

EL DERECHO COMO PARADIGMA DE CONOCIMIENTO LIBRE

LAW AS A PARADIGM FOR FREE KNOWLEDGE

JAVIER DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA
Universidad Complutense de Madrid
jdelacueva@derecho-internet.org

RECIBIDO: 17/06/2014

ACEPTADO: 15/07/2014

Resumen: Desde hace miles de años tenemos un ejemplo paradigmático de un cuerpo documental libre: el Derecho, compuesto por las normas jurídicas y las resoluciones judiciales. A lo largo del presente artículo repasamos los antecedentes históricos y las razones por las que el Derecho se puede copiar y transformar libremente, señalando su actual integración en el entorno digital del procomún. Finalizamos señalando que la calidad de una obra intelectual no depende de la licencia de propiedad intelectual que la regula, mostrando cómo un cuerpo documental libre es generador de riqueza, sirviéndonos el del Derecho como ejemplo aplicable a los demás campos de conocimiento.

Palabras clave: Copyleft, procomún, conocimiento libre, Derecho, cultura libre.

Abstract: Since thousands of years ago we have a paradigmatic example of a free document set: the legal system, composed by rules and judgments. Throughout this article we review the historical background and the reasons why the law can be copied and transformed freely, pointing its current integration in the digital commons. We conclude by noting that the quality of an intellectual work does not depend on its intellectual property license, demonstrating how free knowledge generates wealth, serving us the law as an example applicable to all other fields of knowledge.

Keywords: Copyleft, commons, open knowledge, law, free culture.

Introducción

Cuando finalizó un litigio que se siguió ante un juzgado de lo mercantil de Madrid, la parte vencida interpuso un recurso de apelación contra la sentencia. Una de las alegaciones de su recurso consistió en acusar al juzgado de que la resolución era una *obra derivada* de los escritos de la parte demandada. En la sentencia con la que resolvió el recurso, la Audiencia Provincial de Madrid no tuvo ningún reparo en criticar la afirmación del recurrente de la siguiente manera:

La crítica por parte de las apelantes hacia la resolución de la primera instancia ha sido feroz y están en su derecho de hacerlo así para fundar su recurso. Sin embargo, imputarle, con cierta sorna, el carácter de “obra derivada” del escrito de la parte demandada no resulta una expresión demasiado afortunada. [...] Es

perfectamente admisible que el juzgador pudiera [al emitir su sentencia] reproducir buena parte de aquellas alegaciones de una de las partes que le hubiesen resultado convincentes para fundar su resolución (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 103/2014 de 31 de marzo, Fundamento Jurídico Tercero)

De esta manera, la Audiencia Provincial de Madrid se hacía eco de una costumbre inveterada en Derecho y es la posibilidad de copiar literalmente y sin límite alguno en los escritos y resoluciones judiciales. No sólo copiamos las leyes y las resoluciones judiciales, sino que hemos de copiarlas sin errores ya que una copia errónea puede suponer o una revocación de la resolución judicial por un órgano superior, en el caso de la copia hecha por un juzgado o tribunal, o una negligencia profesional en el caso de abogados de las partes intervinientes. En la práctica forense es muy habitual rechazar los argumentos contrarios afirmando que se basaron en una copia inexacta o incompleta de una sentencia o de la ley. En la actividad jurídica se ha de copiar con especial precisión.

Al igual que el Derecho¹, la construcción de la ciencia conceptualmente es una continua *obra derivada*. Por ejemplo, cuando Einstein toma la obra de Newton, es como si el primero hubiera cambiado el final de una novela escrita por el último, incorporando la teoría de la relatividad (González Barahona, 2013). Si las leyendas dicen de Newton que desarrolló su teoría al observar la caída de una manzana, de Einstein dicen que su teoría se debe a la observación de la caída de una persona al vacío (Isaacson 2008, 299), leyendas que, si bien no son veraces, nos indican lo imbricadas que se hallan entre sí no sólo las teorías científicas sino los apócrifos que las acompañan.

Lo que nos interesa en el presente artículo es hacer evidente que el pensamiento se construye sobre referencias a precedentes del propio campo epistemológico objeto de estudio y que la apertura del conocimiento dependerá de las posibilidades tecnológicas y normativas no sólo del acceso al conocimiento anteriormente producido sino, igualmente relevante, de la posibilidad de realizar referencias al mismo. Un conocimiento será más o menos libre cuanto mayor o menor impedimento tenga para poder autorreferenciarse y transmitirse, lo que dependerá de cuestiones normativas y de las posibilidades que la tecnología ofrezca. En el caso del Derecho, la posibilidad de

¹Con respecto al término «derecho» continuamos con la tradición en el campo jurídico de escribirlo en nuestro texto con mayúscula inicial cuando nos refiramos al Derecho objetivo, el Derecho como disciplina, y en minúscula cuando lo hagamos al derecho subjetivo, esto es, a la potestad que corresponde a una persona. Frente a lo que hacemos en nuestro texto, en las citas se ha preferido respetar la literalidad del texto citado.

