

Título: Estudio sobre el consentimiento en el derecho civil: múltiples caras, una sola institución

Autor: Basset, Úrsula C.

Publicado en: LA LEY 01/07/2021, 1

Cita: TR LALEY AR/DOC/1892/2021

Sumario: I. Introducción.— II. Qué es consentir.— III. La naturaleza jurídica del acto de consentir.— IV. El catálogo de consentimientos en el Código Civil y Comercial.— V. Fuera de catálogo, el difícil caso del consentimiento para las TRHA.— VI. El consentimiento y sus elementos comunes.— VII. Los criterios de especificación del consentimiento.— VIII. El consentimiento como acto jurídico complejo.— IX. La actuación de la causa-fin como factor unificante de un negocio jurídico complejo.— X. Volviendo sobre los pasos: la idea de resignación o aquiescencia y la idea de alteridad.

(\*)

## I. Introducción (\*\*)

No hemos encontrado estudios complexivos sobre el consentimiento y su naturaleza jurídica (1). El consentimiento usualmente es objeto de un análisis seccionado y parcial según la función que cumple en relación con diversos institutos del derecho civil: el consentimiento informado, el consentimiento médico, el consentimiento como parte de la formación del contrato, el consentimiento matrimonial y el consentimiento a las técnicas de reproducción humana asistida, el consentimiento de terceros y el consentimiento de copartícipes o copropietarios. Así, es justo hablar de un "polimorfismo" del consentimiento (2). Todos estos consentimientos tienen notas comunes, pero su análisis se ve impregnado por la porción del derecho civil que lo afronta. Con todo, no cabe duda de que siempre la referencia es a la misma institución, lo que obliga a pensar en un sustrato común.

El bajo perfil de la institución es llamativo, considerando su amplia incidencia en todas las ramas del derecho civil. Es una pieza clave a lo largo de todo el derecho y un quicio de referencia en el razonamiento jurídico desde el siglo de las luces (3), que cifra el derecho en el acto jurídico, y presupone el consentimiento para el contrato. Se sitúa así en un lugar privilegiado de renuncia de la libertad personal y fuente de obligaciones específicas. Se ha dicho con justeza que es un excelente barómetro del estado de una sociedad y sus relaciones interindividuales, pero al mismo tiempo de la función de protección del derecho a la persona humana (4). Y, pese a todo esto, no tiene rostro propio. Tiene bien merecidos sus quince minutos de fama.

## II. Qué es consentir

En las acepciones que son relevantes para este trabajo, la Real Academia toma la etimología (consentire, sentir con) y se entiende que consentir es "permitir algo o condescender en que se haga", "otorgar, obligarse" (en sentido jurídico) y "acatar una resolución judicial o administrativa sin interponer recursos disponibles" (en el derecho argentino) (5). Para la palabra consentimiento se enuncian las siguientes acepciones: "acción y efecto de consentir", "en los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes" y "manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente". Separadamente se aborda la definición de consentimiento informado (6).

Con-sentir refleja una subjetividad (sentire, una moción propia de un sujeto) que expresa acuerdo (cum). Se trata de una disposición psicológica individual que expresa aquiescencia. Con-tratar, en cambio, remite a dos sujetos que tratan entre sí un negocio determinado, lo que remite a la bilateralidad.

Más elocuente es el conocido diccionario francés Littré que aporta la idea de "uniformidad de opinión" a la de "acción de consentir" (7). Attuel-Mendes en su obra *Consentement et actes juridiques* cifra en estos dos significados dos notas claves del consentimiento: "la idea de resignación" y "la idea de alteridad" (8).

## III. La naturaleza jurídica del acto de consentir

La institución del consentimiento sirve funciones paralelas en distintos ámbitos y se ajusta a cada ámbito en función del objeto sobre el que versa ese consentimiento (9). Fuera de esto, la doctrina ha sido esquiva a su definición, al mismo tiempo que se consagran grandes estudios a su fisonomía y efectos en cada dominio específico.

### III.1. Los elementos objetivos y subjetivos en la definición europea

Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando) remiten a la calidad del consentimiento, a la que dedican tratamiento específico en el capítulo 2 de formación del contrato y en el capítulo 4, acerca de su validez (10).

Se requiere la intención de quedar jurídicamente obligado y el conocimiento suficiente de los términos del contrato respecto de las partes y del objeto del contrato (11). La intención, que conforma el elemento subjetivo,

es una nota esencial, pues diferencia al consentimiento vinculante del que no lo es (12). Esa intención se determina a partir de las declaraciones o de las conductas, así como pudieron haber sido razonablemente entendidas por la otra parte (13).

