un ejemplo es Elliot Erwit, *Separated Fountains*, 1950.

<sup>9</sup> Sobre el estudio de la imagen y el Derecho, dentro de esa tendencia que trabaja el giro visual (*pictorial o visual turn*) del Derecho, véase por ejemplo CALVO GONZÁLEZ, J.; “Pictorial turn y Criminología. Sellos postales como artefactos imagéticos de inculcación ideológico-jurídica” (en prensa).

diferentes áreas ayuda a comprender mejor el fenómeno jurídico. El capítulo siguiente se titula “La subjetividad fotográfica del Derecho”. En este apartado insisto en la otra esfera fruto de los debates en torno a la conexión entre Fotografía y Arte, y la fotografía como arte. Se trata de la vertiente subjetiva que concibe la fotografía como resultado de un punto de vista. Explico que el Derecho pronto mostró también su esfera subjetiva y creativa, y me centro en la genealogía del Derecho.

## 2. El nacimiento fotográfico del derecho moderno.

### 2.1. La fotografía como impresión de la verdadera realidad y la neutralidad de la imagen. El nacimiento de la fotografía como evidencia física y espiritual.

No es momento ahora de analizar ampliamente la Historia de la fotografía, pero recordar cómo nació puede ayudar a entender mejor la conexión entre fotografía y verdad.

El verdadero momento de invención de la fotografía fue cuando se pudieron impresionar físicamente las imágenes, que ya desde el siglo XVI habían sido proyectadas por la cámara oscura. Se utilizaron variadas técnicas. Entre ellas la que se hizo más popular fue el *daguerrotipo*, porque permitía realizar retratos de manera ágil y de alta calidad<sup>10</sup>, que era lo reclamado en el siglo XIX. De hecho, estoy de acuerdo en considerar que el impulso definitivo de la fotografía se produjo por una demanda cada vez mayor de la burguesía, deseosa de tener representaciones fieles de sí misma. La fotografía desde el principio estuvo supeditada a las aspiraciones de la clase que demandaba esta invención, y que buscaban seguridad, verdad y fidelidad en sus retratos. La fotografía fue desde el principio un instrumento que buscaba ser lo más fiel posible a la realidad<sup>11</sup>, aunque ciertamente ésta era un obsesión de las artes desde hacía tiempo<sup>12</sup>.

Gracias a los avances científicos y empíricos con diversas sustancias sensibles a la luz, se consiguió al final plasmar físicamente la realidad natural con una precisión antes desconocida, equiparable a la propia naturaleza<sup>13</sup>. Nada podía ser tan objetivo como la imagen captada empíricamente por la acción de la luz sobre un material fotosensible. La fotografía era una evidencia o prueba de lo real. Hacía presente (re-presentaba) la realidad en el tiempo y en el espacio<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> El daguerrotipo fue ideado por Louis Daguerre que continua con los experimentos de Nicéphore Niepce aunque, casi al mismo tiempo, otros como William Fox Talbot crearon otros instrumento como el calotipo o talbotipo, de resultados menos exactos. Véase, por ejemplo, los clásicos NEWHALL, B.; *Historia de la fotografía*, trad. H. Alsina Thevenet, Barcelona, Gustavo Gili, 2006 (1ª ed. 1983); o SOUGEZ, M.L.; *Historia de la fotografía*, trad. M. Marqués, M. Rivas, Madrid, Cátedra, 2011 (1ª ed. 1981).

<sup>11</sup> La primera fotografía que se conserva de Nicéphore Niepce, *Punto de vista desde la ventana*, 1826. Ejemplos de daguerrotipos, son el del propio Louis Daguerre, o el realizado entre 1850-1853 de Juan Bautista Alberti.

<sup>12</sup> André Bazin niega que fuera los avances industriales los que hicieran nacer la fotografía y el cine, fue por la convergencia de su obsesión. BAZIN, A.; *¿Qué es el cine?*, trad. J. L. López Muñoz, Madrid, Rialp, 1990, pp. 33 y ss.

<sup>13</sup> Siegfried Kracauer cita el discurso pronunciado por Gay-Lussac en la Cámara de los Pares de Francia el 30 de julio de 1839, KRACAUER, S.; *Teoría del cine. La redención de la realidad física*, trad. J. Hornero, Barcelona, Paidós, 1989, p. 22.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 28.

Pero lo cierto es que el aura de las primeras fotografías mezclaba lo científico y lo espiritual, y la verdad fotográfica se apoyaba en algo más que la evidencia física. La crítica de arte Rosalind Krauss analiza en “Tras las huellas de Nadar” esos comienzos hablando de un libro poco conocido del fotógrafo Nadar titulado *Quand j'étais photographe*<sup>15</sup>. De la lectura de este texto extrae que en aquella época, aun conociéndose el lado científico, lo común era pensar que había algo de espiritual en la fotografía, y que ésta quitaba una muestra de su espectro al sujeto. Estaba extendida la creencia, que el mismo André Balzac defendía, de que el alma del individuo estaba compuesta por láminas, y una de ellas se apartaba cada vez que el sujeto era fotografiado. La fotografía trabajaba sobre la impresión, la marca, la huella entendida como una superficie de algo material, que era puesta en otro lugar<sup>16</sup>.

Surgieron, entonces, teorías que defendían que la luz hacía que lo invisible, lo que estaba en el mundo de los espíritus, se impresionara en lo visible. De ahí el miedo que la fotografía física suscitaba en algunos, o también que se empezaran a realizar escalofrantes retratos mortuorios.

La fotografía se ligaba con lo material y al mismo tiempo con lo espiritual, entre otras cosas porque permitía la existencia doble del sujeto, en la realidad y en el papel.

Esta faceta empírica y al mismo tiempo espiritual condujo a veces a propuestas cuestionables. Me limitaré al ejemplo de las primeras fotografías jurídicas de reseña policial. La fotografía de reseña nació vinculada a ese concepto primero de la fotografía como evidencia o prueba. La Antropología criminal y la Sociología criminal acogieron de forma explícita en su universo teórico y práctico elementos de cultura visual. Se produjo un giro visual doble de Derecho: por una parte, para la persecución del crimen e identificación del delincuente; y, por otra, para el registro y prueba procesal en la acción de los tribunales<sup>17</sup>.

La fotografía de reseña empezó a utilizarse para documentar la imagen de los sospechosos a partir de una visión de frente y de perfil. Pero, además, las primeras fotografías de reseña tenían un trasfondo mayor, porque no era extraño pensar que la fisionomía marcaba también un carácter determinado. El hecho de que el individuo se fotografiara suponía un prueba o evidencia que revelaba también ese carácter. Le ocurrió a las fotografías ancladas en las llamadas entonces ciencias de la Fisionomía, la Frenología o la Antropometría, antecedentes de técnicas policiales actuales como las del retrato robot.

La Fisionomía fue desarrollada por el doctor francés Jean-Martin Charcot quien realizó una tipificación de expresiones y gestos de dementes para crear un archivo de diagnósticos futuros. Sigmund Freud fue, de hecho, su seguidor, y se puede considerar que estos fueron los inicios del psicoanálisis tal y como se conoce actualmente<sup>18</sup>. Con la misma influencia positivista nació también la

---

<sup>15</sup> KRAUSS, R.; *Lo fotográfico. Por una teoría de los desplazamientos*, trad, C, Zelic, Barcelona Macula, , 2002, pp. 21-39.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>17</sup> CALVO GONZÁLEZ, J.; “*Pictorial turn* y Criminología...”, *cit.* (en prensa).