autorreferencia es absoluta y sin ella nos encontraríamos con un Estado arbitrario, mientras que la posibilidad de transmisión escrita se encuentra con muy recientes impedimentos derivados de normas de reutilización de la información pública. En el caso de la Ciencia, tanto la posibilidad de autorreferencia como de transmisión escrita depende de las normas de propiedad intelectual. Debido a estas posibilidades reproductivas, el Derecho nos va a servir de ejemplo de un cuerpo documental libre objeto de explotación económica dentro de una categoría en la que podemos incluir elementos tan diversos como los fonemas, los grafemas, las recetas de cocina, las reglas del fútbol y los protocolos de internet. Se trata de la categoría del procomún en la que analizaremos cómo se produce la transición desde el entorno de la ciudad al digital, para lo que utilizaremos categorías de Hess y Ostrom, mostrando las barreras al conocimiento jurídico libre.

Finalizaremos nuestro artículo argumentando contra dos afirmaciones habituales en la disciplina de la propiedad intelectual, consistentes en que sólo existe calidad y riqueza en las obras intelectuales si existe una regulación *fuerte* de propiedad intelectual, mostrando cómo todo conocimiento ha de fundamentarse en elementos libres, como los fonemas y grafemas, base de subsiguientes construcciones que es la actividad que permite la *formación y la transformación de los enunciados* (Foucault 2010, 171).

Los orígenes de la libertad de copiar las leyes

En la obra *Copyleft. Manual de uso* se invocaba que “[e]n un mundo en el que la copia está sometida a polémica, el sistema legal que prohíbe la misma es, paradójicamente, de copia libre: la arquitectura sobre la que se sustentan las prohibiciones de copiar es la ley, que por esencia es libremente reproducible (De la Cueva 2006, 141). El artículo 17 del vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (TRLPI), establece la norma general de que el autor tiene la potestad de decidir quién puede copiar, distribuir, difundir o transformar su obra, decisión que se hace valer mediante un sistema de permisos. Si no se dispone de permiso para realizar un uso determinado de una obra, entonces tal uso, al no estar autorizado, por defecto está prohibido². Sin embargo, con respecto a las normas jurídicas y a las sentencias judiciales, el artículo 13 del TRLPI establece un

² Salvo, por supuesto, que nos hallemos ante un límite del derecho contemplado en la ley.

sistema diferente ya que las excluye de la propiedad intelectual:

No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores

La razón de que las normas se puedan copiar libremente es antiquísima y trae causa de la interdicción de la arbitrariedad. En un mundo que se hallaba en la transición de la memoria oral a la escrita, la fijación de la ley mediante la tecnología de la escritura y su exposición pública fue la solución que la *techné* ofreció para evitar la aplicación del derecho del más fuerte. La promulgación, expresión pública de la ley escrita, evitaba que quienes se hallaban encargados de la aplicación de las normas pudieran modificar el contenido de las mismas a su antojo y tuvieran que referirse a un contenido cierto, apuntando Díez Picazo (1999, 98) que la escritura de la ley cumplía la doble función de divulgación y certidumbre. Tal y como señala Jaeger, “[e]l derecho escrito equivalía al derecho igual para todos, altos y bajos. Ahora, como antes, pueden seguir siendo jueces los nobles y no los hombres del pueblo. Pero en lo futuro se hallan sujetos, en sus juicios, a las normas fijas de la *diké*” (2011, 105-106). En definitiva, el Derecho escrito fue el fundamento de la *isonomía*.

La opción de escribir la ley y exponerla públicamente fue utilizada por primera vez *circa* 1780 a. C. mediante el Código de Hammurabi. Posteriormente se impuso en Grecia y en Roma por iguales razones en ambos lugares: en Grecia, nos relata Andócides en los pasajes 82 a 84 de su obra *Sobre los misterios* (Gagarin y McDowell 1998, 122-123) cuál era el sistema de aprobación de leyes, explicando que las normas aprobadas por la Asamblea se inscribían en la pared de la Estoa Basileos, sita en el Ágora de Atenas, para que cualquiera que lo deseara pudiera leerlas, estando prohibido que el magistrado aplicara una ley no escrita; en Roma, Mommsen afirma que *el poder soberano del antiguo juez se amenguó directamente con la promulgación de un derecho perteneciente a los romanos. En lo civil y en lo criminal no se decide por la regla vacilante de la costumbre, sino según la letra de la ley escrita* (Mommsen 2003, 456).

El contexto de imposición de la ley del más fuerte, situación contra la que se luchaba mediante esta escritura y exhibición pública del Derecho, se producía ante las situaciones de enfrentamientos entre diferentes clases sociales. Así, Jaeger nos relata el choque que se produjo entre la clase social de la nobleza y la de otros ciudadanos libres:

Toda manifestación del derecho estuvo, hasta entonces, de un modo indiscutible

en manos de los nobles, que administraban justicia sin leyes escritas, de acuerdo con la tradición. Pero la agudización creciente de la oposición entre los nobles y los ciudadanos libres, que debió de surgir como consecuencia del enriquecimiento de los ciudadanos ajenos a la nobleza, condujo fácilmente al abuso político de la magistratura y a la exigencia de leyes escritas por el pueblo. El reproche de Hesíodo contra los caballeros venales que en su función de jueces conculcan el derecho, era el antecedente necesario de esta demanda general. Mediante él, la palabra derecho, *diké*, se convierte en el lema de la lucha de clases (Jaeger 2011, 105-106)

