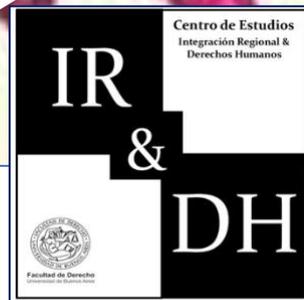


# Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año XIII – N° 1 – 1º semestre 2025



# Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Estudios  
Integración Regional & Derechos Humanos  
Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Año XIII – N°1 – Primer Semestre 2025

**ISSN: 2346-9196**

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)  
Buenos Aires - Argentina  
revistairydh@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos. Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

## **DIRECTOR**

CALOGERO PIZZOLO

Catedrático *Jean Monnet* (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

## **CONSEJO ACADÉMICO**

PAOLA ACOSTA (Universidad del Externado de Colombia, Colombia)

JOSÉ MARÍA SERNA (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

JAVIER PALUMMO (Universidad de la República, Uruguay)

CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO (Universidad de Alcalá de Henares,  
España)

MARCELLO DI FILIPPO (Universidad de Pisa, Italia)

ROBERTO CIPPITANI (Universidad de Perugia, Italia)

JAVIER GARCÍA ROCA (Universidad Complutense de Madrid, España)

LAURENCE BURGORGUE LARSEN (Universidad de París I, Francia)

LAURA MONTANARI (Universidad de Udine, Italia)

VALENTINA COLCELLI (Consiglio Nazionale delle Ricerche, Italia)

FABRIZIO FIGORILLI (Universidad de Perugia, Italia)

PABLO PODADERA RIVERA (Universidad de Málaga, España)

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ (Universidad de Granada, España)

ALFREDO SOTO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

SANDRA NEGRO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

## **CONSEJO EDITORIAL**

ANDREA MENSA GONZÁLEZ (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

MIGUEL ÁNGEL SEVILLA DURO (Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete,  
España)

## **COORDINACIÓN**

NATALÍ PAVIONI

## **EDICIÓN**

GUILLERMO ALVAREZ SENDON

# Índice

## **Estudios / Debates**

*Mentiras digitales y “contaminación” del debate público en procesos electorales. Inteligencia Artificial (IA), libertad de expresión y sociedad democrática desde un enfoque europeo* 5  
CALOGERO PIZZOLO

## **Sección Especial “Derecho, IA y nuevas tecnologías” /**

*Algunos Problemas Jurídicos Del Uso De Los Datos En La Economía Digital* 55  
ROBERTO CIPPITANI & MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

*Entre Tecnofilia y Tecnofobia: la prudencia del jurista* 88  
IAN HENRÍQUEZ HERRERA

*De la formación clásica al contrato digital: evolución histórica-jurídica de la oscuridad contractual* 102  
EDUARDO RIVERA CARRASCO, EDUARDO RODRÍGUEZ ÁLVAREZ & VÍCTOR JAURE CATALDO

*Introducción al legal TECH: algunas notas preliminares para su estudio* 126  
RUBÉN MÉNDEZ REÁTEGUI & EDUARDO BERNARDO MORALES BARRA

*¿Puede una IA ser su Señoría Ilustrísima? un estudio exploratorio sobre el rol que le cabe a las nuevas tecnologías en la función jurisdiccional* 143  
VALERIA GAJARDO GONZÁLEZ, LUISA QUIMBAYO OCAMPO & DAVID DOMÍNGUEZ HUENCHO

*El derecho humano a la ciberseguridad en la Unión Europea: desafíos de implementación e interrelaciones con los derechos fundamentales* 168  
JULIANA ESTÉVEZ

*La IA como un nuevo territorio de disputa: omisiones y sesgos en clave de género y desigualdad* 186  
AGOSTINA A. LÓPEZ & IRALA GONZÁLEZ OLIVIA R.

*La inteligencia Artificial y el derecho humano a la Buena Administración* 210  
ANDREA MENSA GONZÁLEZ

## **Doctrina /**

*El derecho a la vivienda adecuada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* 238  
CAMILA F. SCAGNETTI

*Núcleo e Identidad Constitucional a la luz de los principios y valores constitucionales básicos, su protección a través de las limitantes a las reformas constitucionales en sede internacional* 265  
SILVERIO RODRÍGUEZ CARRILLO

*Reflexiones acerca de la criminalización de la migración en el Cono Sur. Cuerpos racializados, género y tensiones con la integración regional* 294  
ÁNGELES BELÉN FREZZA

*Integración regulatoria sanitaria como estrategia de autonomía periférica: el caso de la investigación clínica en América Latina* 316

MARÍA AZUL MARTÍNEZ GONZÁLEZ

### **Recensión de libros /**

*Las relaciones entre las integraciones económicas y sus estados parte un estudio desde la teoría federal, recensión del libro de Sevilla Duro, M. Á. (2025). Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza* 336

CARLOS MARIANO LISZCZYNSKI

*La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Quince años de jurisprudencia, recensión del libro de López Castillo, A. (Dir.), & Martínez Alarcón, M. L. (Coord.). (2025). (2.ª ed.). Tirant lo Blanch, Valencia.* 341

NATALÍ PAVIONI

### **Jurisprudencia /**

#### **Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

*Reseña de jurisprudencia primer semestre 2025*

JONATHAN FERRARI, LAURA BARROS BARRIENTOS, EMMA SOSA LIUT, AGUSTINA CABRERA & ULISES FURUKAWA AKIZAWA 355

#### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea:**

*Reseña de jurisprudencia primer semestre 2025*

SOFIA TONELLI 413

**Sección Especial /**  
*“Derecho, IA y nuevas  
tecnologías”*

**DE LA FORMACIÓN CLÁSICA AL CONTRATO DIGITAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA-JURÍDICA DE LA  
OSCURIDAD CONTRACTUAL**

Eduardo Rivera Carrasco, Eduardo Rodríguez Álvarez y Víctor Jaure Cataldo

1

---

Fecha de recepción: 30 de junio de 2025<sup>2</sup>

Fecha de aceptación: 10 de julio de 2025

**Resumen**

Este artículo analiza la evolución histórica de la oscuridad contractual, desde el paradigma liberal decimonónico hasta la contratación digital. Mediante una metodología histórico-crítica, se examina cómo la industrialización primero, y luego la algoritmización, transformaron las condiciones de la autonomía contractual. En esa perspectiva, los entornos digitales constituyen un nuevo paradigma de oscuridad, especialmente a través de los *Dark patterns*. Este fenómeno se refleja en la denominada oscuridad contractual que carece aún de una teoría sistemática, lo que dificulta enfrentar sus manifestaciones actuales. Este trabajo llama a repensar las instituciones contractuales para resguardar la autonomía y la igualdad en contextos marcados por la manipulación algorítmica.

*Palabras clave: Oscuridad contractual, Dark patterns, Algoritmos contractuales*

**Title:** FROM CLASSICAL FORMATION TO THE DIGITAL CONTRACT: HISTORICAL-LEGAL EVOLUTION OF CONTRACTUAL OBSCURITY

---

<sup>1</sup> En el presente trabajo colaboraron los investigadores: David Domínguez Huencho, Valeria Gajardo González y Luisa Quimbayo Ocampo. Esta investigación es resultado de las actividades llevadas a cabo en el ámbito de los siguientes proyectos: e-Ride "Ethics and Research Integrity in the Digital Age" (2024-2027) Código 101175756; y del Laboratorio de Innovación, Tecnologías y Fronteras de las Ciencias Jurídicas del Doctorado de la Universidad Autónoma de Chile, ANID código 8622004.

<sup>2</sup> Ponencia presentada en las "I Jornadas Internacionales sobre Derecho y Nuevas Tecnologías" que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 7 y 8 de mayo pasado.

## Abstract

This assesses the historical evolution of contractual obscurity, from the nineteenth-century liberal paradigm to current digital contracting practices. Using a historical-critical methodology, it examines how industrialization—and later, algorithmization—transformed the conditions of contractual autonomy. From this perspective, digital environments represent a new paradigm of obscurity, especially through *dark patterns*. This phenomenon is reflected in what is now referred to as contractual obscurity, which still lacks a systematic theory, making it difficult to address its current manifestations. The study calls for a rethinking of contractual institutions to safeguard autonomy and equality in contexts shaped by algorithmic manipulation.

