

ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ

Ph.D. (Universidad de Aarhus)
Profesora titular de Derecho internacional privado
(Universidad Loyola)

DERECHO COMPARADO Y DIGITALIZACIÓN



Diseño de cubierta:
J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeren, plagiaren, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ, 2021
© EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S. A.), 2021
Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid



ISBN: 978-84-309-8152-6
Depósito Legal: M-2.786-2021

Printed in Spain

ÍNDICE

ABREVIATURAS	Pág. 19
CAPÍTULO I. DERECHO COMPARADO Y DIGITALIZACIÓN	23
1. INTRODUCCIÓN	23
2. DIGITALIZACIÓN, <i>LEGALTECH</i> Y DEPENDENCIA CULTURAL Y LINGÜÍSTICA DEL MUNDO ANGLOSAJÓN	25
3. LA INTERRELACIÓN ENTRE DERECHO, CULTURA Y LENGUA	28
4. EL DERECHO COMPARADO COMO HERRAMIENTA NECESARIA EN LA ERA DIGITAL	31
5. DELIMITACIÓN DE LA PRESENTE OBRA	32
CAPÍTULO II. EL DERECHO COMPARADO. OBJETO, MÉTODO Y FUNCIONES	35
1. EL DERECHO COMPARADO COMO MÉTODO Y COMO CIENCIA	35
1.1. <i>Evolución histórica</i>	35
1.2. <i>El Derecho comparado como ciencia y como método</i>	39
2. MACROCOMPARACIÓN Y MICROCOMPARACIÓN	42
2.1. <i>Macrocomparación</i>	42
2.2. <i>Microcomparación</i>	43
3. EL MÉTODO COMPARADO	44
3.1. <i>El método funcional</i>	44
3.2. <i>La teoría de los formantes legales</i>	48
3.3. <i>Otras aproximaciones al método comparado</i>	50
4. LA COMPLEJIDAD DE LA ACTIVIDAD COMPARATIVA	51
4.1. <i>Las dificultades lingüísticas</i>	51
4.2. <i>La cultura jurídica</i>	53
4.3. <i>La propia perspectiva conceptual y cultural</i>	54
4.4. <i>Selección de los sistemas a comparar</i>	54
5. LAS FUNCIONES DEL DERECHO COMPARADO	54
5.1. <i>Análisis del Derecho extranjero aplicable en el Derecho internacional privado</i>	55
5.2. <i>Instrumento para la interpretación y aplicación de convenios internacionales y preceptos nacionales</i>	56
5.3. <i>Auxilio en la práctica judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>	57
5.4. <i>Herramienta en la actividad normativa de la UE</i>	58
5.5. <i>Fuente de inspiración para el legislador</i>	59

5.6. <i>Orientar la unificación del Derecho</i>	60
5.7. <i>Mejor conocimiento del propio Derecho</i>	61
5.8. <i>Orientar a juristas y desarrolladores</i>	63
CAPÍTULO III. LAS FAMILIAS JURÍDICAS	67
1. INTRODUCCIÓN	67
2. AGRUPAMIENTO EN FAMILIAS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	67
3. CLASIFICACIÓN GENERAL	70
3.1. <i>La familia romano-germánica o de Derecho continental</i>	71
3.1.1. Formación histórica	72
3.1.2. Condicionantes socioculturales	75
3.1.3. Subsistemas y expansión	76
3.2. <i>El common law</i>	77
3.3. <i>Familias de naturaleza religiosa</i>	80
3.3.1. Definición	80
3.3.2. El Derecho islámico	81
3.4. <i>Familia de los países del socialismo real</i>	83
3.5. <i>Sistemas jurídicos consuetudinarios</i>	84
4. SISTEMAS MIXTOS O HÍBRIDOS	86
5. SISTEMAS JURÍDICOS EN TRANSICIÓN	88
5.1. <i>Rusia y países de la antigua esfera soviética</i>	88
5.2. <i>China</i>	89
CAPÍTULO IV. EL DERECHO FRANCÉS. ESTRUCTURA E INSTITUCIONES	93
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	93
2. EL CÓDIGO CIVIL Y LA CODIFICACIÓN	96
2.1. <i>Estructura del Código</i>	98
2.2. <i>Principios inspiradores</i>	99
3. DEL INDIVIDUALISMO AL ESPÍRITU COLECTIVO. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CIVIL FRANCÉS	101
4. LA DUALIDAD ENTRE DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL	104
5. SISTEMA JUDICIAL Y NORMAS DE PROCEDIMIENTO	106
5.1. <i>Organización judicial</i>	106
5.2. <i>Procedimiento</i>	107
5.2.1. El procedimiento civil	108
5.2.2. El procedimiento penal	110
6. LA INFLUENCIA DEL DERECHO FRANCÉS	111
CAPÍTULO V. EL DERECHO ALEMÁN. ESTRUCTURA E INSTITUCIONES	115
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	115
2. EL BGB	119
2.1. <i>Evolución histórica</i>	119
2.2. <i>Estructura y principios inspiradores</i>	121
2.3. <i>Crítica</i>	123