Y si bien Jaeger nos relata el caso griego, Tito Livio nos recuerda en su *Historia de Roma* el caso de la península itálica donde existía el enfrentamiento entre las clases sociales de los patricios y de los plebeyos, tomándose la decisión de que los decenviros elaborasen la Ley de las XII Tablas (circa 451-450 a. C.). La solución a la que se llega en Roma es la misma que en Grecia y que ya hemos comentado, consistente en escribir la ley y exponerla públicamente:

Abandonando entonces la ley cuyo texto expuesto al público se había hecho viejo, los tribunos hicieron a los patricios una propuesta más moderada: que pusiesen por fin término a los enfrentamientos; ya que las leyes propuestas por la plebe no eran de su agrado, al menos que consistiesen en la creación en común de unos legisladores, tanto plebeyos como patricios, para que redactasen leyes útiles para ambos estamentos y que sirviesen para asegurar a unos y otros el mismo grado de libertar (Livio 2000, 265)

Esta solución técnica, la fijación del *nomos* por escrito con la finalidad primordial de pacificación social, permite a su vez dos actividades subsiguientes inconcebibles o al menos muy difíciles de realizar en sistemas jurídicos de tradición oral. Se trata de los fenómenos de la codificación y de la copia fiel de las regulaciones legales entre diferentes regiones geográficas. La codificación consiste en aunar todas las normas existentes en un solo texto por materia, lo que ya implica una copia autorreferencial del conocimiento jurídico, codificación del derecho que, según Jaeger (2011, 105-106), *se desarrolla a través de siglos [...] en las diversas ciudades* [griegas]. Rodríguez Adrados nos ofrece una descripción del ámbito donde fructifica este fenómeno, especificando que el cuerpo de conocimiento del que estamos tratando es un cuerpo vivo susceptible de modificación. Se produce

la publicación de las normas de justicia: códigos de Dracón en Atenas, de Zaleuco en Locros, Carondas en Región, el de Gortina, etc. Estas compilaciones, al menos en el caso de Dracón y del derecho de Gortina,

reproducen en lo esencial la legalidad existente, hecha pública ahora para evitar las arbitrariedades de los nobles que las aplican. Pero pronto se hace esto insuficiente, y en nombre de principios generales se lleva a la modificación de estas normas. Así aparecen los legisladores que crean nuevos códigos u ordenaciones –Solón en Atenas, Pítaco en Mitilene, probablemente Zaleuco, Bías en Priene, Licurgo (?) en Esparta– y también los tiranos, que actúan en la misma dirección (Rodríguez Adrados 2007, 77)

En lo que respecta a la copia de normas entre diferentes regiones geográficas tenemos nuevamente las palabras de Tito Livio (2000, 266) cuando relata la respuesta del poder patricio a la redacción de las XII Tablas:

Al haber acuerdo en cuanto a las leyes y discrepancia únicamente en lo referente al legislador, se envió a Atenas una legación integrada por Espurio Postumio Albo, Aulo Manlio y Publio Sulpicio Camerino, y se les encargó que copiasen las famosas leyes de Solón y tomaran conocimiento de las instituciones, costumbres y leyes de otras ciudades de Grecia

Sin perjuicio de las dudas que la historiografía tiene acerca de la certeza del viaje de la legación a Atenas, siendo lo más probable que consistiese una mera treta para aplazar la promulgación de las XII Tablas; sin embargo, de lo que no cabe duda es la existencia de la práctica habitual de copiar leyes entre ordenamientos jurídicos. Esta práctica además es necesaria cuando se alcanza el Estado moderno, en cuya regulación constitucional existe una parte *dogmática*, cuyo objeto son los derechos humanos, que se extiende como expresión del Estado democrático y de Derecho, lo que obliga a que todos los ordenamientos de naciones cuyo Estado abraza este modelo lleven la impronta de estos derechos de superior jerarquía. En este aspecto, las relaciones entre las diferentes constituciones de los diversos Estados son numerosas, encontrándonos continuas copias o remisiones conceptuales entre ellas³.

El Derecho como procomún: de la ciudad a lo digital

Una vez que comienza el fenómeno de la publicación de las leyes por escrito,

³Así, el artículo 10.2 de la Constitución española: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

éste se extiende por doquier. La utilización de la técnica de la escritura para la fijeza de las normas y su copia generalizada no son soluciones aisladas ni propias de un sistema cultural, sino que se convierte en una manera universal de proceder. Lo que en principio comenzó como una *techné* para evitar la aplicación de la ley del más fuerte, acabó siendo un elemento estructural de la sociedad, libremente copiable y transmisible, generándose un cuerpo documental común que los órganos con poder sobre los diferentes territorios tenían a su disposición para hacerlos suyos, constituyéndose de esta manera primero un procomún en el entorno de la ciudad y ahora en el entorno digital. El hecho de hallarnos en un momento de *tránsito de la ciudadanía urbana e industrial [...] a la infociudadanía*, según concepto de Echeverría (2003, 90), evidencia la existencia de este doble entorno.