*Keywords: Contractual obscurity, Dark patterns, Algorithmic contracting.*

**Sumario:** I. Introducción. II. Aproximación a la oscuridad contractual. III. Estudio histórico de la oscuridad contractual: Manifestaciones previas a la revolución industrial. IV. Estudio histórico de la oscuridad contractual: La revolución industrial como momento de escisión del paradigma voluntarista. V. Oscuridad digital: Los Dark patterns. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

## I. Introducción

Desde la aparición de las primeras civilizaciones<sup>3</sup>, los contratos han desempeñado funciones esenciales en la organización social y económica, constituyéndose en vehículos fundamentales para la creación de relaciones jurídicas entre particulares<sup>4</sup>. En las antiguas sociedades mesopotámicas, egipcias o romanas, por ejemplo, ya era posible advertir prácticas contractuales que daban cuenta de la necesidad humana de establecer acuerdos, delimitar obligaciones y

---

<sup>3</sup> Ya en el Código de Hammurabi es posible encontrar antecedentes de contratos celebrados por los seres humanos (LÓPEZ SANTA MARÍA, 2017: p. 13).

<sup>4</sup> López Santa María explica que los contratos son instrumentos que aparecieron rudimentariamente para canalizar las necesidades de intercambio, al favorecer la circulación de bienes y permitir la satisfacción de necesidades individuales. En ese sentido, la vivienda, la recreación, la educación o el trabajo implican la celebración de contratos (2017: pp. 6 - 9).

asegurar el cumplimiento de prestaciones, incluso mediante fórmulas rituales o solemnidades que revelaban la importancia que estas relaciones tenían para el equilibrio social.

Si bien este trabajo no pretende abordar en profundidad el concepto de contrato, resulta necesario precisar una noción de referencia, útil para el análisis posterior. El artículo 1438 del Código Civil chileno lo define de manera tradicional<sup>5</sup>, aunque esta definición ha sido objeto de múltiples críticas doctrinales<sup>6</sup>, en particular por su carácter excesivamente formal y por omitir elementos fundamentales como la autonomía de la voluntad o la función económica del contrato. Por ello, se adopta aquí la siguiente formulación más sintética y funcional: el contrato es un acto jurídico bilateral generador de derechos personales y obligaciones, orientada a la satisfacción de intereses recíprocos (BARCIA, 2024: p. 43; LÓPEZ SANTA MARÍA, 2017; VIAL DEL RÍO, 2003: p. 38).

A partir de la importancia histórica y funcional del contrato, esta investigación se propone examinar un fenómeno particular que lo afecta: la oscuridad contractual, entendida como la situación que puede envolver a un acuerdo en la incertidumbre respecto de la comunicación de las verdaderas intenciones contractuales. Volveremos sobre este concepto en el segundo apartado, no obstante, cabe explicitar que el enfoque de esta investigación más que ser conceptual es de carácter histórico crítico.

Como puede apreciarse de la definición propuesta, este fenómeno se vincula estrechamente con la falta de transparencia, la ambigüedad en las cláusulas, la desigualdad informativa y, en tiempos recientes, con el diseño intencionadamente engañoso de ciertas interfaces digitales que median la contratación. Aunque esta problemática acompañó a la contratación desde sus orígenes, su presencia se intensificó con plataformas contractuales algorítmicas y nuevas tecnologías, que

---

<sup>5</sup> Artículo 1438: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”*. Concepto que para Díez-Picazo es tradicional y clásico, si se considera que su concepción involucra el acuerdo de dos o más individuos para producir efectos jurídicos, esto es, crear derechos personales y obligaciones (DÍEZ-PICAZO: 2007, p. 133).

<sup>6</sup> López Santa María menciona como primera crítica que el citado concepto confundiría a los contratos y a las convenciones, y, asimismo, en segundo lugar, la definición aludiría al objeto del contrato como una prestación que se debe dar, hacer o no hacer, a pesar de que las prestaciones son objeto de las obligaciones y las obligaciones son objeto de los contratos (2017: p. 4 – 5). En ese sentido, también Barcia Lehmann (2024: p.44).

introducen nuevos riesgos y desafíos jurídicos, incluso para instituciones tan asentadas como el consentimiento y la buena fe.

Esta nueva forma de oscuridad amenaza con desestabilizar pilares fundamentales de la teoría general del contrato y de las relaciones de consumo en entornos digitales. La progresiva automatización de decisiones, la mediación de algoritmos opacos y la falta de comprensión por parte del consumidor acerca del funcionamiento de las plataformas digitales contribuyen a un escenario en que la autonomía privada se ve debilitada, erosionando los principios de libertad contractual y de igualdad jurídica entre las partes contratantes. La oscuridad contractual, en este contexto, deja de ser solo un defecto comunicacional o un problema de redacción: se transforma en una estrategia estructural que puede condicionar y manipular la voluntad.

La oscuridad contractual no es, sin embargo, un fenómeno reciente. Desde los primeros contratos celebrados por el ser humano, ha estado presente bajo distintas formas, adaptándose a las condiciones históricas, sociales y tecnológicas de cada época. Por ello, el estudio propone una revisión histórica que permita comprender cómo el Derecho contractual ha enfrentado esta problemática a lo largo del tiempo y cómo se ha adaptado frente a los grandes cambios paradigmáticos. En este contexto, se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Constituye la algoritmización contractual un nuevo paradigma en la evolución del Derecho de contratos y en la configuración de la oscuridad contractual, al igual que lo fue la industrialización en el siglo XX?

Algunos autores sostienen que actualmente nos encontramos en una cuarta revolución industrial<sup>7</sup>, caracterizada por avances tecnológicos como la inteligencia artificial, el aprendizaje automático, el *big data* y la robotización de procesos (SCHWAB, 2017). Estas transformaciones están alterando profundamente las formas de vinculación jurídica, lo que plantea importantes desafíos al Derecho y una nueva forma de comprender las relaciones jurídicas convencionales. En particular, fenómenos como los *Dark patterns* –que analizaremos más adelante– ejemplifican

---

<sup>7</sup> Klaus Schwab, fundador del foro de economía global, publicó un libro titulado justamente la cuarta revolución industrial en el que explica los alcances que puede tener la tecnología para la sociedad y para las personas.

cómo las nuevas tecnologías inciden en la experiencia contractual. Estos patrones oscuros o prácticas engañosas de diseño digital pueden distorsionar la percepción del usuario e inducirlo a tomar decisiones que no reflejan su voluntad real. Sus efectos pueden configurar instituciones jurídicas reconocidas y estudiadas por la tradición contractual, como el error, el dolo, la lesión o la nulidad por causa ilícita, pero también, pueden exceder sus alcances.

El objetivo de este trabajo es proponer un examen histórico-crítico de la evolución de la oscuridad contractual frente a los grandes cambios tecnológicos y sociales, centrado en el impacto de la industrialización. A lo largo de este estudio se buscará demostrar cómo cada revolución técnica ha desafiado las bases del Derecho de contratos, obligándolo a reinventarse para proteger el equilibrio entre libertad y justicia contractual.

Aunque existen antecedentes doctrinales incluso desde el Digesto, este estudio comenzará su recorrido en la era de la industrialización, por cuanto ella representó un quiebre sustantivo en la manera de entender las relaciones jurídicas entre privados. La irrupción de la producción en masa, el desarrollo del capitalismo industrial y la consagración de los contratos de adhesión exigieron respuestas jurídicas innovadoras, muchas de las cuales siguen vigentes hasta hoy.

La investigación se estructura en tres capítulos. En el primer capítulo, se abordará el fenómeno de la oscuridad contractual y su dificultad de conceptualización, desafío que abordaremos sólo parcialmente en este trabajo. El segundo capítulo centrará el enfoque histórico de esta investigación, puesto que su foco estará en el análisis del impacto que la industrialización tuvo sobre el Derecho contractual, abarcando desde el siglo XVIII hasta fines del siglo XX, para entender cómo este proceso generó un nuevo paradigma contractual, especialmente a través del surgimiento del Derecho del consumo, las cláusulas abusivas y las regulaciones protectoras del contratante más débil. Finalmente, en el tercer capítulo, se analizará el surgimiento de la contratación algorítmica en el siglo XXI, explorando cómo la tecnología ha transformado la configuración de la oscuridad contractual en la actualidad y sus implicancias hacia el futuro.

En definitiva, si bien los *Dark patterns* representan hoy un gran desafío para el Derecho contractual, no constituyen un fenómeno enteramente

nuevo. Como ocurrió en otros momentos de transformación histórica, corresponderá a esta generación comprender y regular esta nueva forma de oscuridad. La historia contractual es cíclica, y una vez más nos enfrentamos a un proceso de cambio profundo que alcanza todos los aspectos de la vida humana. Esta vez, el reto se presenta en la forma de interfaces digitales diseñadas para captar, influir e incluso condicionar el comportamiento humano.