<sup>18</sup> RÉGNIER, M. ET AL.; *La filosofía del siglo XX*, Madrid, Siglo XXI, 1981, pp. 85 y ss.

Frenología, desarrollada en Inglaterra por Francis Galton. Francis Galton hizo experimentos a través de fotografías de convictos, determinando también rasgos comunes y creando un archivo. En Francia, Alphonse Bertillon ideó el método antropométrico de identificación de los delincuentes, basado en la medición de varias partes del cuerpo y la cabeza, marcas individuales y características del sospechoso. En 1884, este método consiguió identificar a 241 delincuentes múltiples. El éxito fue tan rotundo que esta técnica se extendió, hasta que se encontraron dos personas con las mismas medidas y características, y la Antropometría dejó paso en 1892 a la identificación a partir de las huellas dactilares<sup>19</sup>.

Estos son ejemplos de la fotografía como evidencia aplicada al mundo jurídico. La fotografía era una evidencia de la realidad, pero asimismo se entendía que mostraba aspectos ocultos del propio ser de los individuos, gracias a la reflexión y el estudio.

La cuestión es que, fuera ya del espiritismo, la magia o las pseudociencias, la fotografía une la evidencia o realidad física con lo psicológico. Como afirma Walter Benjamin, la fotografía “permite destacar aspectos del original no accesibles al ojo humano, sino tan sólo a una lente ajustable y capaz de seleccionar a su antojo diversos puntos de vista”<sup>20</sup>. La fotografía capta, como explica este autor, el *inconsciente óptico* porque permite la reflexión, y por tanto va más allá de lo visible descubriendo más datos de lo realmente verdadero. La verdad fotográfica es así, una verdad física, pero también posee un *aura* espiritual que traspasa los límites de lo empírico. La fotografía nació con ese potencial de mostrar neutralmente la realidad de los sujetos y los objetos incluso más allá de ellos mismos y su actual corporeidad<sup>21</sup>.

Roland Barthes sostiene también esta idea cuando afirma que la fotografía es “una disociación ladina de la conciencia de identidad”<sup>22</sup>. Se ha utilizado la ficción del espejo para explicar esa dualidad. El espejo tiene carga simbólica: nos desvela la verdad, al mismo tiempo que hace una revelación mágica de sabiduría sobre lo que son los objetos y los individuos<sup>23</sup>. Hablando de Roland Barthes, Jacques Derrida sostiene esta idea como la singularidad de la fotografía<sup>24</sup>.

Llegados a este punto, hay otro dato importante acerca de la fotografía que no he mencionado aun: el factor tiempo. La fotografía no es exactamente un espejo al introducir la dimensión temporal. La fotografía ha sido desde el principio un instrumento que traspasa la verdad física al ser capaz de

---

<sup>19</sup> Estas ciencias fotográficas han sido parodiadas por muchos fotógrafos como Nancy Burson, cuyas idea de mostrar el cambio en los rostros debido a la edad permitió el desarrollo de una técnica que incluso fue utilizada para encontrar niños perdidos. Véase FONTCUBERTA, J.; *La cámara de Pandora: la fotografía después de la fotografía*, Barcelona, Gustavo Gilli, 2010, p. 76.

<sup>20</sup> BENJAMIN, W.; *Sobre la fotografía*, trad. J. Muñoz Millanes, Valencia, Pre-textos, 2007, p.96.

<sup>21</sup> Según Kathrin Yacavone, algunos de los conceptos más célebres de Walter Benjamin son “aura” e “inconsciente óptico”, véase YACAVONE, K.; *Benjamin, Barthes y la singularidad de la fotografía*, trad. N. Molines Galarza, Madrid, Alpha Decay, 2017, p. 65.

<sup>22</sup> BARTHES, R.; *La cámara lúcida. Notas sobre la fotografía*, trad. J. Sala-Sanahuja, Barcelona, Paidós, 1990, p. 44.

<sup>23</sup> KRACAUER, S.; *op. cit.*, p. 23.

<sup>24</sup> DERRIDA, J.; *Las muertes de Roland Barthes*, trad. R. Mier, Taurus, México D. F., 1999, p. 52.

mostrar la realidad de algo o alguien en el tiempo; algo o alguien *fue* en un tiempo pasado en un lugar determinado. De este modo se presenta como una evidencia real de que algo o alguien estuvo ahí en un instante definido.

La fotografía, dice John Berger, “es una huella del pasado, de lo que ha sucedido”<sup>25</sup>, “es un testimonio directo del mundo pasado”<sup>26</sup>. También Roland Barthes afirmaba que “la fotografía repite mecánicamente lo que nunca más podrá repetirse existencialmente”<sup>27</sup>. Se supone, efectivamente que las fotografías suministran evidencia o una prueba incontrovertible de que algo sucedió o se experimentó. Y, con la detención de una imagen en el tiempo, ofrecen también promesa de duración, de permanencia, de eternidad de ese acontecimiento. Son promesas de memoria que expanden lo vivido en el tiempo y hacia otros<sup>28</sup>. No es de extrañar que se conecten fotografía y melancolía<sup>29</sup>.

Las fotografías permiten poseer los acontecimientos pasados o los sujetos. Estoy de acuerdo con Susan Sontag cuando afirma que “fotografiar es apropiarse de lo fotografiado (...que...) las fotografías permiten la posesión imaginaria de un pasado”<sup>30</sup>. Este afán adquisitivo era muy característico de esa instaurada clase burguesa, que todo lo cosificaba y comercializaba. Ese carácter se transfirió a la idea misma de la fotografía; es más, la fotografía era la herramienta física que se popularizó, entre otras cosas, porque daba cabida a los deseos humanos de controlar y poseer el tiempo (al menos un momento), y, de enfrentarse al miedo de dejar de vivir experiencias y convivir con los seres queridos, (aunque fuera poseyendo una fina lámina o película de los ellos).

## 2.2. *Un acercamiento fotográfico a la genealogía del Derecho moderno. Legitimidad, control y durabilidad.*

La fotografía nació como instrumento de plasmación objetiva de la realidad, aunque las primeras fotografías todavía poseían un soplo mágico de espiritualidad. Las fotografías eran evidencias de lo real, pero al mismo tiempo se pensó que la ciencia había permitido ir más allá de lo visible al ojo humano y llegar incluso a mostrar parte del alma. Esa fidelidad a la verdadera realidad, se conseguía empíricamente. Era la ciencia la que permitía la objetividad de mostrar las cosas como eran y no como las veía el ojo humano.

El impulso definitivo de la fotografía, por mucho que la intencionalidad mimética estuviera ya presente en otras artes, se produjo gracias a las demandas de la burguesía. Una clase que codiciaba retratos

<sup>25</sup> BERGER, J.; *Mirar*, trad. P. Vázquez, Barcelona, Gustavo Gili, 2001, p. 62.

<sup>26</sup> BERGER, J.; *Modos de ver*, trad. J. G. Beramendi, Barcelona, Gustavo Gili, 2000, p. 16.