La categorización del procomún⁴ en cuatro entornos fue ideada por Lafuente (2007) basándose en una previa distinción realizada por Echeverría (1999). Para este último autor, el ser humano se desenvuelve en tres entornos: el primero de ellos es *el medio ambiente natural* (1999, 27), el segundo entorno es el *cultural y social*, al que denomina *entorno urbano* (1999, 41), y el tercer entorno es *uno de los resultados de la tecnociencia* (1999, 49), *un espacio básicamente artificial que está posibilitado por una serie de tecnologías, entre las cuales mencionaremos siete: el teléfono, la radio, la televisión, el dinero electrónico, las redes telemáticas y el hipertexto* (1999, 48). Utilizando las previas categorías de Echeverría, Lafuente (2007) considera que el procomún tiene cuatro entornos: el cuerpo, el medioambiente, la ciudad y lo digital, que dejamos señalados pues nos serán conceptualmente necesarios a continuación.

En el año 2001, Hess y Ostrom redactaron un artículo cuyo contenido nos es muy útil para analizar la transición que ha sufrido el cuerpo documental jurídico desde el entorno de la ciudad al entorno de lo digital, como así mismo ha ocurrido con tantos otros cuerpos documentales. El nombre del artículo, *Artifacts, Facilities, And Content: Information as a Common-pool Resource*⁵, hacía referencia a los tres elementos que estas autoras consideran de primer orden para su análisis. Sostenían que el modelo conceptual tradicional utilizado

⁴Damos por conocido el concepto de procomún: *lo que es de todos y de nadie al mismo tiempo*, en palabras de Lafuente (Gutiérrez, 2012). de diferenciarse tanto de los bienes privados como de los públicos, formando con éstos un *tertium genus*.

⁵Las citas las hacemos no en relación a la versión de este artículo de 2001, que era el texto para ser presentado en noviembre de ese año en la “Conference on the Public Domain, Duke Law School, Durham, North Carolina”, sino a la versión publicada en 2003 en la revista *Law and Contemporary Problems*.

en las investigaciones sobre el procomún, donde las categorías usadas eran los *sistemas de recursos* y las *unidades de recursos* (2003, 128-129), si bien fue útil para las investigaciones referidas al agua, a la pesca y a otros recursos naturales, sin embargo, era menos útil que la nueva división conceptual que ahora proponían, integrada por las categorías de artefactos, instalaciones e ideas. Seguimos las palabras de estas autoras (129-130) en la explicación de estas tres categorías:

– Los artefactos. Un artefacto consiste en un a *discreta, observable y nombrable representación de una idea o conjunto de ideas*, poniendo como ejemplos el libro, el artículo, la página *web*, la base de datos o el archivo digital. Siempre según estas autoras, los artefactos pueden variar en durabilidad, en la secuencialidad en el uso y la concurrencia de acceso por parte de los usuarios, quienes podían ser excluidos con mayor facilidad cuando los artefactos eran físicos y con menor cuando son digitales.

– Las instalaciones. Una instalación almacena artefactos y los hace accesibles. Es un sistema de recursos que almacena los artefactos y las ideas. Hess y Ostrom recuerdan que, antes del desarrollo de los artefactos digitales, se trataba de instalaciones públicas o privadas donde se almacenaban físicamente los artefactos, lo que obligaba a un límite de contenido. La exclusión de los usuarios no era económicamente gravosa, existiendo reglas precisas sobre quién podía ser considerado un usuario legítimo, cuánto tiempo se podía retirar un artefacto de la instalación, así como las prácticas que debían seguirse tanto en el inmueble (señalan el silencio e, irónicamente, el no bailar) como con los objetos (no subrayar o cortar páginas), existiendo un servicio de verificación del cumplimiento de las normas. Por último, nos recuerdan que las instalaciones se hallan sujetas a deterioro si no se realizan inversiones sustanciales en su mantenimiento y que las colecciones privadas no se hallan normalmente abiertas al público.

– Las ideas . Se trata de la visión creativa, el contenido intangible, la información innovadora y el conocimiento, unidades no físicas contenidas en el artefacto. Sería la parte no “protegible” por *copyright* y si bien el uso de una idea de una persona por otra no impide que otras personas puedan también utilizarla, finalizan estas autoras señalando que es posible la exclusión de los demás a través del secreto.

Afinando más en las categorías señaladas por Hess y Ostrom, hemos de traer una distinción doctrinal de la disciplina de la propiedad intelectual donde en toda obra se diferencia entre el *corpus mechanicum* y el *corpus mysticum*. De esta manera, los *artefactos* de Hess y Ostrom se compondrían de una parte física, tangible, y una parte inmaterial, consistente en el concreto contenido creativo.