3.	LA DINAMIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL ALEMÁN A TRAVÉS DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DEL BGB	124
4.	LA DUALIDAD ENTRE DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL	127
5.	SISTEMA JUDICIAL Y NORMAS DE PROCEDIMIENTO. JERARQUÍA NORMATIVA ..	128
5.1.	<i>Organización judicial</i>	128
5.1.1.	La jurisdicción ordinaria	129
5.1.2.	La jurisdicción constitucional	130
5.2.	<i>Procedimiento</i>	131
5.2.1.	Proceso civil	131
5.2.2.	Proceso penal	131
5.3.	<i>Jerarquía normativa</i>	132
6.	INSTITUCIONES CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ALEMÁN. EL PRINCIPIO DE ABSTRACCIÓN	133
7.	LA INFLUENCIA DEL DERECHO ALEMÁN	135
CAPÍTULO VI.	EL <i>COMMON LAW</i> . ESTRUCTURA E INSTITUCIONES	139
1.	EVOLUCIÓN HISTÓRICA	139
1.1.	<i>Período anglosajón</i>	140
1.2.	<i>La conquista normanda. La formación del common law</i>	141
1.2.1.	Los Tribunales Reales	141
1.2.2.	El sistema de <i>writs</i>	143
1.3.	<i>La rivalidad con la equity (1485-1832)</i>	144
1.4.	<i>Período moderno</i>	145
2.	LA DUALIDAD DEL SISTEMA: <i>COMMON LAW</i> Y <i>EQUITY</i>	146
3.	FUENTES DEL DERECHO: EL <i>LEGAL RULE</i> Y EL PRECEDENTE FRENTE A LA LEGISLACIÓN. LAS FUENTES SECUNDARIAS	149
3.1.	<i>La jurisprudencia</i>	150
3.1.1.	El precedente	150
3.1.2.	El <i>legal rule</i>	152
3.2.	<i>La ley</i>	152
3.3.	<i>La costumbre</i>	154
3.4.	<i>La doctrina</i> (Jurisprudence)	154
4.	NORMAS DE PROCEDIMIENTO	154
4.1.	<i>Características del procedimiento</i>	155
4.2.	<i>Organización judicial</i>	157
4.3.	<i>Abogados y jueces</i>	158
5.	NOCIONES E INSTITUCIONES CARACTERÍSTICAS DEL <i>COMMON LAW</i>	160
5.1.	<i>El trust</i>	160
5.2.	<i>Consideration</i>	162
5.3.	<i>Parol Evidence Rule</i>	162
5.4.	<i>Punitive damages</i>	163
5.5.	<i>Class actions</i>	163
5.6.	<i>Discovery</i>	166
6.	LA INFLUENCIA DEL <i>COMMON LAW</i>	167
7.	EL DERECHO NORTEAMERICANO	168
7.1.	<i>Evolución histórica</i>	169
7.2.	<i>Características principales del Derecho estadounidense</i>	171

7.2.1.	Federalismo y distribución de competencias	172
7.2.2.	Fusión del <i>common law</i> con la <i>equity</i>	173
7.2.3.	Fuentes del Derecho	173
7.3.	<i>Organización judicial</i>	176
7.3.1.	Jurisdicción federal	176
7.3.2.	Jurisdicción estatal	178
7.3.3.	Distribución de competencias entre jurisdicciones	178
7.4.	<i>Abogados y formación jurídica</i>	179