<sup>27</sup> BARTHES, R.; *op. cit.*, p. 31.

<sup>28</sup> BREA, J.L.; *Las tres eras de la imagen. Imagen-materia, film, e-image*, Barcelona, Akal, 2010, pp. 9 y ss.

<sup>29</sup> KRACAUER, S.; *op. cit.*, p. 38.

<sup>30</sup> SONTAG, S.; *Sobre la fotografía*, trad. C. Gardini, Barcelona, Edhasa, 1996, pp. 19 y ss.

fidedignos que demostraran su nueva y poderosa posición social. La consideración social y el poder se relacionaron con las riquezas.

La idea de que los ricos eran los más capaces y virtuosos se difundió velozmente. Solamente los capaces podían llegar a ser ricos, y ellos eran los más adecuados para gobernar. La riqueza era un premio a la capacidad y superioridad de unos pocos. Aunque lo más importante es que el dinero permitía la adquisición de propiedades, que era el pilar básico de la sociedad burguesa<sup>31</sup>. El ciudadano era hombre, blanco y con propiedades.

El Estado y Derecho moderno burgueses no estaban alejados de ese anhelo de mostrar su dominio. La burguesía requería de un sistema que ofreciera permanencia a la nueva clase en el poder, y seguridad para realizar sus actividades y transacciones comerciales. El modelo debía representar esa realidad y no podía ofrecerse como una opción entre otras, sino como algo neutral y objetivo, no despótico, ni arbitrario: algo natural.

En este sentido, no es de extrañar que la misma idea de Estado y Derecho moderno se originaran en las tesis iusnaturalistas que fundamentaban el nuevo ordenamiento en algo más allá de lo humano. Las tesis de los contractualistas desde Thomas Hobbes, a John Locke, Jean-Jacques Rousseau o Immanuel Kant, entre otros, concebían de una u otra manera un pacto social que facilitara el paso de un Estado natural a un Estado social y político protector de los derechos naturales de los individuos. La dualidad entre Derecho natural y Derecho positivo, derechos naturales y derechos subjetivos, simulaba a través del pacto un espejo fotográfico entre lo que había sido en un pasado un estado de naturaleza y lo que entonces era una sociedad civil. La ideología del pacto social permitió concebir el Derecho como un instrumento que captaba fotográficamente la naturaleza, y proporcionaba la nueva legitimidad reclamada por la burguesía para asumir de hecho el poder político<sup>32</sup>.

Como una fotografía, el Estado y el Derecho modernos se fundaron en lo material y también lo espiritual. El Derecho positivo era capaz de plasmar la huella de lo natural. De esta manera, el Derecho verdadero y objetivo no trataba solamente de captar la realidad física, sino que también estaba dotado de un aura y fuerza espirituales. El mismo Walter Benjamin muestra una idea controvertida de violencia jurídica como aquello que funda y conserva, a la vez que es mítica y divina<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Esto lo explica excelentemente LASKI, H. J.; *El liberalismo europeo*, trad. V. Miguélez, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1974, pp.183 y ss. También JUTGLAR, A.; *Ideologías y clases en la España contemporánea*, T. I, Madrid, Edicusa, 1969, pp. 93 y ss.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; “La aportación de las teorías contractualistas”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., DE ASIS ROIG, R. (dirs.), *Historia de los Derechos fundamentales*, t. II (siglo XVIII), Madrid, Dykinson/Universidad Carlos III, 2001, pp. 6-42.

<sup>33</sup> Maria Pina Fersini considera que en Walter Benjamin parecen confundirse Derecho y violencia. Para el filósofo el Derecho moderno supuso el monopolio de la violencia por parte del Estado que regulariza y legitima la violencia, pero sin necesariamente suprimirla porque no sabría decirse quien legitima en última instancia al poder que ejerce violencia legítima. Véase FERSINI, M. P.; “Derecho y violencia. La apuesta de la diferencia”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXII, 2016, pp. 264-295, pp. 269 y ss.

Una vez implantada la burguesía en el poder político, ya no fue necesario hablar más del fundamento moral del sistema. El discurso narrativo previo ya estaba consolidado, un discurso burgués. El Estado y el Derecho positivo asentados mostraban la verdadera realidad. Con el positivismo en pleno auge, el Derecho se convertía absolutamente en una ciencia, y a través del razonamiento científico se permitía alcanzar la objetividad e imparcialidad deseadas.

En el ámbito jurídico la ideología liberal burguesa se plasmó en las codificaciones. El sistema jurídico se convirtió en el elemento más caracterizador del tipo de organización social<sup>34</sup>. Aunque los presupuestos teóricos del tipo de sistema económico que acompañó la implantación de la sociedad burguesa (el sistema capitalista) primaban la libertad y el no intervencionismo estatal, lo cierto es que fue necesario establecer una serie de derechos y libertades económicas formales como también un significativo intervencionismo estatal que desmantelara las instituciones y obstáculos para el desarrollo de la propiedad privada y el libre mercado<sup>35</sup>.

El mecanismo para plasmar esos derechos, que respondía a la estabilidad deseada, fueron los códigos que el positivismo jurídico dotó de una neutralidad absoluta. Los códigos era lo esperable del discurso implantado, y apelaban a unos derechos formalmente iguales. Mientras las constituciones regulaban el poder y establecía un Estado liberal y una serie de derechos individuales y civiles (eran códigos políticos), los códigos de Derecho privado y mercantil entendían el Derecho como un conjunto de reglas coercitivas reguladoras de la propiedad privada, la iniciativa económica y las relaciones comerciales<sup>36</sup>.

En tanto los códigos políticos abandonaron la idea de derechos naturales y los derechos subjetivos pasaron a ser concesiones y autolimitaciones del Estado sin protección frente al legislador<sup>37</sup>; los códigos privados realizaron un sistema complejo y permanente de Derecho justo caracterizado por la secularización, el racionalismo y un marcado individualismo. El Derecho estaba compuesto por leyes simples, claras, breves y concisas<sup>38</sup>. A través de los códigos privados se llegó a concebir el sistema socio-económico como un orden natural de comportamientos típicos, razonablemente previsibles y calculables.

---

<sup>34</sup> BARCELONA, P.; *El individualismo propietario*, pres. M. Maresca, trad. J. E. García Rodríguez, Madrid, Trotta, 1996, p. 23.

<sup>35</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.; “Estudios preliminar La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: el Derecho de la Economía” a la obra de Ripert, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Comares, 2001, pp. XIII-CL, p. XXXI.

<sup>36</sup> La relación entre constituciones y códigos ha sido ampliamente estudiada. Véase, por ejemplo, THIBAUT, A.F.J. Y SAVIGNY, F.K von; *La codificación: una controversia programática basada en sus obras. Sobre la necesidad de un Derecho civil para Alemania y De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, con la adición de autores y juicios contemporáneos, intr., selec. y textos de J. Stern, trad. J. Díaz García, Madrid, Aguilar, 1970. Igualmente, UNGARI, P.; “La storia dell’idea di codice”, *Quaderni Fiorentini*, 1, 1972, pp. 208-227; CLAVERO SALVADOR, B.; “Codificación y Constituciones: paradigmas de un binomio”, *Quaderni Fiorentini*, 18, 1998, pp. 79-145, TOMÁS Y VALIENTE, F.; *Códigos y Constituciones*, Madrid, Alianza, 1989.