Así, el *corpus mechanicum* de un libro sería el papel mientras que el *corpus mysticum* sería el texto. Debemos precisar que no debemos confundir el *corpus mysticum* con la categoría de las *ideas* propuesta por Hess y Ostrom. La diferencia entre ambos es que el *corpus mysticum* de una obra intelectual supone una expresión *concreta* de una idea genérica, lo que podemos explicar mediante un ejemplo: la expresión concreta, el *corpus mysticum*, sería el texto de la obra *Romeo y Julieta* de Shakespeare, mientras que la idea sería «una historia de amor». Si bien sobre el *corpus mysticum* existe propiedad intelectual, sobre la idea no⁶.

Señalábamos en nuestra introducción que un conocimiento será más o menos libre cuanto mayor o menor impedimento tenga para poder autorreferenciarse y transmitirse, lo que depende de cuestiones normativas y de las posibilidades que la tecnología ofrezca. En cuanto a posibilidad de autorreferencia, también hemos constatado que el Derecho tiene total posibilidad y en lo que respecta al análisis de su capacidad de transmisión ésta ha sufrido un cambio desde su entorno de la ciudad al entorno digital. Utilizando las categorías de Hess y Ostrom y el matiz que hemos incorporado a las mismas, podemos hacer la siguiente clasificación:

		ENTORNO DE LA CIUDAD	ENTORNO DIGITAL
Artefactos	<i>Corpus mysticum</i>	Textos de las normas y de la jurisprudencia.	Textos de las normas y de la jurisprudencia.
	<i>Corpus mechanicum</i>	Papel.	Página <i>web</i> , archivos <i>html</i> y <i>pdf</i> .
Instalaciones		Acceso a partir de la obtención de un ejemplar físico, consulta en una oficina pública o biblioteca.	Acceso desde un terminal de ordenador con conexión a internet.
Ideas		Principios jurídicos.	Principios jurídicos.

TABLA 1

Como podemos observar en la Tabla 1, el tránsito desde el procomún en el entorno de la ciudad al procomún en el entorno digital ha producido diferencias en dos categorías: en el *corpus mechanicum*, soporte de las normas y de la jurisprudencia, y en las instalaciones mediante las cuales se trata la información

⁶Sobre los fundamentos de la incorporación de propiedad intelectual al trabajo efectuado utilizando una idea, véase Merges (2011).

y se pone a disposición pública. De un acceso a la información para el que se necesitaba una copia en papel se ha pasado a uno ubicuo desde cualquier terminal, no existiendo más barreras de entrada al contenido que las puramente tecnológicas de la conexión. De esta manera, la promiscuidad en el conocimiento de las normas y de la jurisprudencia es perfectamente garantizable por ser libremente reproducibles y encontramos con un sistema de puesta a disposición universal. En este caso, el tránsito hacia la *infocidadanía* en el que nos hallamos beneficia claramente la posibilidad de conocimiento.

Las barreras al conocimiento jurídico libre

Sin embargo, no todo es tan fácil como parece. Si bien hemos señalado anteriormente que las normas jurídicas y las resoluciones judiciales no se hallan sometidas a propiedad intelectual, un nuevo fantasma se cierne sobre este campo de conocimiento, ahora bajo la regulación de la *reutilización de la información del sector público*. Esta nueva figura trae causa de la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público. Señala esta Directiva en su Considerando (2) que “[l]a evolución hacia la sociedad de la información y del conocimiento afecta a la vida de todos los ciudadanos de la Comunidad, en particular al permitirles contar con nuevos medios para acceder y adquirir el conocimiento”, continuando con sus buenos deseos entre otros en el Considerando (16):

La publicidad de todos los documentos de libre disposición que obran en poder del sector público -referentes no sólo a los procedimientos políticos, sino también a los judiciales y administrativos- es un instrumento esencial para el desarrollo del derecho al conocimiento, que constituye un principio básico de la democracia. Este objetivo es aplicable a las instituciones tanto a nivel local como nacional o internacional.

Estos buenos deseos no se tradujeron finalmente en esta Directiva en una obligatoriedad de reducir al máximo las barreras de entrada al conocimiento, sino que se permitió la imposición de tarifas por la actividad de puesta a disposición pública de la información producida por un organismo público más allá de los meros costes derivados del tratamiento de la información, lo que pudiera haber supuesto una barrera económica. Así se dispuso en el artículo 6 de la Directiva:

Principios de tarificación

Cuando se aplique una tarifa, los ingresos totales obtenidos por la entrega y por permitir la reutilización de un documento no deberán superar el coste de recogida, producción, reproducción y difusión, incrementado por un margen de beneficio razonable de la inversión. Las tarifas se deberán basar en los costes durante un ejercicio contable apropiado, y deberán calcularse conforme a los principios contables aplicables a los organismos del sector público correspondientes

Sin embargo, este régimen se modificó posteriormente mediante la entrada en vigor de la reciente Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. Las razones del cambio en esta *política tarifaria sobre el conocimiento* se expresaron en su Considerando (22):