En cuanto al elemento objetivo, el acuerdo debe tener por objeto a los *essentialia negotii*, es decir, los pilares del contrato: los sujetos, el objeto, (en el derecho argentino, deberíamos agregar la causa-fin) sin los cuáles el consentimiento no resulta suficientemente específico como para producir efectos a partir de la coincidencia. Hay una evidente conexión inescindible entre elementos subjetivos y objetivos (14).

### III.2. ¿Unilateralidad bilateral?

Aquí aparece una cuestión que se ha prestado a alguna equivocidad en la doctrina nacional. En realidad, el consentimiento es una institución que se injerta en otras instituciones del derecho civil, como veremos más abajo. Sin embargo, a la hora de esclarecer si su naturaleza es la de un acto unilateral o bilateral, tal vez tenga especial interés focalizar la discusión precisamente en el consentimiento que más ligado está a la bilateralidad: el del contrato. Sobre todo, porque, en muchos casos, el consentimiento se perfila claramente como unilateral. Al hacer así, no puede perderse de vista, que el consentimiento es una institución que supera al contrato, por lo cual el análisis que sigue es apenas un punto de partida.

El nuevo foco y protagonismo del proceso de formación del contrato y la creciente complejidad de las tratativas previas han permitido el desarrollo de un cuidadoso estudio que permite desglosar el paso a paso del contrato. Con el nuevo Código Civil y Comercial, que se aproxima al consentimiento desde este nuevo enfoque, las posiciones en muchos casos distan de ser claras, a veces son casi contradictorias. Lo curioso del asunto es que es un aspecto no problematizado en la doctrina contractualista.

Leiva Fernández, con un estudio cuidado, afirma sin hesitaciones que se trata de una declaración unilateral de voluntad (15). Individualiza claramente la oferta y el consentimiento a la oferta como aceptación de la que nace un contrato.

Aparicio sostiene que, desde el punto de vista de la coincidencia de voluntades, "el consentimiento constituye un acto bilateral", sin embargo, renglones más abajo dice: "Sin embargo, este vocablo fue utilizado anfibológicamente para designar no solo al *consensus voluntatum*, acto bilateral como se dijo, sino también, individualmente, a cada una de las manifestaciones unilaterales cuya coincidencia da lugar al acuerdo" (16). Acto seguido se analiza el consentimiento como un acto voluntario e incluso el disenso. El disenso es una declaración de la voluntad no concurrente, lo que permitiría individualizar el acto jurídico declaratorio del consenso respecto de la institución que surge inmediatamente después gracias al consenso: el contrato.

Sánchez Herrero sostiene (citando a Aparicio) que: "El consentimiento consiste en la coincidencia de las manifestaciones de la voluntad de las partes que se dirigen a dar nacimiento al contrato. Se denomina 'oferta' a la primera de esas manifestaciones de voluntad y 'aceptación' a la segunda" (17). Es decir, son dos manifestaciones de voluntad, que, al coincidir, forman el consentimiento. Sin embargo, la aceptación consiente la oferta y es la segunda manifestación de voluntad, en este contexto. Lleva razón Aparicio con la referencia a la anfibología. Todavía más abajo, dice el mismo autor: "Esta conformidad puede expresarse mediante una declaración de voluntad expresa o a través de cualquier otro comportamiento declarativo o no declarativo que la revele en forma inequívoca" (18) (de donde aparece sugerida nuevamente la misma idea de dos declaraciones unilaterales convergentes, que conforman una entidad que las supera: el contrato).

Para Muguillo, consentimiento es sinónimo de contrato y el íter que conduce hasta la formación del contrato o consentimiento está compuesto de dos actos unilaterales: oferta y aceptación (19). Oferta y aceptación, son dos actos jurídicos unilaterales (20). Ahora bien, lo que es aceptación para Muguillo es consentimiento para Aparicio (cum sentire, aceptar la oferta, tener declarar la coincidencia con ella).

Caramelo Díaz diferencia oferta y aceptación, como dos actos unilaterales que producen un tercero, que es el consentimiento [es "declaración de una voluntad común" (21)], que tampoco es el contrato, pues a veces el consentimiento no es suficiente para configurar un contrato, pues se requiere alguna forma que es solemne (22). Sin embargo, el consentimiento "queda perfeccionado por la manifestación de la aceptación" (23).