CAPÍTULO VII. EL DERECHO DE LOS CONTRATOS ANTE LA REVOLUCIÓN DIGITAL: UNA PERSPECTIVA COMPARADA		181
1.	LA TECNOLOGÍA <i>BLOCKCHAIN</i> Y LOS <i>SMART CONTRACTS</i>	181
1.1.	<i>Blockchain</i>	181
1.2.	<i>Los smart contracts o contratos inteligentes</i>	184
2.	¿SON LOS <i>SMART CONTRACTS</i> CONTRATOS? CONCEPTO Y NATURALEZA VINCULANTE DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES	187
2.1.	<i>Elementos esenciales del contrato</i>	189
2.1.1.	Consentimiento	189
2.1.2.	Objeto	190
2.1.3.	Causa	191
2.1.4.	<i>Consideration</i>	192
2.1.5.	Requisitos de forma	193
2.2.	<i>Naturaleza contractual de los smart contracts</i>	194
2.2.1.	Consentimiento	195
2.2.2.	Objeto	196
2.2.3.	Causa y <i>consideration</i>	196
2.2.4.	Forma	197
2.2.5.	Conclusiones	198
3.	PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO, ¿CUÁNDO ES UN <i>SMART CONTRACT</i> VINCULANTE PARA LAS PARTES?	199
3.1.	<i>La oferta</i>	199
3.2.	<i>La aceptación</i>	201
3.2.1.	Efectos	202
3.2.2.	Aceptación mediante ejecución, inacción o silencio	202
3.2.3.	Plazo	203
3.2.4.	Alteración de los términos de la oferta	203
3.3.	<i>Responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo</i>	206
3.4.	<i>Perfeccionamiento de un smart contract</i>	206
3.4.1.	Intención de contratar	207
3.4.2.	Destinatario de la oferta	207
3.4.3.	Revocación de la oferta	208
3.4.4.	Aceptación	208
4.	VALIDEZ DEL CONTRATO	209
4.1.	<i>Dolo</i>	209
4.2.	<i>Error</i>	210
4.2.1.	Tipos de error	211
4.2.2.	Consecuencias	212

4.3.	<i>Violencia e intimidación</i>	213
4.4.	<i>Abuso de circunstancias</i>	214
4.5.	<i>Condiciones abusivas</i>	215
4.6.	<i>Validez de los smart contracts</i>	216
4.6.1.	<i>Inmoralidad o ilegalidad</i>	216
4.6.2.	<i>Vicios del consentimiento</i>	218
4.6.3.	<i>Condiciones abusivas</i>	219
5.	INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO	220
5.1.	<i>Máximas interpretativas</i>	220
5.2.	<i>Interpretación integradora</i>	221
5.3.	<i>Merger clauses</i>	223
5.4.	<i>Interpretación de un smart contract</i>	224
6.	CAMBIOS SOBREVENIDOS EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL	227
6.1.	<i>Fuerza mayor</i>	228
6.2.	<i>Excesiva onerosidad sobrevenida o hardship</i>	229
6.3.	<i>Los cambios sobrevenidos en los contratos inteligentes</i>	232
7.	INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	232
7.1.	<i>Noción de incumplimiento en el Derecho comparado</i>	232
7.2.	<i>Incumplimiento en la contratación inteligente</i>	234
8.	CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO	234
8.1.	<i>Cumplimiento específico</i>	234
8.2.	<i>Derecho a suspender la ejecución</i>	236
8.3.	<i>Resolución del contrato</i>	236
8.3.1.	<i>Gravedad del incumplimiento</i>	237
8.3.2.	<i>Resolución anticipada</i>	238
8.3.3.	<i>Restitución de las prestaciones tras la resolución</i>	238
8.4.	<i>Daños y perjuicios</i>	239
8.4.1.	<i>Notificación</i>	239
8.4.2.	<i>Cálculo de la indemnización</i>	240
8.4.3.	<i>Previsibilidad</i>	240
8.4.4.	<i>Obligación de mitigar el daño</i>	241
8.5.	<i>Consecuencias del incumplimiento de un contrato inteligente</i>	241