Cuando los organismos del sector público apliquen una tarifa por la reutilización de documentos, dicha tarifa debe limitarse en principio a los costes marginales. No obstante, debe tomarse en consideración muy especialmente la necesidad de no entorpecer el funcionamiento normal de los organismos del sector público a los que se exige generar ingresos para cubrir una parte considerable de sus gastos derivados de la realización de sus misiones de servicio público o de los gastos relativos a la recogida, producción, reproducción, y difusión de determinados documentos puestos a disposición para su reutilización. En tales casos, los organismos del sector público deben poder cobrar tarifas superiores a los costes marginales. Dichas tarifas superiores a los costes marginales deben establecerse de acuerdo con criterios objetivos, transparentes y verificables, y los ingresos totales obtenidos por el suministro y por autorizar la reutilización de documentos no deben superar el coste de recogida, producción, reproducción y difusión, incrementado por un margen de beneficio razonable de la inversión. El requisito de generar ingresos para cubrir una parte considerable de los gastos de los organismos del sector público derivados de la realización de sus misiones de servicio público o de los gastos relativos a la recogida, producción, reproducción, y difusión de determinados documentos no ha de estar incluido en la legislación y puede derivarse, por ejemplo, de las prácticas administrativas de los Estados miembros. Los Estados miembros deben revisar periódicamente dicho requisito.

La Directiva del año 2003 se traspuso a nuestro ordenamiento nacional mediante la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público y en lo que nos afecta al conocimiento jurídico, dio lugar a que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) emitiera su Reglamento nº 3/2010 (aprobado según Acuerdo de 28 de octubre de 2010, del Pleno del CGPJ) sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales. Si antes las resoluciones judiciales no encontraban límite legal para su conocimiento, salvo el de los intereses de privacidad de las partes intervinientes, la figura de la

reutilización de la información pública permitía establecer un sistema de control adicional. En este sentido, el Reglamento nº 3/2010 dispuso dos barreras de entrada al conocimiento: la primera de carácter técnico, mediante la centralización de la publicación de las resoluciones a través de un órgano *ad hoc*, el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), prohibiendo a los Juzgados y Tribunales la facilitación directa de la información (artículo 4, 5, apartado a del Reglamento 3/2010), y la segunda de carácter económico, estableciendo tarifas por sentencia cuyo importe dependería de los fines comerciales o no comerciales del *infomediario* y del número de sentencias solicitadas, aplicándose un descuento en virtud de este parámetro (un *rappel*) regulado en su Anexo.

La vida de este Reglamento fue corta puesto que, insólitamente, el Tribunal Supremo (TS) lo anuló mediante su sentencia de fecha 28 de octubre de 2011. Y decimos insólitamente porque la razón de su nulidad fue que el TS estimó que el CGPJ se hallaba promulgando una norma fuera de sus competencias. Que el tribunal de mayor jerarquía de un Estado anule el reglamento del máximo órgano del poder judicial debería hacer reflexionar.

Lo que nos interesa mostrar es que, en la práctica real, aun cuando desaparezcan las exclusiones en el uso de estos bienes informacionales gracias a una posibilidad tecnológica como la digitalización del *artefacto*, por usar categorías de Hess y Ostrom, sin embargo, las normas jurídicas no necesariamente acompañan las posibilidades materiales que nos ofrece la tecnología. Si bien en la parcela jurídica la propiedad intelectual no tiene relevancia, por lo que no puede suponer una limitación a las posibilidades prácticas de replicación y autorreferencia del conocimiento, sin embargo aparecen nuevas formas de regulación. Si para acceder a las resoluciones judiciales antes habíamos de pasar necesariamente por una entidad privada, una editorial que nos las suministrase, a la que habíamos de satisfacer los gastos derivados de la edición (incluyendo el ánimo de lucro de la editorial), sin embargo, en el tránsito hacia la *infocidadanía* surgen nuevas posibilidades de control aun a pesar de que el Estado se convierte en suministrador público de la información a través de la sede del Poder Judicial. Es por esta razón que debemos hacer nuestra la afirmación de que cuando nos hallamos ante información *nuclear* del sistema democrático, como no nos cabe duda que lo son las normas jurídicas y las resoluciones judiciales, deberíamos repensar si la misma ha

[...] de tratarse como una *res extra commercium*, si debe existir un núcleo duro de [la información] que por su propia vinculación con la representación política no debe ver limitado su tratamiento informacional y si son adecuadas las

categorías jurídicas de la propiedad intelectual o de la reutilización de la información del sector público como marcos legales (Nadal y De la Cueva 2012, 298)

Para finalizar este apartado no podemos olvidar la posibilidad de control que estableció el Reglamento prohibiendo a los Juzgados y Tribunales la facilitación directa de la información obligando a su difusión a través del CENDOJ. Si bien la *ratio* legal se debía a la necesaria centralización de los servicios que debían prestarse a las editoriales, sin embargo nos indica cómo a través de las normas se establecen mecanismos en la *arquitectura* de distribución de la información que son más propias de un concepto de Estado centralizado que de un sistema de redes. En definitiva, se puede comprobar cómo incidiendo en la regulación de la arquitectura se puede hacer ineficaz la diseminación del conocimiento, aunque éste sea libre.