En este escenario, donde los contratos siguen siendo una pieza clave para la autodeterminación individual y la satisfacción de necesidades, promover entornos seguros y transparentes de contratación se presenta como un desafío ineludible para el jurista contemporáneo. La defensa de la autonomía privada no puede desligarse de un análisis crítico de las condiciones tecnológicas que la rodean, especialmente cuando estas introducen opacidad, manipulación o abuso en las relaciones contractuales.

## II. Aproximación a la oscuridad contractual

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) define a la oscuridad como: *“1.- Que carece de luz o claridad. 2.- Dicho de un color o de un tono: Que se acerca al negro, o que se contrapone a otro más claro de su misma clase. 2.- De color oscuro. 3.- Confuso, poco inteligible. 4.- Incierto, de modo que infunde temor, inseguridad o desconfianza. 5.- Desconocido, mal conocido o misterioso. 6.- Carente de relevancia o de notoriedad. 7.- Triste, sombrío, que produce pesadumbre”* (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2025).

En materia contractual, de acuerdo con las acepciones propuestas por la RAE, la oscuridad podría significar falta de información, incertidumbre, desconfianza, confusión o desconocimiento. En ese sentido, podría estar relacionada con ambigüedad, poca claridad, falta de transparencia, opacidad terminológica, omisión conceptual, publicidad engañosa, influencia indebida, coacción, prácticas agresivas o abuso de una posición dominante, entre otras posibilidades.

Desde esa perspectiva, la oscuridad puede ser caracterizada como un fenómeno lingüístico o comunicacional, que afecta las expectativas, generando incertidumbre en sus consecuencias contractuales y de carácter multidimensional, ya que sus orígenes pueden ser intrínsecos a la voluntad o extrínsecos propios del

vínculo y puede estar relacionado con diversas instituciones jurídicas que pueden afectar la libertad de los contratantes.

Por eso, para proponer un concepto integral del fenómeno, hay que superar un problema estructural que lo afecta y que, al ser una situación jurídica multidimensional e ininteligible, podría tener una polisemia que afecte la sistematicidad de una definición. Ya mencionábamos que, para los efectos de este trabajo, la oscuridad contractual puede ser entendida como una situación que puede envolver a un acuerdo en la incertidumbre respecto de la comunicación de las verdaderas intenciones contractuales.

En ese orden de ideas, la propuesta conceptual que se ha presentado intenta ser lo más integradora y explicativa posible, de modo que se ha evitado resumir el concepto en pocas palabras para poder abarcarlo de la forma más completa posible. Cabe mencionar que no es la intención de este trabajo detenerse en exceso en el planteamiento de un concepto integral de oscuridad, pues, excede el objeto de estudio e implica enfrentar una dificultad conceptual que daría lugar a una investigación mucho más extensa.

En ese sentido, a través de este estudio pretendemos entenderla en su desarrollo histórico para poder avanzar en el conocimiento de los fenómenos que se manifiestan por o a través de la oscuridad contractual, hasta nuestros días, a través de la figura de los *Dark patterns*, como se analizará en el tercer apartado.

Desde esa perspectiva, históricamente la oscuridad ha sido centro de atención para la doctrina contractual, sin que se haya construido hasta ahora una teoría sistemática que la explique ni una categorización que permita estudiar integralmente sus formas y consecuencias. Por eso comenzaremos su estudio evolutivo desde un primer supuesto: La oscuridad contractual aún no está definida ni armonizada porque abarca varias posibles situaciones que pueden afectar a la voluntad o al resultado de un contrato.

### **III. Estudio histórico de la oscuridad contractual: Manifestaciones previas a la revolución industrial**

Los grandes cambios que ha transitado la humanidad en su desarrollo y evolución han impactado en las formas de relacionarse y en sus consecuencias

jurídicas. Dentro de las formas de relacionarse jurídicamente, los contratos han sido los mecanismos jurídicos de intercambio más antiguos (LÓPEZ SANTA MARÍA: 2017, pp. 3-11)<sup>8</sup> y se han convertido en la piedra angular, no solo del Derecho Civil, sino que del ordenamiento jurídico (DÍEZ-PICAZO, 2007: p. 137).

Así, la revolución industrial trajo como consecuencia un nuevo paradigma para formas de contratación eminentemente agrícola propias de mercados artesanales, pasando a conformar economías industrializadas en las que los individuos se vinculaban a través de acuerdos cada vez más complejos y masivos

En ese sentido, la tradición contractual moderna que estuvo sustentada en el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual que permitía a los individuos vincularse libremente y en igualdad de condiciones (DÍEZ-PICAZO, 2007: p.137)<sup>9</sup> dio paso a un mercado en el cual los consumidores concurrían masivamente a contratar con un proveedor que dominaba la información de la oferta y debía comunicársela a los consumidores que se encontraban en una situación de subordinación informativa.

Para explicar este punto de inflexión histórica, es conveniente ir un poco más atrás en el tiempo, es decir, a los orígenes de la tradición contractual moderna y al advenimiento de la aparente consagración codificada del principio de la autonomía

---

<sup>8</sup> Véase página 1. DÍEZ-PICAZO explica que el término *contractus* proviene del Derecho Romano clásico, quienes entendían que existía un contrato cuando se contraía una obligación, ya sea de forma ritual o solemne o por realizar cierto comportamiento (2007: p. 134-135). En esta investigación no profundizaremos en la tradición romana en materia contractual, por entender que, para efectos del estudio de la oscuridad contractual, el punto histórico de inflexión en esta materia se encuentra en particular entre los siglos XVIII y XIX. Según DÍEZ-PICAZO, la formación moderna del concepto moderno de contrato surge de la época medieval y sustentada en corrientes de pensamiento tales como la doctrina del Derecho Canónico, la del voluntarismo de la escolástica tardía y a las ideas de la escuela del Derecho natural racionalista y del pensamiento de la ilustración (p. 135-136).

<sup>9</sup> SOMARRIVA enumera las manifestaciones de este principio como sigue: 1.- Los individuos son libres para contratar o no según su deseo o parecer; 2.- Las partes son libres de discutir las condiciones del contrato que celebran; 3.- Las partes tiene libertad para expresar su voluntad como mejor les plazca; 4.- El contrato celebrado es una ley para las partes; 5.- Existiendo una cláusula oscura, su interpretación será volitiva y no literal (2010: p. 85 - 86) (he resumido su enumeración, para no extender esta explicación en demasía); agrega AVELINO LEÓN que la autonomía de la voluntad faculta también a las partes para extinguir de común acuerdo un contrato ya celebrado (1990: p. 57).

de la voluntad y de la libertad contractual<sup>10</sup>, es decir, al momento en que surge el Código Civil napoleónico<sup>11</sup>.

Esta codificación decimonónica fue una expresión de la tradición contractual moderna, de tal suerte que encontró sus fundamentos en criterios tales como la libertad de mercado, la libertad individual de las personas y la igualdad de los contratantes<sup>12</sup>. En ese sentido, citando a ADAM SMITH, LUIS DíEZ PICAZO arguye que las ideas de que las leyes de mercado y el egoísmo individual en búsqueda del interés propio eran los motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones (2007, p. 137). En esa línea de pensamiento, MORALES MORENO sostiene que la voluntad plasmada en la codificación es aquella que surge de una construcción racionalista. En otras palabras, “el hombre limita su libertad, vinculándose, a través de su propia voluntad” (2017, p. 47)<sup>13</sup>.

En palabras simples, la tradición liberal que sustentó los ideales ilustrados de la teoría contractual moderna estuvo caracterizados por la libertad y por la igualdad de las partes en sus condiciones y en el control de la información contractual. Aquella corriente filosófica sirvió como fuente de inspiración para los intelectuales que desarrollaron el *Code Civil*. En ese contexto, cuando se presentaba una situación de oscuridad en las convenciones, aquella podía ser solucionada cooperativamente entre los individuos<sup>14</sup>, y en caso de que aquello no ocurriera, dos

---

<sup>10</sup> AVELINO LEÓN explica que la autonomía de la voluntad manifestada en la forma de la libertad jurídica alcanzó su mayor apogeo con la revolución francesa (1990: p. 56), lo cual pudo haber sido un punto de inflexión en la forma de concebir a los contratos para los ideólogos del Código Napoleónico.