CAPÍTULO VIII. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y TECNOLOGÍAS DIGITALES	245
1. INTRODUCCIÓN	245
2. PRINCIPALES SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO COMPA- RADO	247
2.1. <i>Derecho inglés</i>	249
2.2. <i>Derecho francés</i>	250
2.3. <i>Derecho alemán</i>	252
3. EL CONCEPTO DE DAÑO	252
4. EL NEXO CAUSAL	255
5. LOS REQUISITOS DE «ANTI JURICIDAD» Y «DEBER DE CUIDADO»	257
6. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA	258
7. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA	262
7.1. <i>Derecho francés</i>	263

7.2. Common law	264
7.3. Derecho alemán	265
8. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO	266
8.1. Derecho inglés	267
8.2. Derecho francés	268
8.3. Derecho alemán	269
9. DEFENSAS (CAUSAS DE EXONERACIÓN)	270
9.1. Causas de justificación	271
9.1.1. Consentimiento de la víctima	271
9.1.2. Legítima defensa	271
9.1.3. Estado de necesidad	272
9.2. Causas de exoneración	273
9.2.1. Fuerza mayor	273
9.2.2. Conducta de un tercero	274
9.3. Concurrencia de culpa de la víctima	274
10. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS	275
10.1. Autoayuda	275
10.2. Injunctions	276
10.3. Compensación monetaria	277
11. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS	278
11.1. Concepto de daño y nuevas tecnologías	279
11.2. El nexo causal en las tecnologías emergentes	280
11.3. La imputación de responsabilidad ante los daños causados por las tecnologías digitales	282
11.3.1. Responsabilidad por culpa	282
11.3.2. Responsabilidad objetiva	283
11.3.3. Responsabilidad por productos defectuosos	284
11.4. La responsabilidad por hecho ajeno cuando el asistente no es humano ..	286
11.5. La concurrencia de culpa de la víctima en relación con las tecnologías emergentes	287
11.6. Propuestas de nuevas nociones y conceptos	288
CAPÍTULO IX. TÉCNICAS NORMATIVAS. BÚSQUEDA DE LAS «MEJORES SOLUCIONES» ANTE EL RETO DIGITAL	291
1. LA REGULACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DIGITALES	291
1.1. La Lex Cryptographia	293
1.2. Retos normativos. La importancia del Derecho comparado	297
2. LA COMPARACIÓN COMO HERRAMIENTA EN LA ELABORACIÓN DE TEXTOS NORMATIVOS	299
2.1. La comparación como instrumento para elaborar textos normativos ...	300
2.2. Los trasplantes legales	302
3. OTRAS DISCIPLINAS RELACIONADAS CON EL DERECHO COMPARADO	304
3.1. Derecho comparado y Derecho internacional público	304
3.2. Derecho comparado y Derecho de la UE	305
3.3. Derecho comparado y Derecho internacional privado	306
3.4. Derecho comparado y análisis económico del Derecho (Law & Economics)	308

	ÍNDICE	17
3.4.1.	Ideas centrales	309
3.4.2.	Ámbito de aplicación	310
3.4.3.	<i>Law & Economics</i> comparado	311
3.4.4.	Posturas críticas en torno al análisis económico del Derecho ..	312
3.5.	<i>Derecho comparado y Sociología jurídica</i>	313
3.6.	<i>Derecho comparado e Historia del Derecho. Etnología y antropología jurídicas</i>	315
3.6.1.	Historia del Derecho	315
3.6.2.	Etnología jurídica	315
3.6.3.	Antropología jurídica	317
3.7.	<i>Otras disciplinas relacionadas. La traducción jurídica</i>	318
3.7.1.	La Filosofía del Derecho	318
3.7.2.	La Ciencia Política comparada	318
3.7.3.	Literatura y estudios culturales	319
3.7.4.	La traducción jurídica	319
4.	PROBLEMAS ESPECÍFICOS Y HERRAMIENTAS ESENCIALES A LA HORA DE REGULAR LAS TECNOLOGÍAS DIGITALES	321
4.1.	<i>Análisis económico del Derecho y tecnologías digitales</i>	321
4.1.1.	Bases de responsabilidad. <i>Cheapest cost avoider</i>	321
4.1.2.	Equilibrio entre innovación y regulación. Los costes de transacción y estructuras de gobernanza	323
4.2.	<i>Traducción y automatización de la arquitectura jurídica</i>	327
4.3.	<i>Virtualidad de la tecnología digital y normativa aplicable</i>	330
CAPÍTULO X.	CONCLUSIONES	333
GLOSARIO	339
BIBLIOGRAFÍA	343