Rivera, Chiazza y Crovi, por el contrario, afirman derechamente que el consentimiento es bilateral. Pero, párrafos más abajo dicen: "A partir de ahora, entonces, estudiaremos lo que constituye la materia central de este capítulo: cómo se forma el consentimiento, esto es, esa manifestación de voluntad coincidente que perfecciona el contrato" (24).

Elegimos a propósito indagar la tensión unilateralidad-bilateralidad en el terreno contractual, pues si hubiéramos tomado el consentimiento médico u otros consentimientos, la unilateralidad hubiera resultado más explícita. También, como se habrá advertido, tomamos juristas argentinos que escribieron con posterioridad a la

sanción del Código Civil y Comercial.

En todos los casos, el lector podrá advertir que existe un uso anfibológico o directamente equívoco del término consentimiento. También es cierto que los autores no han considerado este tópico tan manifiestamente ambiguo como un hecho problemático cuya naturaleza jurídica debieran problematizar o debatir. En algunos casos, consentimiento es equivalente a contrato. En otros casos, es algo distinto de contrato, aunque previo y bilateral. En otros casos, es un acto bilateral que surge automáticamente de dos unilateralidades convergentes. El disenso es entendido como un acto unilateral. En varios casos, hay abordajes, cuando menos, ambiguos. Aparicio es tal vez quien más elabora y advierte la anfibología que encierra el término. Leiva Fernández, en cambio, se inclina por la unilateralidad lisa y llanamente.

En este punto, es necesario tomar alguna de las dos avenidas. El consentimiento no puede ser al mismo tiempo unilateral y bilateral en el Código Civil y Comercial, o es una cosa o es la otra. O se sostiene que el consentimiento médico es bilateral, y que también lo es el consentimiento previo, libre e informado de las técnicas de reproducción (ergo, la filiación surge lisa y llanamente de un contrato) y que los consentimientos de terceros, previstos en el Código Civil y Comercial también son bilaterales (o plurilaterales); o bien, se elige el camino más simple, el que coincide con el sentido lexicográfico, etimológico y que más significativo es, incluso para el contrato, a saber: que el consentimiento es un acto unilateral que declara aquiescencia.

A nuestro modo de ver, solo Leiva Fernández —y en su caso, Aparicio (25)— pueden tener razón. Aparte de las ambivalencias de los demás abordajes, con-sentir no es con-tratar. Consentir implica aquiescencia, acordar, admitir: es una manifestación de una intención o voluntad de acordar. Por eso, el consentimiento no es el contrato, sino el paso inmediato previo: es la manifestación que consiente la oferta, y así el contrato. Lo dice la Real Academia: es "permitir o condescender en que se haga". O el importante diccionario de sinónimos de Corripio: "beneplácito, asenso, anuencia, conformidad, venia, adhesión, acuerdo concesión, aquiescencia" (para consentimiento) (26). El contrato es el acto bilateral, el sinalagma. El consentimiento es su antecedente inmediato y necesario. Entender el consentimiento de esta manera, aporta una riqueza extraordinaria de matices al análisis del proceso de formación del contrato, pues permite individualizar mejor la complejidad de cada instancia.

¿De dónde viene la equivocidad al definir consentimiento que, pese a la indicación lexicológica y etimológica que remite a lo unilateral (el sentir de una parte que adhiere a la propuesta de la otra), sigue tendiendo a la bilateralidad? Es que el consentimiento, que es adherir en todo a la propuesta ofertada, está situado en tensión de bilateralidad. Por eso hablar solo de un acto unilateral suena insuficiente para dar cuenta del elemento central que lo caracteriza: es un acto que tiende a la alteridad y que se inscribe en la categoría jurídica de relación.

En este sentido vale la pena señalar algunas contribuciones que ponen de relieve esta tensión implícita a la alteridad que es ínsita al consentimiento. Tobías sostiene respecto del consentimiento médico que es una declaración de la voluntad que culmina un proceso dialógico. Incluso hesita en utilizar la terminología de "consentimiento" y la acepta si se la entiende como "un proceso que busca resaltar la previa importancia de la interacción con el profesional y que posibilita valorar el itinerario previo que concluye con el asentimiento, el modo de esfuerzo colaborativo del profesional, el contenido y el tiempo dedicado a la información, la claridad con que se ha dado" (27). Leiva Fernández, al referirse al consentimiento contractual, señala que es consentimiento, porque es una declaración unilateral que versa sobre el objeto común (28).