<sup>11</sup> Se ha elegido este trascendental momento jurídico de la historia como punto de partida de este análisis histórico-crítico de la oscuridad porque esta primera codificación coincidió temporalmente con la industrialización, ya que la Francia del siglo XIX estaba experimentando los efectos de la revolución industrial y de la modernización de las relaciones contractuales a través de la masificación de la cotidianidad e instantaneidad de los contratos que anteriormente eran rudimentarios.

<sup>12</sup> TORRES URZÚA plantea que “la igualdad entre los contratantes implica la capacidad de los individuos para tutelar de manera autónoma y simétrica sus intereses durante la negociación y ejecución del contrato” (2024: p. 65-66). Agrega el autor que los intereses adversariales que las partes incorporan al contrato en el proceso de negociación pretenden que el acuerdo distribuya los riesgos de la mejor forma que les sea posible.

<sup>13</sup> TORRES URZÚA explica que la libertad supone individuos como agentes aptos para tomar decisiones independientes, de modo que pueden optar por emprender sus propios proyectos o abstenerse de ellos (2024: p. 65), agregando que se trataría de una noción individualista que excluye al Estado de la toma de decisiones particulares. En ese sentido, otros autores que desarrollan ideas similares son LÓPEZ SANTA MARÍA y ELORRIAGA DE BONIS (2017: p. 254), DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2016: p. 35-36) y VIAL DEL RÍO (2003: 56) en Chile, DíEZ-PICAZO (2007: p. 109) en España, CARBONNIER (1971: p. 147) en Francia y ZIMMERMANN (2008: 185) en Alemania.

<sup>14</sup> ELORRIAGA DE BONIS y LÓPEZ SANTA MARÍA plantean que el contrato es un medio de cooperación entre individuos para el intercambio de bienes y servicios (2017: p. 11). En el mismo sentido, DEMOGUE, fundador del solidarismo contractual (1931), CARRASCO PERERA (2017: p. 59), LARROUMET (1990: p.

posibles situaciones podían verificarse: Una maquinación fraudulenta o un vacío contractual que hubiere que llenar a través de la interpretación.

Esta concepción filosófica fue también inspiración para Andrés Bello en la consagración de las reglas y principios rectores de la contratación a mediados del siglo XIX. En efecto, su codificación estuvo inspirada en el Código de Napoleón y, para Bello, la contratación imbuida por el principio de la autonomía de la voluntad no fue ajena a la oscuridad. Es así como el legislador nacional ya la consideró como una posibilidad en el Código Civil chileno.

En esa línea de ideas, el Código de Bello no se refirió a la oscuridad contractual de forma expresa, pero sí la consideró implícitamente al consagrar instituciones tales como el principio de la buena fe como una regla rectora del comportamiento contractual<sup>15</sup> y el dolo como un vicio de la voluntad<sup>16</sup>, cuando ha

---

83) y SHAVEL, para quien los contratos mutuamente beneficiosos alcanzan la eficiencia de 'Paretto' (2004: p. 293 - 296). CARRASCO PERERA explica que la autonomía contractual es una regla de eficiencia económica para los sistemas de libertad de mercado, porque la optimización de los recursos y la satisfacción de las aspiraciones privadas quedan mejor servidas si sus protagonistas pueden decidir sobre la asignación de los recursos que disponen (2017: p. 71- 72).

<sup>15</sup> FUEYO LANERI indica que son sinónimos de buena fe la "rectitud y la honradez" y tienen por función conducir a la confianza y añade que lo opuesto es la mala fe, que significa doblez, alevosía, malicia o engaño (2010: p. 403), ideas reafirmadas por JOHOW quien entiende a la buena fe como una lealtad recíproca (2011: p. 41); desde ese punto de vista, para DE LA MAZA, no hay dudas de que la buena fe contractual impone obligaciones para las partes que negocian un contrato (2007: p. 587). LÓPEZ SANTA MARÍA, por su parte, diferencia entre dos clases de buena fe, la subjetiva y la objetiva (en ese sentido, véase también BARCIA {2024: p. 534} y BOETSCH {2011: p. 80 - 81} quien además distingue entre una dimensión ética y una psicológica en este principio {2011, p. 51 - 55}). LÓPEZ SANTA MARÍA define ambas vertientes del principio y señala que la primera de ellas consiste en "la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación regular" y que, para el autor, es una noción que disculpa el error (2017: p. 340). Pero es la buena fe objetiva la que centra su atención, esto en virtud del artículo 1546 del Código Civil chileno, y que adopta la forma de un estándar de comportamiento para los contratantes que se aprecia en abstracto, cuya conducta debe ser leal y correcta desde el inicio de las tratativas preliminares hasta la conclusión del negocio jurídico. Desde esa perspectiva, LÓPEZ analiza en extenso a los factores que componen la determinación de ese estándar, dentro de los cuales están la confianza, el modelo de un hombre razonable, los usos o espíritu del pueblo, e inclusive, la equidad, factores que deberán ser apreciados por el juez, de modo que esta regla no es estática, sino que sirve para interpretar los vínculos contractuales que contengan vacíos en sus disposiciones (2017: p. 343 -346).

<sup>16</sup> En ese sentido, el dolo se puede asimilar a la mala fe, que a su vez se contrapone a la buena fe, que es un principio rector de nuestro Derecho y que en materia contractual guía el comportamiento de los contratantes y la ejecución de lo pactado, tal como lo dispone el ya citado artículo 1546 del Código Civil. Desde ese punto de vista, la consagración de la buena fe contractual en la legislación pudo haber estado influida por la necesidad de regular la oscuridad en su forma dolosa y aclarar, a través de la interpretación contractual, los casos en que el carácter determinante del engaño no sea manifiesto. Dicho lo anterior, el artículo 1564, inciso tercero, podría contener una disposición que da luces de esta conexión, al prescribir que las cláusulas de un contrato se interpretarán también "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra".

sido determinante y obra de una de las partes<sup>17</sup>. Adicionalmente, resolvió la oscuridad acaecida por un posible vacío contractual<sup>18</sup> a través de las reglas de hermenéutica plasmadas entre los artículos 1560 a 1566<sup>19</sup>.

En cuanto al principio de buena fe, el artículo 1546 del Código Civil chileno establece el deber de rectitud de las partes en su comportamiento contractual. Sin embargo, pese a la relevancia que este principio tiene en la codificación de Bello, esta ley no contiene una definición de buena fe (aunque la menciona más de cuarenta veces) y no la incorpora expresamente como un principio. Ante el silencio

---

<sup>17</sup> El artículo 44 inciso final del Código Civil chileno define al dolo como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” y el artículo 1458 dispone que el dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y cuando aparece claramente que sin él no se hubiera contratado, sin definirlo. A falta de concepto legal de dolo como vicio, CLARO SOLAR lo define como “toda especie de maniobras probadas por la buena fe, que una persona emplea para hacer que otra incurra en un error que la determine a contratar (2013, p. 199), mientras que VIAL DEL RÍO lo define como una “maquinación fraudulenta destinada a que una persona preste su consentimiento para la celebración de un acto o contrato” (2003, p. 115); por su parte, PLANIOL Y RIPERT definieron al dolo como “todo engaño cometido en la celebración de los actos jurídicos” (1998, p. 56). Para los autores, una mentira es susceptible de configurar dolo, sin embargo, plantean que comúnmente el dolo se manifiesta a través del empleo de maniobras, artificios, astucias hábiles que comprenden actos combinados en vista del engaño, de modo de que cuando el motivo para contratar ha sido el dolo de la contraparte, esa acción conduce a la anulación (1998, pp. 56 y 57). En efecto, el dolo en el Código Civil de Bello está presente en situaciones tales como la responsabilidad contractual o extracontractual, los vicios de la voluntad o las causales de indignidad, sin embargo, en todas ellas adopta la misma fórmula de la intención dañosa. Desde esa perspectiva, autores tales como BARCIA (2024: p.160) quien señala que a pesar de que el dolo suele coincidir con la mala fe, hay casos en que ambos se distancian, como ocurre en materia posesoria), FUEYO LANERI (2004, pp. 430 – 431) o LEÓN HURTADO (1990, p. 203), plantean la denominada teoría unitaria del dolo que remite al citado artículo 44 inciso final. En ese sentido, POTHIER también identificó al dolo de manera unitaria haciéndolo antónimo de la buena fe (1761).