<sup>37</sup> LASLI, H. J.; *op. cit.*, pp. 167 y ss.

<sup>38</sup> TARELLO, G.; *Cultura jurídica y política del Derecho*, ed. J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2002, p. 54.

De esta manera se impuso un sistema social de orden con las mismas pretensiones fotográficas de permanencia, durabilidad en el tiempo, seguridad y control de la vida humana.

### 3. La subjetividad fotográfica del derecho.

#### 3.1. La fotografía como construcción de la realidad y la subjetividad de la imagen. La fotografía como arte, como propaganda y como memoria.

Para explicar la subjetividad fotográfica del Derecho, se ha de comprender que la fotografía va más allá de lo físico por múltiples razones, pero precisamente por ello la imagen fotográfica es manipulable. Joan Fontcuberta explica que la ficción del espejo utilizada para explicar la fotografía, puede derivar en otras palabras como especulación o espejismo. El fotógrafo puede mentir y puede mostrar falsas realidades<sup>39</sup>. A la manera platónica, la luz puede inducir a engaño al confundir el reflejo con la realidad ontológica<sup>40</sup>.

Como tan certeramente explicaba Rudolf Arheim, el hecho mismo de que el fotógrafo (o el cineasta) encuadre, enfoque, componga o, finalmente elija una entre varias fotografías tomadas teniendo en cuenta lo que previamente quería captar, a veces incluso por accidente, muestra sin duda amplias dosis de manipulación<sup>41</sup>. De hecho, “la manipulación es una condición *sine qua non* de la creación fotográfica”<sup>42</sup>.

No es de extrañar, por tanto, que desde casi sus inicios la fotografía entablara un discurso con lo artístico<sup>43</sup>. Pronto los primeros artistas fotógrafos empezaron a buscar la belleza, y a no representar meramente la verdad<sup>44</sup>. Esta búsqueda de lo bello sucedió manifiestamente en la fotografía comercial, en la que se intentaban complacer los gustos de los clientes burgueses. El aliento de poder es lo que sugieren en realidad la mayoría de daguerrotipos, y sobre todo las imágenes de mediados y finales del siglo XIX, en un momento en el que la difusión del medio propició los álbumes familiares<sup>45</sup>:

De manera más tardía, la conexión entre Arte y fotografía se discutió tendidamente cuando se intentó separar radicalmente el documentarismo o fotografía documental de la categoría de arte. En el debate se había defendido que la fotografía podía tener una doble naturaleza como arte y como documento

<sup>39</sup> FONTCUBERTA, J.; *El beso de Judas. Fotografía y verdad*, Barcelona, Gustavo Gilo, 1997, p. 122. También *Id.*, *La furia de las imágenes: notas sobre postfotografía*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2016.

<sup>40</sup> Los falsos retratos de Cindy Sherman hacen reflexionar sobre ello. Cindy Sherman se fotografía a sí misma mostrando modelos estereotipados de mujer como crítica a la construcción exclusivamente masculina de lo femenino en el Arte. Cindy Sherman, nacida en Estados Unidos en 1954.

<sup>41</sup> ARHEIM, R.; *El cine como arte*, trad. E. L. Revol y revisión de E. Grau, Barcelona, Paidós, 1990, p. 20.

<sup>42</sup> FONTCUBERTA, J.; *El beso de Judas, cit.*, p. 126.

<sup>43</sup> MAHOLY NAGY, L.; *Pintura, fotografía, cine y otros escritos sobre fotografía*, trad. G. M. Vélez Espinosa Y C. Zelich Martínez, Barcelona, Gustavo Gilli, 2005.

<sup>44</sup> NEWHALL, B.; *Historia de la fotografía, op. cit.* Citado también por KRACAUER, S.; *op. cit.*, p. 25.

<sup>45</sup> Ejemplo es el Anónimo, *Eugenio María de Santa Coloma y sus hijos*, 1848; o Anónimo, *Couple*, 1848.

histórico, pero la realidad incontestable es que el documento es necesariamente artístico. El documentarismo no es más que un estilo que persigue una estética de la objetividad, si bien necesariamente esconde una opción política o ideológica<sup>46</sup>. La opción política-jurídica es característicamente visible en el fotoperiodismo y los *mass media*, donde una sucesión de imágenes o unas imágenes acompañadas de texto crean una narración que puede ser muy distinta de lo que realmente sucedió. La narración se acentúa mucho más en el caso del cine y su propiedad técnica particular, que es el montaje. Esto hay que tenerlo en cuenta cuando se utiliza una imagen o una película para tratar una cuestión jurídica.

La primera fotografía documental data del siglo XIX, y tuvo su verdadero auge en el siglo XX<sup>47</sup>. En el ámbito jurídico puede interesar muy especialmente la fotografía como documento de la barbarie (tras el Holocausto), que ha sido ampliamente trabajada por Judith Butler y Susan Sontag<sup>48</sup>.

Frente a esa estética de la objetividad, Joan Fontcuberta ha desvelado en sus escritos y proyectos este poder de manipulación la fotografía. Afirma incluso que “la fotografía facilita el engaño”, y que no significa otra cosa que “escritura de las apariencias<sup>49</sup>. De este modo, la fotografía se aleja totalmente de esa primitiva idea del documento de evidencias. Hay que estar de acuerdo en que la fotografía está más cerca del teatro que de la realidad<sup>50</sup>. El mismo Louis Daguerre se dio cuenta que para captar la realidad viva tenía que hacer uso de actores que simulasen el instante en movimiento, y estuvieran inmóviles el tiempo necesario para que la cámara los captase<sup>51</sup>. Ese sentido de la teatralización para mejor captación de la realidad se trasladó luego al cine en su versión realista<sup>52</sup>.

En efecto, la fotografía tuvo, y tiene, función creadora. Por eso también se ha utilizado de manera propagandística. Las fotografías de las Misiones Pedagógicas en España son un ejemplo<sup>53</sup>.

Es más, la objetividad de las fotografías no se trunca solamente porque puedan corresponder a una interpretación subjetiva del mundo, sino porque a la vez se basan en un discurso narrativo previo en el

---

<sup>46</sup> FONTCUBERTA, J.; *El beso de Judas* pp. 152-153. También *Id.*, *Indiferencias fotográficas y ética de la imagen periodística*, Barcelona, Gustavo Gilli, 2011, pp. 23 y ss.

<sup>47</sup> Ejemplos de fotografías son: Robert Fenton, *La guerra de Crimea*, 1855; Jacobs Riis, *Bandit's Roots*, 1888; Lewis Hine, *Spinners in a Cotton Mill*, 1911; Jean Laurent, *Gobierno provisional en España*, 1869; Robert Capa, *Muerte de un miliciano*, 1936; Henri Cartier Bresson, *Last Days of the Koumintang, Shanghai*, 1949 y *The Berlin Wall*, 1962; Paul Strand, *The Family, Luzzara, Italy*, 1953; Malcolm Browne, *Burning Monk, South Vietnam*, 1963.

