

1. Els ciutadans que tenim la fortuna de conèixer i poder parlar del ciberespai, els ciutadans que tenim la possibilitat de «colonitzar» el ciberespai, els ciutadans que podem exigir polítiques actives per al seu desenvolupament i que hem de preocupar-nos de la seva civilització, som «ciutadans de cultura jurídica». És clar que no dic que som juristes, ni tampoc vull significar amb això que siguem ciutadans que tenim un coneixement «com a usuaris», com se sol dir, d'algunes normes jurídiques o d'alguns processos jurídics. Em refereixo senzillament al fet que els ciutadans que formem realment la cara oculta del ciberespai som ciutadans rics, de comunitats riques, que fa molts segles que estem organitzant la nostra vida col·lectiva i privada mitjançant artificis jurídics. De fet, aquesta distinció, que tots hem entès —vida col·lectiva vs. vida privada— és una artificialitat jurídica. I les expressions «ciudadà» i «comunitat» són també expressions construïdes —artificials, doncs— pel sistema jurídic. El fet que no hi pensem habitualment indica amb quina profunditat la cultura jurídica està arrelada en nosaltres.

2. Ciutadans rics —disculpin la redundància, perquè si el terme *ciudadà* no l'usem demagògicament, l'adjectiu *ric* sobra— enfrontats ara a una responsabilitat enorme —novament col·lectiva i individual— en el procés de «colonització» del ciberespai. «Colonització» o «civilització»? Perquè és clar que podem fer *Leyes de Indias* per protegir i integrar —millor o pitjor— els exclosos d'aquest nou món, o bé simplement podem exterminar-los pel procediment de deixar-los fora de la xarxa per sempre.

3. Aquest és el problema de la «colonització» (o «civilització») del ciberespai. De quina manera hem de procedir nosaltres que, com que som ciutadans i rics, som portadors de cultura jurídica? D'altra banda, aquesta pregunta, en suggereix tres més: *a*) en primer lloc, quina és aquesta cultura jurídica de què som portadors i amb què arribem al ciberespai?; *b*) en segon lloc, quin efecte té sobre aquesta cultura jurídica el descobriment del ciberespai?, perquè és clar que el descobriment de tot nou món transforma el descobridor; *c*) i, finalment, com «juridifiquem» aquest ciberespai? —i amb aquesta darrera qüestió que no s'alarmin d'entrada els ultra-

liberals—, perquè àdhuc una política de *hands off* en el ciberespai només es pot dur a terme amb artificis jurídics. Artificis de propietat i de dret de contractació. Una citació ho aclarirà. En el debat, cada cop més sofisticat, sobre la manera d'administrar la propietat intel·lectual en el ciberespai, o com ho hem designat els europeus, en la política jurídica respecte als drets d'autor i als drets afins a la societat de la informació, un jurista amb el cap ben endreçat, però amb el cor «blanc» de llibertat, ha resumit amb aquestes paraules tot un programa d'acció per al ciberespai: «Let us instead do what is essential to permit the participants in this evolving world to make their own decisions. That means three things: make rule clear; create property rights where now there are none; and facilitate the formation of bargaining institutions. Then let the world of Cyberspace evolve as it will, and enjoy the benefits» (Frank H. Easterbrook (1996), «Cyberspace and the Law of the Horse», *U. Chi. Legal F.*, p. 207-216, p. 215 i s.). No fou aquest també un dels programes de la «colonització», quan els mons per colonitzar eren territoris físics, geogràficament situats? Per què, doncs, el mateix model no pot servir per a un món que descobrim en les nostres llars i en les nostres ciutats, riques i cultes?

4. Anem a pams. Amb quina cultura jurídica arribem al ciberespai? No hi ha temps per descriure-la, només per qualificar-la: arribem amb una cultura jurídica en crisi. Això és històricament connatural al procés de civilització. La crisi d'ara, però, es caracteritza per ser una crisi de *legalitat* (que afecta els models de producció normativa i la càrrega de legitimació que portaven associada). És també una crisi del *model d'estat* (que afecta la complexitat de les funcions que l'estat ha anat assumint i la capacitat de dur-les a terme adequadament). I és també una crisi derivada de les limitacions dels estats nacionals, que afecta, com ha assenyalat Luigi Ferrajoli, de qui he agafat, és clar, aquesta síntesi, el canvi dels llocs de la sobirania, l'alteració del sistema de fonts i, per tant, l'afebliment del constitucionalisme (Luigi Ferrajoli (1999), «Il diritto come sistema si garantisce», ara a *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, p. 16). En bona part el ciberespai només fa que s'accentuin aquestes característiques de la crisi. La qual cosa és el mateix que dir que sense aquesta descoberta, el diagnòstic que faríem seria el mateix. I probablement un corol·lari d'això podria ser que sense prejudicar quin hauria de ser el tractament adequat, no hi hauria d'haver gaires diferències substancials entre la manera de civilitzar el ciberespai i la manera de recivilitzar-nos en el nostre univers territorial. Arribem, doncs, al ciberespai amb una cultura jurídica en crisi. Però aquesta crisi ens troba jurídicament més ben preparats, més ben armats i més savis que en les crisis precedents i, a més, la descoberta del ciberespai ens proporciona nous mitjans per resoldre alguns extrems importants.