La tensión entre la unilateralidad-bilateralidad que recorre la definición de consentimiento se advierte también la definición que aporta el Repertorio Civil de Dalloz: de una parte, el encuentro de dos voluntades (una declaración hecha en relación con otra), y, de otra parte, el acto unilateral para formar una convención (29).

Así, en esta tensión de unilateralidad (esencial) y bilateralidad (causal en el motivo y en el fin) aparecen los dos elementos o ideas centrales que presiden el consentimiento: la idea de resignación, aquiescencia, aceptación o adherencia y la de alteridad, que es su presupuesto y su causa fin, que mencionáramos más arriba.

### III.3. El tiempo: entre arqueología y futurología

El consentimiento puede ser visto también desde la perspectiva sincrónica o desde su diacronía. Advertir esta doble dimensión del consentimiento permite despejar varias cuestiones relativas a su tensión a la bilateralidad. Aun cuando el consentimiento sea una declaración de la voluntad, es siempre una declaración que tiene una historia que es clave de su validez y calidad. Es fácil leer la diacronía al categorizar el consentimiento dentro de la etapa de formación del contrato o también dentro del consentimiento informado, partiendo del proyecto, la decisión y la ejecución del acto (30). El abordaje sincrónico del consentimiento es, casi siempre, una reducción insuficiente. La referencia a las conductas de las partes, las declaraciones, la interpretación que la otra parte pudo haber hecho de dichas conductas y declaraciones, el que la información haya sido suficiente para que

hubiera comprensión de lo esencial del objeto de consenso requiere una arqueología del consentimiento que es clave para determinar muchas veces su validez y otras su calidad. En todos los casos, la sincronía del consentimiento expresa en sí misma una referencia a otro, que encierra una historia dialógica y una proyección dialógica (de relación).

Claro que la diacronía nos llevaría también a considerar las directivas anticipadas, en las que la eficacia del consentimiento queda diferida al futuro y por ello el consentimiento cruje por la falta de inmediatez respecto de su objeto. Las circunstancias que se consienten en un momento pueden variar diametralmente en el momento de la ejecución del acto, haciendo que tal vez la persona, que ya no está en circunstancias de revisar el consentimiento originariamente prestado, se transforme en víctima de su propia voluntad pretérita. El consentimiento a las directivas es necesariamente un consentimiento débil y fragilizado. El derecho sucesorio tiene una serie de remedios para las declaraciones anticipadas de la voluntad que sería bueno observar en perspectiva analógica: no solo asegurarse que se trate de la última voluntad del causante (principio de revocabilidad (31) y otras reglas concordantes), sino también leer en los hechos si algunas de sus cláusulas por la conducta del causante supusieron una revocación tácita (32) e incluso reglas específicas de interpretación (33). El interés en resguardar una voluntad desajustada en el tiempo respecto de su objeto exige remedios también al derecho de las personas. Coincidimos (34) en que es necesario regular una revisión periódica de las directivas anticipadas, sobre todo porque puede haber una evolución de las convicciones personales de quien las pronuncia y que, además, pueden mudar las circunstancias médicas: enfermedades que no son curables a la época de la emisión de la directiva pueden serlo luego con nuevos tratamientos, o puede vivirse con otra calidad de vida la sintomatología.

En todo caso, toda diacronía cobra sentido a partir de la plasmación del consentimiento en tanto que acto jurídico de manifestación de la voluntad, especificado. El análisis diacrónico será invariablemente retrospectivo (o prospectivo).

#### III.4. Consentimientos fuertes, consentimientos débiles y matices

Esto nos lleva a otra forma de estudiar el consentimiento, esta vez, a partir del revés de la trama: los vicios del consentimiento evidencian que se trata de una declaración o manifestación de la voluntad que podría estar viciada. El consentimiento (y su análisis como acto jurídico unilateral) se evidencia entonces como una piedra angular de la protección de la vulnerabilidad, que es la contracara de la gran bóveda del derecho contemporáneo: la autonomía de la voluntad.

El consentimiento, así como está regulado en el art. 971 y ss., se refiere a los contratos discrecionales paritarios. Lógicamente, el consentimiento no puede funcionar de la misma manera cuando se trata de adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984-989) o en contratos de consumo (arts. 1096 a 116). Este fresco en torno al consentimiento contractual demuestra que la regulación se ajusta necesariamente o tiene sensibilidad a la posición asimétrica en que se encuentra la parte que consiente en esa tensión a la bilateralidad.