<sup>48</sup> Esto podría dar para otro trabajo sobre Derecho y Fotografía, en el que se implicaría además, la afectividad. Véase BUTLER, J.; “Torture and the Ethics of Photography”, *Environment and Planning*, vol. 25, 2007, pp. 951-966. SONTAG, S.; “Regarding the Torture of Others”, *New York Time Magazine*, May 23, 2004, Nationalpapers (27), p. 24.

<sup>49</sup> FONTCUBERTA, J.; *El beso de Judas*, pp. 142, 165.

<sup>50</sup> BARTHES, R.; *op. cit.*, p. 72.

<sup>51</sup> FONTCUBERTA, J.; *La cámara de Pandora*, *cit.*, pp. 106-107.

<sup>52</sup> KRACAUER, S.; *op. cit.*, pp. 89-90.

<sup>53</sup> Proyecto de solidaridad patrocinado por el Segundo Gobierno de la República Española, a través del Ministro de Instrucción Pública y las plataformas del Museo Pedagógicas Nacional y la Institución Libre de Enseñanza, convocadas por Manuel Bartolomé Cossío, en 1931 y desmanteladas en la guerra civil.

que se insertan los espectadores. Por ejemplo, sobre lo que merece la pena ser mirado o qué derecho se tiene de mirar algo o alguien, o qué es lo bello o feo<sup>54</sup>. Las imágenes fotográficas tienen pretensiones de veracidad pero su modo de ver y mostrar el mundo están amparados por un relato previo que sentencia sus premisas como válidas. La fotografía nace en un contexto con unas creencias que hacen posible su verosimilitud<sup>55</sup>. Y, por eso, la fotografía cambia de acuerdo con el contexto en que se ve<sup>56</sup>.

Esto no impide que las imágenes también sean capaces de generar o producir realidad porque afectan a los espectadores. El *aura* de la fotografía se extiende a un efecto fenomenológico en el espectador<sup>57</sup>. La fotografía puede venir a confirmar una visión de la realidad, o puede crear y cambiar la propia realidad: confirmación de lo que fue en el tiempo y generación de lo presente son los dos aspectos que conviven en la fotografía. La ficción crea realidades.

Este tema ha sido ampliamente discutido en referencia a la importancia de la autenticidad de la fotografía, que ahora con la era digital se ha reavivado. Para los más realistas, es esencial que la fotografía sea auténtica porque es una evidencia real de un momento pasado, que es lo que la hace singular<sup>58</sup>. Para otros, una fotografía que luego resulta ser falsa o un montaje puede igualmente haber creado realidades al haber afectado al tiempo presente. La realidad y la verdad se confunden como lo hacen el pasado y el presente. Una fotografía de un instante pasado afecta al espectador presente. Se convierte en momento presente. Por eso una fotografía que resulta ser simulada, puede haber actuado como agente transformador del momento presente, instaurando un nuevo grado de verdad<sup>59</sup>.

Esto tiene ver también con el tema de la memoria. La fotografía se considera una evidencia que pasa a la memoria, pero la fotografía no es memoria. Es más bien selección de los momentos que se quieren recordar frente a los que no. Citando de nuevo Joan Fontcuberta: “se fotografía para olvidar”<sup>60</sup>. Igualmente, John Berger, escribía que “la cámara recoge los acontecimientos para olvidarlos (...), descargándonos de este modo del peso de la memoria”<sup>61</sup>.

---

<sup>54</sup> SONTAG, S.; *op. cit.*, p. 13.

<sup>55</sup> BREA, J.L.; *op. cit.*, pp. 23-24.

<sup>56</sup> SONTAG, S.; *op. cit.*, pp. 91, 116.

<sup>57</sup> BARTHES, R.; *op. cit.*

<sup>58</sup> Esto tiene que ver también con la clasificación fenomenológica del *stadium* y el *punctum* de la que habla Roland Barthes. BARTHES, R.; *op. cit.* El *stadium* corresponde a aquellos aspectos culturales de la imagen (tema, contenido, etc.), es decir, que tiene que ver con el interés del espectador por descubrir una significación colectiva cultural. El *punctum* es una perturbación del *stadium* que siente e influencia involuntariamente al espectador, y que le hace tener un valor añadido a la fotografía. Para ello es necesario que la fotografía sea auténtica.

<sup>59</sup> FONTCUBERTA, J.; *La cámara de Pandora, cit.*, p. 13.

<sup>60</sup> FONTCUBERTA, J.; *El beso de Judas, cit.*, p. 62.

<sup>61</sup> BERGER, J.; *Mirar, cit.*, p. 60.

Hoy con la fotografía digital ni siquiera se fotografía para recordar o almacenar recuerdos<sup>62</sup>. Se fotografía para demostrar que uno está vivo, que existe<sup>63</sup>, o también para crear una ficción o deseo de ser o estar de una manera determinada<sup>64</sup>. Esto es aceptado y conocido. Por eso, también, la manipulación no es tan reprochada. Sin embargo, lo que esconde el retoque o la manipulación fotográfica es que, aun existiendo una general desconfianza hacia las fotografías, la imagen sigue teniendo su efecto y creando realidad y verdad. Este es el peligro, porque la memoria moldea el presente. Hoy “las imágenes del mundo están dando paso al mundo de las imágenes”<sup>65</sup>, que es un mundo ficticio y creado. Todo este discurso no es ajeno al Derecho.

### 3.2. *El Derecho como visión ideológica y cultural.*

*“La verdad es de este mundo; está producida aquí gracias a múltiples imposiciones. Tiene aquí efectos reglamentados de poder. Cada sociedad tiene su régimen de verdad, su “política general de la verdad”: es decir, los tipos de discursos que ella acoge y hace funcionar como verdaderos; los mecanismos y las instancias que permiten distinguir los enunciados verdaderos o falsos, la manera de sancionar unos y otros; las técnicas y los procedimientos que son valorizados para la obtención de la verdad; el estatuto de aquellos encargados de decir qué es lo que funciona como verdadero”.*

Michael Foucault, *Microfísica del Poder*, 1992, p. 187<sup>66</sup>.

El Derecho se encontró con un debate similar al fotográfico cuando el sistema político-jurídico burgués fracasó como sistema de orden y pacificación social, especialmente a finales del siglo XIX y principios del XX. El malestar en ese momento fue creciendo, ya que amplios grupos de la sociedad fueron tomando conciencia de su exclusión del pacto social (la clase obrera, las mujeres), y de las injusticias derivadas de la visión puramente liberal burguesa de la vida impuesta a través de constituciones y códigos. El Derecho nunca fue neutral, e impuso una visión ideológica acerca de la vida, el sujeto y las relaciones humanas. Igual que la fotografía transmite técnicamente una visión subjetiva acerca de la realidad, el Derecho comunica también una forma de organización de la vida y la sociedad en su conjunto, ayudando a mantener un discurso narrativo previo que da sentido, credibilidad y verosimilitud a las normas, esto es, que las valida. La teoría feminista influenciada por el postestructuralismo y la filosofía postmoderna, captó muy bien el hecho de que el Derecho es ante todo discurso de poder que oculta y también reproduce el discurso desigualitario<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> Hay que tener en cuenta que la fotografía digital ya no es una impresión visual, pero sigue existiendo por efecto de la luz que no se imprime sino que se convierte en información.

<sup>63</sup> FONTCUBERTA, J.; *La cámara de Pandora*, cit., pp. 30 y ss.