<sup>18</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA indica que la interpretación contractual se hace necesaria cuando surgen discrepancias entre las partes, por lo que de ella depende el alcance de la convención (2017, p. 364). Asimismo, el autor explica que la literatura se ha dividido en dos vertientes: Los que creen que siempre hay que interpretar (dentro de los que estaría Pothier) y los que creen que hay que interpretar sólo cuando las cláusulas del contrato sean oscuras (por ejemplo, BARROS ERRÁZURIZ. (1931, p. 73) Para LÓPEZ SANTA MARÍA, el problema radica en la dificultad de determinar cuándo un contrato es claro y cuando es oscuro (2017, pp. 373- 382).

<sup>19</sup> JOHOW sostiene que “ante la imposibilidad de conocer claramente la intención de las partes, los sistemas subjetivos clásicos de interpretación contractual recurren – porque no tienen otra alternativa – a la voluntad virtual, probable o presunta de los contratantes”, y añade que el lugar de la certeza en ese contexto es ocupado por el de la probabilidad (2011, p. 38). TRONCOSO LARRONDE y ÁLVAREZ CID explican que existen dos sistemas de interpretación: a) uno subjetivo en que se considera únicamente la voluntad real de los individuos, por lo cual indaga en la intención psicológica de las partes y b) otro objetivo que atiende a la voluntad declarada, prescindiendo de la voluntad real. Para TRONCOSO y ÁLVAREZ, no hay ningún sistema de interpretación que considere únicamente una de las dos vertientes, a pesar de que el sistema adoptado por Bello prefiere a la intención de los contratantes como mecanismo fundamental de interpretación (2010, pp. 54 -55).

del legislador en su consagración expresa, la doctrina ha llenado ese vacío<sup>20</sup>, abordando su aplicación y su contenido normativo (BOETSCH, 2011: p. 48).

Con respecto a la regulación del dolo, el Código Civil chileno lo contempló en diversas instituciones<sup>21</sup>; una de ellas es el dolo como vicio de la voluntad que acarrea la nulidad relativa del contrato cuando una de las partes ha sido engañada de forma determinante por la otra, según los artículos 1458 y 1682 inciso tercero.

Desde la perspectiva de la interpretación contractual, en el artículo 1560 se consagró el predominio de la intención de las partes en lugar de lo literal de las palabras<sup>22</sup>, lo cual para la doctrina pudo haber estado motivado por la aplicación preferente del principio de autonomía de la voluntad en las reglas de interpretación<sup>23</sup>, norma que se complementó con una serie de reglas<sup>24</sup> que tenían como función adaptar la búsqueda abstracta de la voluntad real a la realidad fáctica de los casos concretos<sup>25</sup>. Así en el artículo 1566<sup>26</sup> se consideró a una norma de cierre

---

<sup>20</sup> VÉASE DE LA MAZA (2007), FUEYO (2010) y JOHOW (2011). DÍEZ-PICAZO propone un análisis muy detallado sobre las normas que hacen alusión en el Derecho español a la buena fe. Resumidamente, la buena fe es considerada como a) la ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona tutelado por el Derecho, de modo que quien daña ese interés con la convicción de un comportamiento regular y permitido, tendrá un trato más benévolo; b) la buena fe significa confianza en una situación jurídica objetiva y, c) la buena fe significa también rectitud en los tratos que orienta el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (2007: p. 61).

<sup>21</sup> Véase citas al pie números 16 y 17.

<sup>22</sup> DÍEZ-PICAZO denomina a esta regla hermenéutica como un “principio de búsqueda de la voluntad real”, y que implicaría indagar en la voluntad histórica que sería la voluntad real, es decir, la que presidió la formación y celebración del contrato y que surge de una intención común y que no es la voluntad que las partes puedan tener en un momento posterior al de la suscripción del acuerdo (2007, p. 498). En ese sentido, también CARBONNIER (1963, p. 251).

<sup>23</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA explica que el artículo 1560 debe aplicarse cuando las disposiciones escritas cederán a la voluntad, sólo aparezca claramente diferente de las palabras redactadas en el acuerdo, el problema radica en que las cláusulas por lo general serán insuficientes y dudosas (2017, p. 370).

<sup>24</sup> Según lo planteado por DÍEZ-PICAZO, esas reglas se enmarcan al principio de conservación del contrato y al principio de buena fe (2007, p. 498-500).

<sup>25</sup> Concepción que tiene su antecedente en el Código Civil francés y en la influyente doctrina de ROBERT POTHIER (2007, p. 91) quien, a su vez, extrajo la idea del Digesto (COLOMA: 2016, p.17). BARRIENTOS explica que “si por alguna razón los contratantes discutían acerca de los derechos y obligaciones emanados del contrato, al fundarse en entendimientos diversos de sus cláusulas, debía: a) por regla: estarse a la letra de las cláusulas y, b) como limitación: apartarse de la regla si la letra de las cláusulas pugnaba con la conocida intención de las partes” (2016, p.580).

<sup>26</sup> Norma denominada por la doctrina como *interpretatio contra stipulatorem* (DÍEZ-PICAZO: 2007, p. 500) o como interpretación *contra preferentum* (RUBIO: 2024) o favor *debilis* (ISLER: 2019, p. 117-118).

supletoria para las cláusulas ambiguas las que, de existir, se interpretarán a favor del deudor o en contra de quien las redactó<sup>27</sup>.

La respuesta de Bello a la oscuridad contractual se inscribe en una tradición que, desde antes del Código Napoleónico, utilizó la buena fe, la sanción al engaño y las reglas de interpretación como herramientas que utilizó para pretender frenar la falta de claridad en los contratos. Estas soluciones se sustentaban al margen de una lógica de simetría entre las partes contratantes y fueron introducidas en la codificación decimonónica inspirada en el *Code Civil* napoleónico, útil, bajo el bajo el umbral de la igualdad de condiciones entre las partes contratantes.

Esta tradición se estructura sobre dos pilares: Sancionar la conducta desleal o engañosa de una de las partes mediante la nulidad de una de las partes que desestabilizó el equilibrio y; de forma hermenéutica contractual permitir al juez interpretar el contrato en contra del redactor o en virtud del deudor en caso de ambigüedad, apelando a criterios económicos o sociales. En este aspecto, la figura del “contratante más débil” no tenía cabida, pues esta misma presumía la igualdad de las partes, y cuyas sanciones recaían sobre quien no actuara con claridad o ética contractual.

#### **IV. Estudio histórico de la oscuridad contractual: La revolución industrial como momento de escisión del paradigma voluntarista**

La revolución industrial supuso un cambio de paradigma. Las sociedades de los siglos XVIII y XIX caracterizadas por economías agrícolas se convirtieron en grandes mercados con intercambios masivos de bienes y servicios y una creciente riqueza que favorecía el consumo. Esa nueva concepción económica hizo tambalear el modo de concebir a los contratantes particulares como sujetos completamente autónomos y en pie de igualdad. En otras palabras, aparecieron los grandes

---

<sup>27</sup> KARL LARENZ explica que su fundamento se encuentra en la protección de la confianza generada por el comportamiento de los demás que el ordenamiento debe asegurar (1958). KIMEL complementa señalando que el contrato descansa sobre esa confianza depositada por las partes, sustentada en una racionalidad básica y en la certeza de que ambas cumplirán la palabra empeñada (2018, pp. 130 - 131).

mercaderes y empresarios que podían controlarlos. Surgió entonces la figura del contratante más débil: el consumidor<sup>28</sup>.

Frente a esta nueva realidad, Saleilles fue pionero en identificar figuras contractuales que no requerían de voluntad en los términos propios de la teoría moderna de la contratación. Eran acuerdos en los que no participaba la voluntad libre de ambos individuos y en los que uno de ellos controlaba los términos del acuerdo para que la contraparte solo tuviera la opción de declarar su aceptación o rechazo (SALEILLES, 1929: pp. 129 -130)<sup>29</sup>.

Comenzaba a perfilarse de esa manera una pérdida de influencia del principio voluntarista decimonónico. Con ello se dio paso a nuevas formas de oscuridad contractual, cuyo origen ya no residía en la redacción o conducta de las partes, sino que es en la posición asimétrica entre los contratantes.

En este nuevo escenario contractual, las reglas de Bello iban a enfrentar un desafío jurídico inédito, ya que no podían hacer frente a la falta de simetría. El clásico Derecho contractual proveniente de la tradición napoleónica ya no era suficiente para resolver todos los conflictos contractuales que surgían en estas nuevas sociedades industrializadas y con mercados masificados.