La arqueología del consentimiento, que permite proteger y modular los consentimientos debilitados ya sea por la estructura contractual (elementos objetivos, p. ej. derecho de consumo, contratos de adhesión) o por notas subjetivas de la persona que consiente, que pueden tener mil matices. Al punto de que ciertas personas con restricciones a la capacidad o menores de edad tienen derecho a un consentimiento supervisado (requisito de homologación judicial), apoyado (restricciones a la capacidad) o ratificado (p. ej. el caso de los progenitores adolescentes respecto de sus hijos menores de edad). Estos consentimientos supervisados tienen la finalidad de resguardar al mismo tiempo los principios de autonomía y protección, tratando de encontrar un balance adecuado. La contrapartida del consentimiento supervisado es el pedido de autorización para consentir: es el caso de la autorización judicial para casarse por falta de edad nupcial o restricciones a la capacidad (35). Otras veces el derecho establece categorías de edad apriorísticas, impidiendo consentir a ciertos actos antes de determinada edad, con o sin derecho a la excepción (36). O bien permite el consentimiento por representante (by proxy) (37). Más aún, a veces, cuando la vulnerabilidad o el riesgo son extremos, permite intervenir prescindiendo del consentimiento (38). Todavía más: el consentimiento puede ser expresado por los herederos en el caso un atributo peculiar: el derecho a la imagen de una persona prefallecida. Lo cual nos llevaría más lejos: a indagar la personalidad pretérita [como lo hiciera Leiva Fernández (39)] y pensar el derecho de los coherederos a iniciar una acción o continuarla cuando su contenido es de naturaleza personalísima (40). Y más todavía: a ser emplazado como progenitor adoptivo sin que la acción sea incoada siquiera por sus herederos (pues podría ser accionada por el Ministerio Público o quien pretende ser su hijo adoptivo) (41). Todo sin hablar de la sinuosa jurisprudencia en torno a la filiación post mortem y la discutible voluntad procreativa presunta de algunos fallos.

Aunque no se trata solo de vicios: la información inexacta o incorrecta sobre el objeto puede conducir a que, en verdad, no haya habido acuerdo (42). Un beneficio excesivo o una ventaja injusta pueden dar lugar al

enriquecimiento sin causa o a la aplicación de la teoría de la imprevisión y a todos los nuevos horizontes de negociación y asunción de riesgos que ofrece el derecho contemporáneo (que también se inscriben o leen en la órbita del consenso). Otra vez, se trata de la perspectiva arqueológica o diacrónica sobre el consentimiento, la que se transforma en esencial y reinscribe el consentimiento como manifestación unilateral en sus interdependencias bilaterales.

### III.5. La exteriorización del consentimiento

Un último tema que no se puede tratar tampoco aquí es el de la exteriorización del consentimiento, o las exigencias de revestimiento formal que tienen relación directa con factores de toda relevancia: tales como la trascendencia del acto o su objeto. Lo mismo, lo referido a su publicidad y oponibilidad.

El derecho tiene por materia a objetos sensibles per accidens, en dónde lo sensible remite a una realidad invisible que es de naturaleza interior, y que solo se revela cuando ingresa en la exterioridad y es perceptible a partir de los sentidos en el ámbito social compartido de la significación. De ahí que el consentimiento pueda ser tácito (se lee en conductas, que son exteriores) o explícito (se lee en palabras) (43).

### III.6. ¿Los consentimientos presuntos?

No es objeto de este trabajo, pero otro gran ámbito de estudio del consentimiento es el del consentimiento presunto. Hay un número de normas que, en aras de la fluidez negocial, presumen el acuerdo de las partes, lo que coloca al consintiente presunto en una posición incómoda, pues, en su caso, debe contestar a posteriori el consentimiento que se le imputa. Sabido es que las sanciones a posteriori son menos eficientes que las que pueden impedir la realización de un acto. La arquitectura de estos consentimientos presuntos reposa sobre la buena fe (*buona fede corretezza* - deber de información y transparencia) (44). El consentimiento expreso parece implicar un interés mayor en el legislador en verificar que el consintiente de veras está de acuerdo, o también una consideración que el bien jurídico sobre el que se presta tiene un poder de afectación mayor sobre la esfera de derechos del que tiene que consentir que la de aquel cuyo consentimiento se presume.