<sup>64</sup> BERGER, J.; *Mirar*, cit., p. 63.

<sup>65</sup> FONTCUBERTA, J.; *La cámara de Pandora*, cit., p.176.

<sup>66</sup> FOUCAULT, M., “Verdad y Poder. Entrevista con M. Fontana en Revista L’Arc núm. 70 especial, pp. 16-26, en *Id.*, *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1992, pp. 175-189.

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, WEST, R.; *Género y teoría del Derecho*, trad. P. Lama Lama, Bogotá, Uniandes/Instituto Pensar/Siglo del Hombre Editores, 2000.

Las pretensiones de objetividad, de neutralidad, imparcialidad de lo jurídico resultan difíciles cuando se mira el Derecho desde la perspectiva sociológica. El Derecho se considera un elemento que se inserta en (y apoya) un discurso previo sobre cómo es y se debe organizar la vida social de manera justa.

Para Max Weber, el intento moderno de diferenciación del Derecho de otros elementos sociales es sinónimo de racionalización formal y, por tanto, lo que ha tenido lugar es la extensión de las reglas formales y abstractas y, así, la pérdida de valores y del sentido o el fin del sistema<sup>68</sup>. El Derecho no es, efectivamente, mera forma y los contenidos del mismo lo definen. Las normas son fotografías que, unidas, permiten crear una narración sobre lo que se considera una sociedad justa y bien organizada en ese momento y en ese lugar. Esta narración tiene aspiraciones de verdadera justicia. Es una escritura fotográfica (o cinematográfica) de lo aparentemente justo.

El Derecho procura mantener la verdad de ese discurso y, por tanto, funciona como un mecanismo de control social sancionatorio de las conductas desviadas consideradas injustas. El Derecho crea un sistema coactivo ordenado. A la vez lo legitima o justifica<sup>69</sup>. Esto quiere decir que la sanción es importante, pero sobre todo lo es la aceptación o reconocimiento social de ese sistema como lo justo<sup>70</sup>. Por eso, los individuos tienden a seguir el modelo irreflexivamente sin darse cuenta de la existencia de ese discurso establecido previamente<sup>71</sup>. Las normas jurídicas funcionan como un espejo de lo que es y desea la sociedad (la voluntad popular), y a la vez imponen e intentan mantener un punto de vista o una ideología.

La ideología, como definía Louis Althusser, funciona a través de prácticas y estructuras que los individuos aceptan. Éstas conforman la identidad social y los sujetos, que sin reflexionar, admiten su papel dentro del sistema<sup>72</sup>.

El Derecho simpatiza con dos funciones. Como la fotografía, actúa como un mecanismo que refleja la realidad social, y al mismo tiempo crea y genera esa realidad.

Precisamente por ello, no hay que rechazar la organización jurídica al ostentar del mismo modo la capacidad de transformación y emancipación social. Como la fotografía, el Derecho también es arte y creación con potencia para generar múltiples verdades sobre lo que es correcto o justo. Como afirma el postestructuralismo de Jacques Derrida, entre otros, no hay una verdad única (aunque ello tampoco signifique predicar un relativismo a ciegas).

---

<sup>68</sup> WEBER, M.; *Sociología jurídica*, col. Crítica del Derecho, Granada, Comares, 2001, *passim*. También MONEREO PÉREZ, J.L., Y MONEREO ATIENZA, C.; “Sociología jurídica en MAX WEBER, economía, sociedad y derecho”, en MORCILLO LAIZ, Á. Y WEISZ, E. (dirs.); *Max Weber en Iberoamérica. Interpretaciones, estudios empíricos y recepción*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 343 y ss.

<sup>69</sup> FARIÑAS DULCE, M.J.; *La Sociología de Max Weber*, México D. F., Universidad Autónoma Nacional de México, 1989, p. 21.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pp. 139-140.

<sup>71</sup> NOGUERA FERNÁNDEZ, A.; “Durkheim y Weber: surgimiento de la Sociología jurídica y teorización del Derecho como instrumento de control social”, *Investigaciones sociales*, núm. 17, 2006, pp. 395-411, especialmente pp. 408 y ss.

<sup>72</sup> ALTHUSSER, L.; *La revolución teórica de Marx*, trad. M. Harnecker, México, Siglo XXI, 1974.

En cualquier caso, el Derecho no puede ser nunca objetivo y neutral. No solamente es que la neutralidad sea imposible, sino que además es ilegítima porque siempre esconde un discurso detrás. El Derecho es tan manipulable como una fotografía por aquellos que enfocan, encuadran, componen y seleccionan las normas tras el debate. No hay, además, una única norma, sino muchas proposiciones, la mayoría desechadas. La fotografía está quizás en la mente del fotógrafo que realiza muchas hasta encontrar aquella que se ajusta más a lo que buscaba, que no era seguramente lo que tenía en mente; o es aquella que elige por accidente o manipula para ser más impactante y servir mejor al fin buscado. Esto mismo le sucede a las normas.

El Derecho es creación, el Derecho es arte capaz de imaginar y generar narraciones verosímiles sobre lo justo. De ahí que sea importante que el relato jurídico deje espacio para otras realidades: la que otros grupos minoritarios reconocen y valoran como la organización real justa. Evidencia y creación son ambas características de lo jurídico.

### *3.3. Especial mención a la actividad judicial. La reconstrucción del relato verdadero.*

La visión fotográfica del Derecho permite mostrar la potencialidad de las normas jurídicas en su conjunto para crear un relato verosímil acerca de la forma de organización social justa. El Derecho es un espejo de lo que supuestamente es y desea la sociedad, pero a la vez es un espejismo que interviene activamente en la configuración de la misma, creando también realidad aparentemente justa en ese momento y lugar.

Pero, además, la visión fotográfica del Derecho puede acercarse a una actividad jurídica más concreta que es la llevada a cabo por los jueces. No es necesario recordar que en el siglo XIX el positivismo desconfió de la actividad judicial, y que Montesquieu ya advertía que los jueces eran bocas mudas que pronunciaban las palabras de la ley<sup>73</sup>. En el Estado liberal moderno, el monopolio de creación del Derecho lo tenía el poder legislativo. La ley inserta en codificaciones se coronaba como la única reina, plena y coherente.

Las críticas hacía esta visión del juez como autómatas no se hicieron esperar. Los jueces al aplicar la ley realizan una actividad creadora. En el silogismo judicial hay que decidir e interpretar la norma general y abstracta de la premisa mayor, y además hay que reconstruir la verdad de los hechos de la premisa menor, que luego se subsumen a la premisa mayor para extraer la conclusión y la respuesta jurídica a esos hechos.

La reconstrucción de los hechos o los indicios implica la generación de una narración coherente y verosímil acerca de lo que sucedió en realidad, y que en su caso tiene relevancia jurídica<sup>74</sup>. Como en la

<sup>73</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, tomo II, trad. y notas de S. García del Mazo, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906.