La calidad y riqueza del conocimiento libre

Los desarrollos culturales producidos gracias a la existencia de un cuerpo de textos, formado por leyes y resoluciones judiciales, libremente reproducibles y recombinables demuestra la falsedad de dos afirmaciones ampliamente extendidas en la disciplina de la propiedad intelectual. Se trata de las afirmaciones de que no hay calidad ni existe riqueza en las obras intelectuales sin una normativa protectora de los recursos personales y materiales utilizados para la creación, esto es, sin una propiedad intelectual restrictiva. Los partidarios de esta tesis presumen que cuanto más restrictiva sea la propiedad intelectual vigente, mayor creatividad y mayor calidad existirán en el panorama cultural.

De ser cierta la afirmación de que sólo con propiedad intelectual hay calidad, entonces no existiría nunca calidad normativa o jurisprudencial ya que se trata de obras intelectuales sin *ninguna protección de propiedad intelectual*. La calidad de ambos cuerpos documentales hemos de buscarla en otros parámetros, de los que la formación de los operadores jurídicos entendemos que es clave. La mayor o menor calidad de una obra se produce dependiendo de la educación y la cultura de los intervinientes, de los recursos materiales y temporales de los que se les dote para la producción de su obra y de las posibilidades dialógicas entre los participantes. En los recursos materiales hemos de incluir la posibilidad de utilización de un repertorio del mismo campo sobre el que se está trabajando, lo que se verá más enriquecido cuanto mayor sea la posibilidad de autorreferenciarse y reutilizarse como conocimiento. La calidad de

una obra no deriva, por tanto, de un sistema de licenciamiento restrictivo de los *artefactos*, dificultando o impidiendo la integración del *corpus mysticum* en el procomún digital, sino más bien de todo lo contrario: a menores limitaciones tecnológicas y normativas existirá un mayor repertorio utilizable con el que construir la obra intelectual y a mayores posibilidades de conocimiento corresponderá un mayor potencial de calidad.

Y en cuanto a la inexistencia de la riqueza, el campo de quienes viven directa o indirectamente del Derecho es inmenso: jueces, abogados, notarios, registradores, procuradores, políticos, legisladores, cuerpos de policía, editoriales jurídicas... Toda disciplina del conocimiento tiene un *carácter propedéutico* puesto que se apoya en un conjunto de saberes que son los previamente necesarios para iniciarse en la misma, profundizar en ella y finalmente generar riqueza a través de su ejecución y desarrollo. Esto lo encontramos en diversas otras parcelas del procomún como los fonemas, los grafemas, las reglas para jugar al fútbol y los protocolos de internet, ya citados en la introducción. Se trata de saberes libres sobre los que se realizan actividades tanto libres como lucrativas. De esta forma, la riqueza puede generarse bien de forma inmediata o mediata, inmediata mediante la creación de sistemas propietarios que utilicen el repertorio del que nos dota el procomún, o mediata mediante la creación de nuevos tejidos procomunales sobre los que, a su vez, se puedan realizar creaciones propietarias o subsiguientes evoluciones del repertorio libre.

Para apoyar nuestro argumentar en este sentido, utilizaremos un ejemplo histórico previo al Derecho: la tecnología de la escritura, que tiene un *carácter propedéutico* universal. Utilizando los grafemas se van instalando sucesivos conocimientos que a su vez también son propedéuticos para subsiguientes saberes más locales o específicos. Por ejemplo, es necesario primero hallarse alfabetizado para luego tener un conocimiento de la lengua española y, subsiguientemente, es necesario tener un buen conocimiento de la lengua española para el estudio literario de la obra de Borges o el *Quijote*. Pero es que, más aún, sin la existencia de los grafemas hubieran sido imposibles las actuales tecnologías de registro (las Tecnologías de la Información y de la Comunicación – TIC), construidas mediante el diseño colaborativo de unos protocolos de libre uso (a través de los documentos denominados *Request For Comments*⁷), que han revolucionado los sistemas de transmisión de información y que participan junto con la tecnología de la escritura y el conocimiento de la lengua española de una misma naturaleza: son gratuitos, pero a pesar de tal liberalidad constituyen una

⁷Vid . <http://www.rfc-editor.org/rfc.html>

base fundamental de un sector de importancia económica capital, siendo obvios tanto los rendimientos económicos que se producen mediante instituciones que se fundamentan en la expansión de un procomún como el lenguaje (Instituto Cervantes, British Council, *Goethe-Institut*, Alliance Française), como los que se producen de los protocolos de internet (Google).

La riqueza, por tanto, tampoco depende de la existencia de propiedad intelectual restrictiva sino, más bien, de la existencia de repositorios de elementos copiables, recombinables, referenciables y transformables libremente. Los ejemplos del Derecho, la hostelería (cuyas recetas de cocina son libres), el fútbol (cuyas reglas son utilizables universalmente), los grafemas, los fonemas, las lenguas... nos indican precisamente que la riqueza se fundamenta, *siempre*, en la utilización de elementos libres sobre los que se construye una parcela económica privativa.