Por otra parte, la literatura, principalmente británica<sup>30</sup>, fue fundamental en la aproximación doctrinaria a esta nueva configuración de las relaciones contractuales. En el Derecho Civil inglés resulta discutible afirmar la existencia de una teoría general de los contratos (SMITH, 2004; ATIYAH, 1979) tal y como se conoce en la tradición continental proveniente del *Code Civil* francés<sup>31</sup>, dado que no existe una codificación sistemática de los diferentes tipos de pactos<sup>32</sup>. Su forma de

---

<sup>28</sup> En Francia, a la época de entrada en vigor del *Code Civil*, la economía estaba transitando por este proceso de industrialización, al igual que ocurría en gran parte de Europa. Puede consultarse un muy interesante análisis del pensamiento económico de la Francia del siglo XVIII, periodo anterior a la codificación, en "Pensamiento económico francés del siglo XVIII: Aspectos analíticos" de JOSÉ FÉLIX CATAÑO MOLINA (1989).

<sup>29</sup> Tal como plantea POSNER que ese tipo de relaciones consisten en ofertas del tipo 'tómalo o déjalo', en las cuales el autor explica que se pierde toda posibilidad de negociación (2014, p. 124).

<sup>30</sup> GALGANO distingue entre las concepciones subjetivas del contrato provenientes del sistema francés y las concepciones objetivas que se separan del Código napoleónico (2000, pp. 112-113)

<sup>31</sup> ALBERTO PINO explica que, al no tener un tratamiento legislativo exhaustivo para los diferentes contratos, los acuerdos suelen redactarse para contemplar las posibles eventualidades que surjan con motivo del pacto, así que las partes intentan anticipar todas las posibles vicisitudes futuras (2014, pp. 235-236).

<sup>32</sup> En efecto, el *Common law* inglés distingue entre contratos generales y contratos especiales, según el tipo de normas que los rijan (PINO, 2014, p. 235)

entender a los contratos no descansa en la pura voluntad de los contratantes<sup>33</sup>, sino que en la contraprestación que las partes prometen dar como retribución económica por lo que recibirán, de modo que no puede haber contrato sin intercambio de prestaciones, esto es, para ellos se aplica la denominada “teoría de la *consideration*” (CARTWRIGHT, 2016)<sup>34</sup>.

En “*The rise and fall of the freedom of contract*”, ATIYAH (1979) examina la evolución de la sociedad inglesa desde fines del siglo XVIII, momento en que se gestaba la Revolución Industrial en Europa. Antes de la industrialización, las relaciones en Inglaterra se basaban en economías de escala pequeña y artesanales, sustentadas en la confianza o en simetría contractual entre grandes empresarios. Con la masificación de los mercados y el aumento del poder adquisitivo, la clase trabajadora accedió a bienes y servicios a menor costo, transformándose las relaciones contractuales, ahora también entre ciudadanos y empresarios. En este entorno, la confianza permanecía como elemento clave, pues los consumidores no tenían acceso íntegro ni oportuno a la información contractual y, en el Derecho anglosajón, no existe un principio explícito de buena fe contractual, a diferencia de la tradición del *Code Civil*.

Frente a dicha asimetría informativa, la oscuridad pudo convertirse en un medio para reducir los costos de transacción asociados a la obtención de información en contratos que debían celebrarse con rapidez y eficiencia<sup>35</sup>, pues si los consumidores confiaban en la calidad de los productos <sup>36</sup>, evitaban el costo de informarse<sup>37</sup> para los proveedores no trasladasen —en forma de precio— el costo

---

<sup>33</sup> DÍEZ-PICAZO explica que en el Derecho anglosajón prevalece la idea de garantía de un resultado a cargo del deudor por sobre la idea de deberes o de obligaciones con cierta dosis subjetiva, como ocurre en la tradición continental (2007: p. 138).

<sup>34</sup> Puede consultarse en detalle la forma de operar de la *consideration* en “*Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*” de JHON CARTWRIGHT (2016).

<sup>35</sup> POSNER (2014: p. 124) explica que los vendedores evitan los costos de transacción asociados a negociaciones individuales mediante contratos tipo (“*form contracts*”), los cuales se adaptan con el tiempo para proteger al consumidor como incentivo competitivo.

<sup>36</sup> POSNER (2002: p. 832 - 835) sostiene que la relación contractual es una inversión con un beneficio conjunto, y que la reducción de costos de producción y la expectativa de retorno justifican la formulación de cláusulas optimizadas; cuando los costos de transacción son altos, el contrato puede ser incompleto, depositando confianza en usos, costumbres o en la intervención judicial.

<sup>37</sup> SUSTAIN (2023: p. 4) afirma que los seres humanos carecen de racionalidad perfecta y se ven influenciados por sesgos y prejuicios; TORRES (2024: p. 83 - 84) añade que las capacidades de cálculo de los consumidores están seriamente restringidas, dificultando la identificación de riesgos; HANSON y KYSAR (1999: p. 645 - 662) y RADIN (2014: p. 26) coinciden en que, desde una perspectiva de

de un deber de información<sup>38</sup> más extenso<sup>39</sup>. Esta tolerancia a la oscuridad queda ejemplificada en el “*caveat emptor*”<sup>40</sup>, figura que, a diferencia de la obligación de saneamiento en el Código Civil chileno, no protegía al comprador: en la Inglaterra industrial del siglo XVIII, el comprador no podía exigir reparación por vicios del bien cuando tales vicios derivaban de su falta de precaución, salvo que el vendedor garantizara expresamente la calidad del producto.

En consecuencia, en las primeras décadas de la industrialización inglesa prevalecieron la autonomía de la voluntad y las reglas inspiradas en ella, pese a la posición asimétrica de los consumidores y la falta de protección especial en los nuevos mercados masivos. No obstante, durante el siglo XX se desarrolló una tutela progresiva: primero mediante la función judicial<sup>41</sup>, que facultó a los jueces para intervenir en contratos en defensa de intereses socialmente relevantes, y luego a través de precedentes y estatutos regulatorios<sup>42</sup>, que delinearon una protección específica para la relación de consumo.

## V. Oscuridad digital: Los *Dark patterns*

En 2010, HARRY BRIGNULL identificó los “*Dark patterns*” en la contratación online, definiéndolos como “*tácticas engañosas usadas en sitios web y aplicaciones,*

---

eficiencia económica, es más rentable mantener la confianza que informar a un consumidor que no procesaría la información.

<sup>38</sup> POSNER (2002, p. 837) señala que los costos de un acuerdo aumentan al prolongarse la negociación y existir barreras informativas; COOTER y ULEN (2016, pp. 351 - 369) afirman que en negociaciones con información insuficiente el costo de transacción se incrementa, pues los contratantes carecen de visión de su interés; SHAVELL (2004, pp. 292 - 293, 299 - 300) distingue entre contratos completos e incompletos según la anticipación de contingencias, y estima que pocos contratos llegan a litigio.

<sup>39</sup> SHAVELL (2004, p. 296) explica que, en mercados bien organizados, no siempre se requiere un contrato anticipado para proveer bienes o servicios; POSNER (2014, pp. 95 - 98) agrega que, cuando el intercambio no es simultáneo, surge el oportunismo y la contingencia incierta con mayor fuerza.

<sup>40</sup> “*Caveat emptor*” (siglos XII-XIX) (“que el comprador se cuide”): al no haber fraude ni cláusula expresamente incorporada, el proveedor quedaba exento de responsabilidad por defectos si el comprador no ejercía la debida diligencia (LAWRENSON: 1991; LEVINESS: 1943, pp. 182 - 185; MANDERSCHIED: 2008).

<sup>41</sup> MATO PACÍN (2018, p.13 - 14) distingue entre “implied terms at common law” (cláusulas implícitas introducidas por el juez en contratos de un tipo específico), “implied terms by statute” (cláusulas supralegislativas que van más allá de lo pactado expresamente), e “implied terms in fact” (cláusulas que el tribunal incluye al considerar la intención real de las partes necesaria para completar el contrato).

<sup>42</sup> WOOD (2017, pp. 635 - 637) enumera estatutos protectores en Inglaterra: *Public Health Act* (1902); *Hawkers and Pedlars Act* (1849); *Pawnbrokers Act* (1857); *Landlords and Tenants Act* (1899); *Book Purchasers Protection Act* (1899); *Second-hand Dealers and Collectors Act* (1906); *Money-lenders Act* (1912); *Auctioneers and Agents Act* (1941); entre otros, que tardaron más de un siglo en emerger frente al fenómeno de mercados masivos.