<sup>74</sup> Sobre el discurso de los hechos, véase Calvo González, *El discurso de los hechos*, Tecnos, Madrid, 1993, especialmente pp. 75-85. También *Id.*, “La verdad de la verdad judicial”, en *Id.* (coord.), *Verdad (Narración) Justicia*, Textos mínimos, Universidad de Málaga, 1998, pp. 7-38; *Id.*, *Justicia como relato. Ensayo sobre una semionarrativa de los jueces*, Ágora, Málaga, 2002.

fotografía documental, con un estética de la objetividad que reprocha la manipulación ética<sup>75</sup>, el juez intentan reconstruir hechos pasados a partir de variados elementos que forman un discurso que se asimile lo más posible a lo que ciertamente pasó. Se crea una narración que sea por lo menos verosímil y razonable, aunque ciertamente nunca sea cierta, es decir, nunca cuente lo que de verdad pasó. El papel de los jueces es componer el puzle, pero seguramente falten piezas o haya piezas que deban ser interpretadas, y muchas veces la subjetividad del juez a la hora de cuadrar y unir el discurso implica ciertamente un amplio grado de discrecionalidad.

Esto mismo sucede con el foto-periodismo. Joan Fontcuberta trata el tema de la “verdad de los hechos” en la fotografía. Según explica, la creación de ficción intenta ser remplazada por algunos por la enunciación de los hechos, basándose así en una estética de la objetividad (una indiferencia del observador o narrador)<sup>76</sup>. Desde esta visión, la fotografía es un documento, por tanto, un reflejo de la realidad que exime de culpa al fotógrafo. Pero la fotografía es también discurso, es lenguaje: “registro y discurso, descripción y relato”<sup>77</sup>. La neutralidad es imposible, y además es ilegítima al esconder detrás un alegato. Para algunos no es posible la neutralidad pero sí la honestidad, pero para quién ¿para con uno mismo, para con la sociedad, para con la ideología? Mucho más ahora con la fotografía digital, una fotografía no es sino una pieza de una narración verosímil. Todo ello es trasmisible a la actividad judicial.

En cualquier caso, el relato judicial es la verdad para el Derecho, la sentencia genera realidad. Quizás no fuera lo que sucedió, pero el Derecho va a entender que esos fueron los acontecimientos que pasaran a la memoria jurídica. La memoria jurídica es selectiva, y la *ratio decidendi*, como una fotografía, es todo lo que queda del debate detrás de la verdad de los sucesos. El resto se olvida.

#### **4. A modo de conclusión. Derecho y fotografía: algunos puntos en común para cuestionar la neutralidad.**

El discurso fotográfico comparte múltiples aspectos con la historia e ideología jurídicas.

En primer lugar, el Derecho moderno nació con el mismo afán de verdad y fe absoluta en la ciencia que la fotografía. Estaba enraizado en la visión burguesa androcéntrica de la realidad que, bajo el velo de la neutralidad y la objetividad, buscaba la seguridad y control de las relaciones humanas en sociedad en aras a beneficiar las actividades comerciales. Como la fotografía, prosperó, entre otras cosas, gracias a esa afán burgués de mostrar el poder en relación a la riqueza, y de poseer, cosificar y comercializar lo humano, incluso la misma alma.

A pesar de su afán empírico, lo cierto es que el Derecho moderno consiguió asentarse al estar fundamentado en algo más allá de lo físico y humano, adquiriendo un poder y aura espirituales. Su

<sup>75</sup> Fontcuberta, Joan, *El beso de Judas*, cit., pp. 152-153.

<sup>76</sup> *Id.*, *Indiferencias fotográficas y ética de la imagen periodística*, cit., p. 29.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 46.

fundamento apelaba a la idea de Derecho natural como un Derecho superior, universal e inmutable en el tiempo, que establecía principios de verdadera justicia y que validaba las normas de Derecho positivo. El Derecho positivo era, como las primeras fotografías, una *revelación* de la verdad. Lo físico imprimía la huella de lo espiritual.

De este modo, el Derecho moderno contenía la misma proposición que la fotografía: una promesa de duración y permanencia, y la satisfacción del deseo humano de controlar la vida.

Sin embargo, de nuevo, al igual que la imagen fotográfica, el Derecho moderno no tardó en mostrar su naturaleza subjetiva y creativa, y pronto manifestó sus incoherencias. No era un Derecho neutral, y había impuesto una visión ideológica acerca de la realidad. El Derecho se insertaba en el relato previo sobre lo justo, actuando como instrumento de mantenimiento del *status quo* burgués; y, al mismo tiempo, ayudaba a la generación de ese discurso, al tener función creadora. El Derecho creaba realidad, componiendo una narración verosímil sobre lo justo, que era obviamente parcial. Esta característica forma parte del concepto mismo de Derecho.

El discurso fotográfico se puede trasladar igualmente a una actividad jurídica muy concreta, la judicial. El juez es el último narrador de una historia verosímil, que no verdadera, que intenta actuar de manera imparcial y objetiva, pero que necesariamente imprime en su decisión un visión acerca de lo que es justo hacer en ese asunto concreto, especialmente cuando se trata de un caso difícil donde tiene amplia discrecionalidad. Por tanto, es fuertemente responsable, entre otras cosas porque la *ratio decidendi* es lo que queda en la memoria jurídica.

En definitiva, el Derecho es creación y, por tanto, es manipulable por aquellos que lo realizan y lo aplican. Eso no resulta hoy sorprendente pero, aun siendo un dato conocido, el peligro es que, como una fotografía, el Derecho siempre va a gozar del poder de hacer confundir verdad y ficción<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Un último ejemplo son las fotografías de la exposición foto periodística “Sputnik” (1997) en la que Joan Fontcuberta retrató a un cosmonauta ruso Iván Istochnikov, que supuestamente desapareció en el espacio en plena misión espacial a bordo del Soyuz2 en 1968, y que fue borrado de la memoria histórica por la Unión Soviética que no podía explicar los hechos ni dañar su imagen. Obviamente, todo era un montaje del artista.

## Bibliografía citada.

### Sobre Fotografía:

ARHEIM, R.; *El cine como arte*, trad. E. L. Revol y revisión de E. Grau, Barcelona, Paidós, 1990.

BARTHES, R.; *La cámara lúcida. Notas sobre la fotografía*, trad. J. Sala-Sanahuja, Barcelona, Paidós, 1990.

BAZIN, A., *¿Qué es el cine?*, trad. J. L. López Muñoz, Madrid, Rialp, 1990.

BENJAMIN, W.; *Sobre la fotografía*, trad. J. Muñoz Millanes, Valencia, Pre-textos, 2007.

BERGER, J.; *Modos de ver*, trad. J. G. Beramendi, Barcelona, Gustavo Gili, 2000.

- *Mirar*, trad. P. Vázquez, Barcelona, Gustavo Gili, 2001.

BOTERO, A.; "Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso, en BREA, J.L.; *Las tres era de la imagen. Imagen-materia, film, e-image*, Barcelona, Akal, 2010.

BUTLER, J.; "Torture and the Ethics of Photography", *Environment and Planning*, vol. 25, 2007, pp. 951-966.

DERRIDA, J.; *Las muertes de Roland Barthes*, trad. R. Mier, México D. F., Taurus, 1999.

FONTCUBERTA, J.; *El beso de Judas. Fotografía y verdad*, Barcelona, Gustavo Gilo, 1997.

- *La cámara de Pandora: la fotografía después de la fotografía*, Barcelona, Gustavo Gilli, 2010.

- *La furia de las imágenes: notas sobre postfotografía*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2016.