5. Però és clar que la descoberta del ciberespai d'entrada accentua, i molt, les característiques enunciades de la crisi. Podríem posar molts exemples en cadascun dels tres apartats, però em limitaré a assenyalat-ne un per a cadascun d'aquests. Si ens fixem en la *qüestió de la legitimació*, em ve immediatament al cap el cas de la producció de les normes jurídiques que regulen la «firma electrònica». Aquest cas és un exemple, a Espanya i arreu, d'un procés permeable

a la voluntat d'organismes internacionals (públics i privats) —expressada mitjançant un complex procediment de negociació entre instàncies d'abast mundial i regional—, immediatament influït per les necessitats (i sotmès a les tensions) del sector industrial més directament involucrat i amb la participació activa, i no simplement consultiva, dels especialistes en «criptació». Aquesta és una nova forma de fer lleis, que obliga a repensar els models de legitimitació democràtica de la producció normativa (observeu, a més, que no es tracta simplement d'un canvi en l'estructura de la relació entre el dret nacional i el dret internacional, sinó que a més comporta la presència no mediada públicament dels interessos industrials i tecnològics). És un procés «simbiòtic», com l'ha anomenat Amelia H. Boos («Electronic Commerce and the Symbiotic Relationship Between International and Domestic Law Reform», *Tul. Ll. Rev.*, 1998, p. 1931-1984, *passim*), però, insisteixo, és un procés que necessita urgentment elevades dosis de legitimitació. I això, que es veu a propòsit de la firma electrònica, es pot veure també en l'àmbit del dret de les telecomunicacions i en qualsevol altre sector jurídic directament vinculat al ciberespai. I, tanmateix, els problemes de producció i de legitimitació que es poden observar aquí no són substancialment diversos dels que sorgeixen avui en altres àmbits, no tan vinculats explícitament a la revolució tecnològica: o és que són idèntics els problemes que sorgeixen en l'àmbit del dret bancari o en el del dret de societats, i en particular, els que es poden observar en relació amb la *Corporate Governance*?

6. És cert, però, que l'analogia té un límit, i a banda dels problemes de legitimitació, el ciberespai es basa en una estructura tecnològica que obliga a reconstruir categories senceres de la nostra cultura jurídica. La firma electrònica (i la documentació electrònica) constitueix un canvi radical de la nostra cultura documental, associada també, no ho oblidem, a la tecnologia del paper, i al fet cultural de saber escriure. De la mateixa manera, la necessitat de reconstruir la propietat intel·lectual, derivada del fet que tothom té accés a les mateixes tecnologies que permeten la reproducció i la distribució massiva de qualsevol producte digital, sense degradar-ne la qualitat, permet descobrir, ara més que mai, que la propietat no és una relació amb coses, sinó una relació entre subjectes.

7. La crisi dels models d'Estat tampoc no troba el seu origen en la descoberta del ciberespai. Però aquí també l'accentua. Les exigències de l'Estat del benestar, en relació amb la salut, l'educació, l'administració de la justícia o l'administració pública en general, es fan més fortes quan hom descobreix que el ciberespai pot replicar els mateixos serveis i assolir amb eficàcia els objectius demandats. Només hi ha un perill civilitzador en això i és la mercantilització absoluta d'aquests serveis derivada de la incapacitat de la mateixa Administració pública d'estar present com a tal en el ciberespai.

8. Finalment, a la crisi de l'Estat nacional li succeeix això mateix. És una crisi que ve de lluny, l'ha portat la nova *lex mercatoria*, que ha alterat les fonts de producció normativa, situant

en el seu centre la gènesi contractual del dret. És un procés molt interessant, perquè, entre altres coses, confronta específicament cultures jurídiques contractuals diverses. Els especialistes recordaran immediatament aquí el debat clàssic a l'entorn de la clàusula de la «bona fe» com a punt de confluència de les cultures de *civil law* i de *common law* (Michael Joachim Bonell, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, disponible a <<http://www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.htm>>). Però és una crisi associada a la societat post-industrial, la crisi d'una cultura jurídica que tendeix a superar els particularismes jurídics i aspira a esdevenir cultura jurídica universal, mitjançant una formació no política del dret de la mateixa manera que ho fou i com encara ho és per la *common law*. Aquest punt de vista, que denuncià Francesco Galgano a *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazione* (Bolonya, Il Mulino, 1993, p. 28), és el mateix que trobem en autors que, tot reconeixent la naturalesa global de ciberespai, no volen deixar-lo erm de dret ni volen sotmetre'l sense variacions substancials al dret vigent: «[...] what the system of Cyberspace regulation will need is a way to pace any process of regulation — a way to let the experience catch up with the technology, a way to give the ordinary language a chance to evolve, and a way to encourage new languages where the old gives out» (Larence Lessig (1995), «The Path of Ciberlaw», *Yale L. J.*, p. 1743-1755).

9. Tanmateix, si així és com arribem al ciberespai, i sabem en quins punts ens transforma la descoberta, serà més fàcil entendre com hem de civilitzar aquest nou món. En primer lloc, no oblidem la tradició; en segon lloc, reconeguem la complexitat del nou procés de producció normativa i tractem de trobar els equilibris de legitimació necessaris; en tercer lloc, fem transparents els processos de contractació i nodrim-los de principis civilitzadors acceptats per les comunitats virtuals, i finalment demanem polítiques actives als estats per tal que no oblidin les seves responsabilitats. Encara que ho hagin de fer d'altres maneres, i sense construir noves fronteres, tot recordant, com va dir el Gran Cap Cochise, «Man should not draw lines on the land. The winds will dim them, the snows will cover them, and the rains will wash them away.»