*destinadas a manipular a los usuarios para que declaren una intención no querida, como puede ser comprar o suscribirse a un servicio”* (2010). Autores posteriores como CORNELIUS (2019), MAIER y HARR (2020), HUNG (2021), LEISER (2022), BRENNCKE (2023), KOLLMER y ECKHARDT (2023) y DUROVIC (2024) han continuado el trabajo de Brignull, caracterizando y clasificando distintos tipos de patrones oscuros.

La literatura también conecta los *Dark patterns* con el concepto de “*nudge*” (empujón) propuesto por THALER y SUSTAIN, según el cual la estructura y forma de presentación de las opciones influye sutilmente en la decisión del consumidor sin coacción directa (2008)<sup>43</sup>. En este sentido, el diseño de interfaces algorítmicas tiende a influir en la voluntad del usuario, alterando su comportamiento en contra de sus intereses<sup>44</sup>. BRENNCKE (2023) incluso sostiene que no existe un único concepto de *Dark patterns* porque aún no han sido comprendidos en su totalidad.

Junto con la definición, caracterización y clasificación de patrones oscuros, la literatura se ha ocupado de identificar diversos tipos de *Dark patterns*<sup>45</sup>, llegando a proponer la existencia de miles de formas diversas de funcionamiento<sup>46</sup>, fenómeno que ha evolucionado de tal forma que estas interfaces actúan formando redes de patrones coordinados que involucran más de una estrategia coordinada de manipulación que busca intervenir de forma integral en la construcción racional de la voluntad de los usuarios.

---

<sup>43</sup> MILLS ET. AL. (2023) vinculan “*nudge*” con “*sludge*” (lodo), que dificulta a los usuarios concluir acciones deseadas.

<sup>44</sup> SINDERS (2021, p. 3) adapta a normas de diseño digital la propuesta de Norman (1988), estableciendo seis principios: visibilidad de funciones; retroalimentación de una acción; restricciones a posibilidades de selección; rastreo de efectos; coherencia del diseño; e intuitividad.

<sup>45</sup> Los más comúnmente señalados por la doctrina son: a) Patrones de urgencia o escasez: Buscan generar una decisión apresurada a través de mensajes de falta de stock o de tiempo limitado para una oferta; b) Notificaciones de actividad: Informan sobre contratos similares que acaban de perfeccionarse sobre bienes o servicios similares o iguales al que se encuentra visualizando un usuario en un momento determinado; c) Reach motel: Esconden la posibilidad de cancelar un servicio ya solicitado al incorporar una serie de etapas o requisitos para ponerle término<sup>45</sup>; d) Obstáculos en la comparación de precios: Impiden retroceder u ocultan alternativas de bienes o servicios visualizados previamente; e) Precios por goteo: Aparecen de improviso en el precio final a pagar incrementándolo sin haber sido informados previamente; f) Colarse en el carrito de compras: Muy similar al precio por goteo, con la diferencia de que se agrega directamente al carrito de compras un bien o servicio no solicitado ni querido, entre otros.

<sup>46</sup> SIN (ET. AL.) ponen su acento en la excesiva proliferación de patrones oscuros, explicando que hay más de 2000 existentes, por lo que se hace imposible conocerlos todos (2022).

En ese sentido, tal como plantea BRENNCKE (2023), el desafío no solo está representado por el desconocimiento que existe del fenómeno, sino que también por su permanente evolución y su funcionamiento sutil y muchas veces subliminal<sup>47</sup>.

Por ende, los *Dark patterns* representan una forma contemporánea de oscuridad contractual que surge de entornos virtuales y algorítmicos, capaces de interferir en los intereses, emociones o gustos de los usuarios, e impactar directamente en la elaboración racional de su voluntad. El paradigma tradicional de oscuridad en los contratos, centrado en la ambigüedad de cláusulas y la falta de transparencia textual, ha quedado superado por tecnologías que evolucionan acelerada e imprevisiblemente, demandando nuevas respuestas jurídicas para proteger la autonomía privada y la igualdad entre contratantes.

## VI. Conclusiones

Como se estudió en este trabajo, la oscuridad contractual es un fenómeno antiguo, multidimensional y estructural, que tuvo presencia, sobre todo, en relaciones artesanales de pequeña escala. Así, el paradigma jurídico de Bello no estuvo preparado para enfrentar las nuevas formas de oscuridad que surgirían con posterioridad.

En ese sentido, la tradición contractual moderna, inspirada en los principios liberales de la autonomía de la voluntad y libertad contractual se construyó sobre la premisa de igualdad entre las partes contratantes. Sin embargo, con la evolución del mercado, se evidencia que era el proveedor quien dominaba la información de la oferta dejando al consumidor en una situación de subordinación informativa.

Frente a este desequilibrio, y al presentarse situaciones de oscuridad contractual, nuestro ordenamiento jurídico, con Bello, incorporó mecanismos correctivos como la buena fe, la sanción al engaño, y las reglas de interpretación contractual. Estas herramientas que fueron concebidas bajo un contexto de simetría entre las partes no reconocieron explícitamente la figura del contratante débil, pero sí, al menos, permitieron al sistema responder ante la oscuridad en los contratos.

---

<sup>47</sup> CORNELIUS plantea el concepto de “contrato zombie” (2019) para explicar el funcionamiento de las plataformas contractuales que contienen términos y condiciones ocultos que son aceptados por los usuarios sin el debido cuidado previo de, al menos, haberlos leído.

De este modo, con la revolución industrial, las sociedades dejaron de ser economías agrícolas y se convirtieron en grandes mercados, apareciendo con ello, la figura del contratante más débil: el consumidor. Así, se pierde la influencia del principio voluntarista económico, dando paso a nuevas formas de oscuridad contractual, donde ya no es relevante la redacción o conducta de las partes, sino su posición asimétrica, y con ello, las reglas de Bello se enfrentaron a un nuevo desafío jurídico.

Tal como plantearon diversos autores estudiados, las transformaciones contractuales crearon nuevas relaciones que se alejaban de los ideales clásicos. En ese contexto, la oscuridad contractual ya no era solo consecuencia de redacciones ambiguas o engañosas, sino de una desigualdad estructural entre las partes.

Por otro lado, el Derecho inglés, aunque carente de una teoría general, permitió abordar progresivamente esta nueva realidad mediante mecanismos de tutela más bien prácticos, primero mediante la función judicial y luego, a través de precedentes y estatutos regulatorios.

Como se ha mencionado insistentemente, a pesar de que la oscuridad contractual sea un fenómeno antiguo y con reiterada presencia en la evolución contractual, la doctrina no ha logrado aún delimitarla con precisión ni construir una teoría sistemática que permita comprenderla de forma integral. Esta falta de sistematicidad resulta especialmente preocupante si se considera que, bajo la categoría de oscuridad contractual, se inscriben hoy nuevas manifestaciones como los *Dark patterns*, cuyas particularidades tecnológicas plantean desafíos inéditos para la teoría general del contrato.

En efecto, si no hemos podido comprender plenamente la oscuridad contractual en su dimensión tradicional, difícilmente estaremos preparados para enfrentar sus versiones más sofisticadas y técnicas en la contratación algorítmica. Esto obliga a desplazar el foco desde el análisis exclusivo de los vicios de la voluntad hacia una reflexión más profunda sobre los entornos digitales, sus diseños persuasivos y las asimetrías que generan. De este modo, como ha ocurrido a lo largo de la historia del Derecho, será necesario que las instituciones jurídicas evolucionen, se reinterpreten y se armonicen para ofrecer una respuesta eficaz ante las nuevas

formas de opacidad que amenazan la autonomía y la libertad contractual de los individuos.