KRACAUER, S.; *Teoría del cine. La redención de la realidad física*, trad. J. Hornero, Barcelona, Paidós, 1989.

- *Indiferencias fotográficas y ética de la imagen periodística*, Barcelona, Gustavo Gilli, 2011.

KRAUSS, R.; *Lo fotográfico. Por una teoría de los desplazamientos*, trad. C. Zelich, Barcelona, Macula, 2002.

MAHOLY NAGY, L.; *Pintura, fotografía, cine y otros escritos sobre fotografía*, trad. G. M. Vélez Espinosa Y C. Zelich Martínez, Barcelona, Gustavo Gilli, 2005.

NEWHALL, B.; *Historia de la fotografía*, trad. H. Alsina Thevenet, Barcelona, Gustavo Gili, 2006.

SOUGEZ, M.L.; *Historia de la fotografía*, trad. M. Marqués, M. Rivas, Madrid, Cátedra, 2011.

SONTAG, S.; *Sobre la fotografía*, trad. C. Gardini, Barcelona, Edhasa, 1996.

- "Regarding the Torture of Others", *New York Time Magazine*, May 23, 2004, Nationalpapers (27), p. 24.

YACAVONE, K.; *Benjamin, Barthes y la singularidad de la fotografía*, trad. N. Molines Galarza, Madrid, Alpha Decay, 2017.

ALTHUSSER, L.; *La revolución teórica de Marx*, trad. M. Harnecker, México, Siglo XXI, 1974.

BARCELONA, P.; *El individualismo propietario*, pres. M. Maresca, trad. J. E. García Rodríguez, Madrid, Trotta, 1996.

BOTERO, A.; “Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso, en Calvo González, José (coord.), *Implicaciones Derecho y Literatura: contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2008, pp. 29-40.

CALVO GONZÁLEZ, J.; *El discurso de los hechos*, Madrid, Tecnos, 1993.

- *Justicia como relato. Ensayo sobre una semionarrativa de los jueces*, Málaga, Ágora, 2002.

- “Cine y argumentación jurídica: estrategias y técnicas argumentativas y para-argumentos del alegato judicial en la litigación de los hechos”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 16, 2014, pp. 280-307.

- “*Pictorial turn* y Criminología. Sellos postales como artefactos imagéticos de inculturación ideológico-jurídica” (en prensa).

CALVO GONZÁLEZ, J. (coord.), *Implicaciones Derecho y Literatura: contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2008, pp. 29-40.

CLAVERO SALVADOR, B.; “Codificación y Constituciones: paradigmas de un binomio”, *Quaderni Fiorentini*, 18, 1998, pp. 79-145.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; “La aportación de las teorías contractualistas”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., DE ASIS ROIG, R. (dirs.), *Historia de los Derechos fundamentales*, t. II (siglo XVIII), Madrid, Dykinson/Universidad Carlos III, 2001, pp. 6-42.

FARIÑAS DULCE, M.J.; *La Sociología de Max Weber*, México D. F., Universidad Autónoma Nacional de México, 1989.

FERSINI, M. P.; “Derecho y violencia. La apuesta de la diferencia”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXII, 2016, pp. 264-295.

FOUCAULT, M., “Verdad y Poder. Entrevista con M. Fontana en Revista L’Arc núm. 70 especial, pp. 16-26, en *Id.*, *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1992, pp. 175-189.

JUTGLAR, A.; *Ideologías y clases en la España contemporánea*, T. I, Madrid, Edicusa, 1969.

GARCÍA MANRIQUE, R., Y RUIZ SANZ, M., *El Derecho en el cine español contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

GÓMEZ GARCÍA, J.A. (ed.); *El derecho a través de los géneros cinematográficos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

GONZÁLEZ ROMERO, E., *Otros abogados y otros juicios en el cine español*, Barcelona, Laertes, 2006.

KARAM TRINIDADE, A.Y MAGALHÃES GUBERT, R.; “Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el Derecho”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, año III, núm. 4, 2009, pp. 164-213.

LASKI, H. J.; *El liberalismo europeo*, trad. V. Miguélez, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1974.

MARÍ, E.; “Derecho y Literatura: algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 1998, pp. 251-287, p. 259.

MARTÍNEZ GARCÍA, J. I.; *La imaginación jurídica*, Madrid, Debate, 1992.

MONEREO PÉREZ, J.L.; “Estudios preliminar La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: el Derecho de la Economía” a la obra de Ripert, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Comares, 2001, pp. XIII-CL.

MONEREO PÉREZ, J.L., Y MONEREO ATIENZA, C.; “Sociología jurídica en MAX WEBER, economía, sociedad y derecho”, en MORCILLO LAIZ, Á. Y WEISZ, E. (dirs.); *Max Weber en Iberoamérica. Interpretaciones, estudios empíricos y recepción*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 343 y ss.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A.; “Durkheim y Weber: surgimiento de la Sociología jurídica y teorización del Derecho como instrumento de control social”, *Investigaciones sociales*, núm. 17, 2006, pp. 395-411.

PRESNO LINERA, M.A.; *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

ORTEGA JIMÉNEZ, A., Y CREMADES GARCÍA, P.; *Cine y Derecho en 13 películas*, Alicante, Club universitario, 2008.

RÉGNIER, M. ET AL.; *La filosofía del siglo XX*, Madrid, Siglo XXI, 1981.

RIVAYA GARCÍA, B.; *Derecho y Cine en 100 películas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

- “El cine de los derechos humanos”, en VVAA., *Estudios homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. 3, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 1059-1082.

- “Derecho y cine”, en RIVAYA GARCÍA, B. Y ZAPATERO, L.(coords.); *Los saberes y el cine*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 81-118.

- “Algunas preguntas sobre Derecho y cine”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2010, pp. 219-230.

-“Los derechos fundamentales en imágenes. Cine “de” y “contra” los derechos humanos”, en RIVIRIEGO PICÓN, F.(coord.); *Proyecciones de Derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 145-188.

SANSONE, A.; *Diritto e Letteratura, Una introduzione generale*, Giuffrè, Milano, 2001.

SOTO NIETO, F. Y FERNÁNDEZ, F.J.; *Imágenes y justicia. El Derecho a través del cine*, Madrid, La ley-actualidad, 2004.

TALAVERA, P.; *Derecho y Literatura*, Granada, Comares, 2006.

TARELLO, G.; *Cultura jurídica y política del Derecho*, ed. J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2002.

THIBAUT, A.F.J. Y SAVIGNY, F.K von; *La codificación: una controversia programática basada en sus obras. Sobre la necesidad de un Derecho civil para Alemania y De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, con la adición de autores y juicios contemporáneos, intr., selec. y textos de J. Stern, trad. J. Díaz García, Madrid, Aguilar, 1970.

TOMÁS Y VALIENTE, F.; *Códigos y Constituciones*, Madrid, Alianza, 1989.

UNGARI, P.; “La storia dell’idea di código”, *Quaderni Fiorentini*, 1, 1972, pp. 208-227.

WEBER, M.; *Sociología jurídica*, col. Crítica del Derecho, Granada, Comares, 2001.

WEST, R.; *Género y teoría del Derecho*, trad. P. Lama Lama, Bogotá, Uniandes/Instituto Pensar/Siglo del Hombre Editores, 2000.