Finalizaremos recordando a Foucault:

Entre la *lengua* que define el sistema de construcción de las frases posibles, y el *corpus* que recoge pasivamente las palabras pronunciadas, el *archivo* define un nivel particular: el de una práctica que hace surgir una multiplicidad de enunciados como otros tantos acontecimientos regulares, como otras tantas cosas ofrecidas al tratamiento o la manipulación. No tiene el peso de la tradición ni constituye la biblioteca sin tiempo ni lugar de todas las bibliotecas; pero tampoco es el olvido acogedor que abre a toda palabra nueva el campo de ejercicio de su libertad; entre la tradición y el olvido, hace aparecer las reglas de una práctica que permite a la vez a los enunciados subsistir y modificarse regularmente. Es *el sistema general de la formación y de la transformación de los enunciados* (Foucault 2010, 171)

Permitir la formación y la transformación de los enunciados es la tarea sobre la que tenemos que insistir. El Derecho como cuerpo de conocimiento nos muestra un campo donde estas labores se han podido ejercitar durante miles de años sin problema alguno, suponiendo una prueba empírica de las posibilidades creativas y de riqueza de un *archivo*. Se trata, además, de un eje vertebral pues su objeto es, precisamente, el campo de conocimiento que rige la convivencia humana. Esta labor sólo es comparable al conocimiento que podemos aprehender a través de un diálogo intercultural e intergeneracional que tenga las menores barreras posibles, para lo que debemos generar los *artefactos* e *instalaciones* que sean necesarios para la libre circulación de las *ideas* y de sus formalizaciones concretas. Para lograrlo, debemos repensar críticamente instituciones como la propiedad intelectual y evitar la deriva de una regulación que, con tal de proteger las inversiones de la industria del entretenimiento, se está mostrando tóxica para

el conocimiento científico, haciendo que sea más relevante el circo que el pan.

Bibliografía

De la CUEVA, J., “El Derecho es Copyleft. O la libertad de copiar las leyes”, *Copyleft. Manual de uso*, Madrid, Traficantes de Sueños, (2006), pp. 141-158.

DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1999.

ECHEVERRÍA, J., *Los señores del aire: Telépolis y el Tercer Entorno*, Barcelona, Destino, 1999.

ECHEVERRÍA, J., “Tecnociencias de la información y participación ciudadana”, *Isegoría, Revista de filosofía moral y política*, núm. 28, 2003, pp. 73-92.

FOUCAULT, M., *La arqueología del saber*, México, Siglo XXI editores, 2010.

España, Acuerdo de 28 de octubre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 282, 22 de noviembre de 2010, pp. 96.977-96.992.

España, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), Sentencia núm. 103/2014, de 31 de marzo.

España, Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 282, 17 de noviembre de 2007, pp. 47.160-47.165.

España, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 97, 22 de abril de 1996, pp. 14.369-14.396.

España, Tribunal Supremo (Sala Tercera), Sentencia núm. 7587/2011, de 28 de octubre.

GAGARIN, M. & MACDOWELL, M. (Traductores), *Antiphon and Andocides*, Tejas (EE. UU.), University of Texas Press, 1998.

GONZÁLEZ BARAHONA, J. M., Cooperación y obra abierta, 2013 [Internet]. Accesible en: <http://medialab-prado.es/article/comunidadesenredcooperacion>

GUTIÉRREZ, B., entrevista a Antonio Lafuente: *Los hackers son los científicos de la nueva Ilustración*, Código abierto, Blogs 20minutos.es [Internet], 23 de enero de 2012. Accesible en: <http://blogs.20minutos.es/codigoabierto/2012/01/23/el-estado-nacion-es-torpe-burocratico-y-homogenizador/>

HESS, C. & OSTROM, E., “Artifacts, Facilities, and Content: Information as a Common-pool Resource”, *Law & Contemporary Problems*, 66, (2003), pp. 111-145.

ISAACSON, W., *Einstein. Su vida y su universo*, Barcelona, Debate, 2008.

JAEGER, W., *Paideia: los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

LAFUENTE, A., “Los cuatro entornos del procomún”, *Archipiélago. Cuadernos de Crítica de la Cultura*, núm. 77-78, 2007, pp. 15-22.

LIVIO, T., *Historia de Roma*, Madrid, Editorial Gredos, 2000.

Merges, R. P., *Justifying Intellectual Property*, Cambridge, Massachusetts (EE. UU.), Harvard University Press, 2011.

MOMMSEN, T., *Historia de Roma. Libros I y II. Desde la fundación de Roma hasta la reunión de los Estados itálicos*, Madrid, Turner, 2003.

NADAL, H. & de la Cueva, “Redefiniendo la isegoría: open data ciudadanos”, *Retos y oportunidades del entretenimiento en línea. Actas del VIII Congreso Internacional, Internet, Derecho y Política*, J. Cerrillo i Martínez, A., Peguera, M., Peña-López, I., Pifarré de Moner, M. & Vilasau Solana, M. (Eds.), Barcelona, UOC-Huygens Editorial, 2012, pp. 283-300. Accesible en: http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/15121/6/IDP_2012.pdf

RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *La democracia ateniense*, Madrid, Alianza Editorial, 2007.

UNIÓN EUROPEA, Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 345, 31 de diciembre de 2003, pp. 90 a 96.

UNIÓN EUROPEA, Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 175, 27 de junio de 2013. pp. 1 a 8.