## VII. Bibliografía

- ATIYAH, P. S. (1979). *The rise and fall of the freedom of contract*. Oxford University Press.
- BARCIA, R. (2024). *Actos jurídicos, negocio jurídico y teoría general del contrato*. Editorial Tirant lo Blanch.
- BARRIENTOS GRANDÓN, J. (2016). *Código Civil. Su jurisprudencia e historia* (Tomo II). Editorial Thomson Reuters.
- BARROS ERRÁZURIZ, A. (1931). *Curso de Derecho Civil* (Tomo I). Editorial Nascimento.
- BOETSCH GILLET, C. (2011). *La buena fe contractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- BRENNCKE, M. (2024). A theory of exploitation for consumer law: Online choice architectures, dark patterns, and autonomy violations. *Journal of Consumer Policy*, 47, artículo 95. Accesible en <https://doi.org/10.1007/s10603-023-09554-7>
- BRIGNULL, H. (2010). *Dark patterns*. Accesible en: <https://deceptive.design>.
- CARBONNIER, J. (1963). *Théorie des obligations*. Presses Universitaires de France.
- CARBONNIER, J. (1971). *Derecho Civil. Tomo II, Volumen 2: El Derecho de las obligaciones y la situación contractual*. Editorial Bosch.
- CARRASCO PERERA, Á. (2017). *Derecho de contratos* (2.<sup>a</sup> ed.). Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- CARTWRIGHT, J. (2016). *Contract law. An introduction to the English law of contract for the civil lawyer* (2.<sup>a</sup> ed.). Hart Publishing.
- CATAÑO MOLINA, J. F. (1989). Pensamiento económico francés del siglo XVIII: Aspectos analíticos. *Lecturas de Economía*, (30).
- CLARO SOLAR, L. (2013). *Explicaciones de derecho civil y comparado* (Tomo II). Editorial Jurídica de Chile.
- COLOMA CORREA, R. (2016). Interpretación de contratos: Entre literalidad e intención. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (26).

- COOTER, R., & ULEN, T. (2016). *Law and economics* (6.<sup>a</sup> ed.). Fondo de Cultura Económica.
- CORNELIUS, K. B. (2019). Zombie contracts, dark patterns of design, and “documentisation”. *Internet Policy Review*, 8(2).
- DE LA MAZA GAZMURI, Í. (2007). Justicia contractual, contratos de adhesión electrónicos y buena fe. En H. Corral Talciani & M. S. Rodríguez Pinto (Coords.), *Estudios de Derecho Civil II*. Editorial Lexis Nexis.
- DEMOGUE, R. (1931). *Traité des obligations en général*. A. Rousseau & Cie.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Volumen I. Introducción a la teoría del contrato*. Editorial Thompson Civitas.
- DOMAT, J. (1980). *The civil law in its natural order* (Vol. 2, F. B. Rothman, Ed.). Littleton.
- DUROVIC, M. (2024). How to protect consumers in the digital era: An example of the online choice architecture. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – International Edition*, 2024 (1), pp.1–22.
- FUEYO LANERI, F. (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (3.<sup>a</sup> ed., actualiz. G. Figueroa Yáñez). Editorial Jurídica de Chile.
- FUEYO LANERI, F. (2010). La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago. En R. Tavolari Olivares (Dir.), *Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Acto jurídico*. Editorial Jurídica de Chile.
- GALGANO, F., FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., & VERDERA SERVER, R. (2000). *Atlas de derecho privado comparado*. Fundación Cultural del Notariado.
- HANSON, J., & KYSAR, D. A. (1999). Taking behavioralism seriously: The problem of market manipulation. *New York University Law Review*, 74.
- HUNG, A. (2021). Keeping consumers in the dark: Addressing “nagging” concerns and injury. *Columbia Law Review*, 121(8), pp. 2483–2520.
- ISLER SOTO, C. A. (2019). ¿Qué papel juega la *consideration* en la teoría del contrato de Thomas Hobbes? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52(156).
- JOHOW SANTORO, C. (2011). La interpretación del contrato y la buena fe. En H. Corral et al. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil* (Tomo III). Editorial Abeledo Perrot Thomson Reuters.

- KIMEL, D. (2018). *De la promesa al contrato. Hacia una teoría liberal del contrato* (M. Parga, Trad.). Editorial Marcial Pons.
- KOLLMER, T., & ECKHARDT, A. (2023). Dark patterns: Conceptualization and future research directions. *Business & Information Systems Engineering*, 65(2), pp. 201–208.
- LARENZ, K. (1958). *Derecho de obligaciones* (Vol. 1, J. Santos Briz, Trad.). Revista de Derecho Privado.
- LARROUMET, C. (1990). *Teoría general del contrato*. Editorial Themis.
- LAWRENSEN, L. A. (1991). The sale of goods by description. ¿A return to *caveat emptor*? *The Modern Law Review*, 54(1).
- LEISER, M. (2022). Illuminating manipulative design: From “dark patterns” to information asymmetry and the repression of free choice under the unfair commercial practices directive. *Loyola Consumer Law Review*, 34.
- LEÓN HURTADO, A. (1990). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile.
- LEVINESS, C. T. (1943). *Caveat emptor versus caveat venditor*. *Maryland Law Review*, 7.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, J., & ELORRIAGA DE BONIS, F. (2017). *Los contratos. Parte general* (6.<sup>a</sup> ed.). Editorial Thomson Reuters.
- MAIER, M., & HARR, R. (2020). Dark design patterns: An end-user perspective. *Human Technology*, 16(2), pp.170–199.
- MANDERSCHIED, D. J. (2008). *Caveat emptor: Buyer beware*. *LawNow*, 32(4).
- MATO PACÍN, M. N. (2018). El papel de la buena fe en el derecho contractual inglés. *Revista para el Análisis del Derecho*.
- MILLS, S., WHITTLE, R., AHMED, R., WALSH, T., & WESSEL, M. (2023). Dark patterns and sludge audits: An integrated approach. *Behavioural Public Policy*. Cambridge University Press.
- MORALES MORENO, A. M. (2017). *Claves de la modernidad del derecho de los contratos*. Grupo Editorial Ibáñez.
- PINO EMHART, A. (2014). Una aproximación continental al derecho inglés de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (22).

- PLANIOL, M., & RIPERT, G. (1998). *Tratado elemental de derecho civil* (J. M. Cajica Jr., Trad.). Cárdenas Editor Distribuidor.
- POSNER, R. (2002). Economic analysis of contract law after three decades: Success or failure? *The Yale Law Journal*, 112.
- POSNER, R. (2014). *Economic analysis of law* (9.<sup>a</sup> ed.). Wolters Kluwer Law & Business.
- POTHIER, R. J. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Editorial Heliasta.
- RADIN, M. J. (2014). *Boilerplate: The fine print, vanishing right and the rule of law*. Princeton University Press.
- Real Academia Española (2025). *Oscuro*. Diccionario de la lengua española. Accesible en: <https://dle.rae.es/oscur>
- RIPERT, G. (1934). *L'ordre économique et la liberté contractuelle*. Mélanges Gény.
- RUBIO, F. (2024). *La regla de interpretación contractual contra proferentem en el Código Civil chileno: Historia, dogmática y derecho comparado*. Editorial Tirant lo Blanch.
- SALEILLES, R. (1929). *Déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*. París.
- SCHWAB, K. (2017). *The fourth industrial revolution*. Penguin Books Limited.
- SHAVELL, S. (2004). *Foundations of economic analysis of law*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- SIN, R., HARRIS, T., & NILSSON, S. (2022). Dark patterns in online shopping: ¿Do they work and can nudges help mitigate impulse buying? *Behavioural Public Policy*. Cambridge University Press.
- SINDERS, C. (2021). Designing against dark patterns. *Columbia Law Review*, 121(8).
- SMITH, S. A. (2004). *Contract theory*. Oxford University Press.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (2010). Algunas consideraciones sobre el principio de la autonomía de la voluntad. En R. Tavolari Olivares (Dir.), *Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Acto jurídico*. Editorial Jurídica de Chile.
- SUSTEIN, C. (2023). *Advanced introduction to behavioral law and economics*. Edward Elgar Publishing.
- THALER, R., & SUSTEIN, C. (2008). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press.

TORRES URZÚA, R. (2024). *El error en el precio: Aspectos de derecho civil y de consumo*.  
Editorial Thomson Reuters.

TRONCOSO LARRONDE, H., & ÁLVAREZ CID, C. (2010). *Contratos* (3.<sup>a</sup> ed.). Legal Publishing.

VIAL DEL RÍO, V. (2003). *Teoría general del acto jurídico*. Editorial Jurídica de Chile.

WOOD, J. T. D. (2017). Consumer protection: A case of successful regulation. En P.  
Drahos (Ed.), *Regulatory theory: Foundations and applications*. Anu Press.

ZIMMERMANN, R. (2008). *El nuevo Derecho alemán de obligaciones: Un análisis desde  
la historia y el Derecho comparado* (E. Arroyo i Amayuelas, Trad.). Editorial  
Bosch.



**Todas nuestras actividades en:**  
**[www.derecho.uba.ar/institucional/centro-estudios-integracion-regional-y-ddhh/](http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-estudios-integracion-regional-y-ddhh/)**