### III.7. ¿Consentimientos impuestos a otros y derecho a veto?

Tampoco es esfera de este trabajo indagar en casos de consentimiento es plurilateral, por qué el codificador entiende que alcanza el consentimiento de la mayoría y cuándo es necesaria, en cambio, la unanimidad. No carece de interés, porque, otra vez, la clave de esta decisión legislativa está en el impacto del consentimiento plurilateral en otros bienes jurídicos que el legislador considera prevalentes (como la urgencia en tomar una decisión para el interés del todo, que hace preferir una mayoría simple por sobre una mayoría calificada o unanimidad, por ejemplo) (45). En todo caso, la mayoría opera como una estructura de consentimiento que es impositiva para las minorías. Se juega otra vez en el fondo la tensión entre unilateralidad y tensión bilateral.

En el caso de los consentimientos de terceros en el Código Civil y Comercial, muchas veces este consentimiento juega como un derecho a veto. En los consentimientos de terceros hay estructuras autoprotectorias (de los intereses de los mismos terceros que consienten y podrían verse afectados), aunque otras veces se protegen intereses de sujetos vulnerables [como es el caso del consentimiento requerido a ambos padres para actos relevantes de la vida de sus hijos o la administración (46)]. Un caso particular es el de los progenitores adolescentes, en que los representantes legales del progenitor adolescente tienen derecho a oponerse cuando el progenitor adolescente no realice las acciones necesarias para preservar el adecuado desarrollo del niño. También cuando realice actos que le sean perjudiciales. Es el caso de un abuelo que tiene un hijo adolescente e interviene en resguardo de su nieto (47).

La cuestión del consentimiento plurilateral o de varios (mayorías, unanimidad), el consentimiento interindividual (contrato, matrimonio) y el consentimiento de uno (consentimiento previo, libre e informado o consentimiento de terceros) otra vez demuestra la dificultad de que un mismo instituto cubra tan vastas distancias. O tal vez, a la inversa, demuestre que en todos los consentimientos hay un otro oculto, pues subyace la alteridad que se descubre en la arqueología y que tiene implicancias constitutivas (validez) o cualitativas.

### III.8. La eficacia del consentimiento con un telón de fondo

Esto nos lleva a la cuestión de la eficacia del consentimiento. Algunos consentimientos se insertan en relaciones plurilaterales o colectivas, y, como vimos respecto de las mayorías, tienen incidencia respecto de un todo (aún respecto de la minoría disidente). Otros, son interpersonales, y por ello, interdependientes (matrimonio, contrato). En este caso, se trataría de dos actos unilaterales integrados (48). En algunos casos, cuando el gravamen de la oposición puede ser grande, se sujeta a la valoración judicial autorizar el acto pese a la oposición de quien no quiere o puede consentir (49). Otros parecen tener un emisor netamente unilateral, sin embargo, sin su presupuesto, y salvo circunstancias excepcionales (50), la práctica puede ser impugnada (51). El caso es que la eficacia del consentimiento es peculiar: puede habilitar actos o negocios jurídicos, puede

engendrar contratos o instituciones, puede habilitar prácticas médicas o más aún, puede engendrar un hijo y emplazar como padre (52). Sería un caso de un consentimiento que se lee como acto unilateral autónomo (53), y que, sin embargo, encuadra en un negocio jurídico complejo. Lo analizamos más abajo. Pensar sobre la eficacia del consentimiento otra vez devuelve a la consideración de su tensión bilateral, a la que está inherentemente impulsado.

### III.9. Los 104 consentimientos explícitos del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial usa el término consentimiento en 104 ocasiones. El Código Civil francés, apenas lo supera: lo utiliza en 105 ocasiones. Ahora bien, un diagnóstico "clínico" del consentimiento cobra significaciones muy diversas en cada uno de sus usos, según su fisiología o función. Quizás lo mejor sea intentar una clasificación provisional de los consentimientos en el Código argentino (al menos de los explícitos, pues como vimos, sobran consentimientos abordados implícitamente por el legislador).

### IV. El catálogo de consentimientos en el Código Civil y Comercial

Un cuidadoso examen de los 104 usos del término consentimiento en el Código Civil y Comercial, nos demuestra que unas veces está asociado a la formación de un contrato (i), otras veces tiene una función social de protección de un tercero ajeno a la relación jurídica, cuyos derechos podrían verse afectados por el ejercicio de un derecho en el marco de una relación jurídica (ii); otras veces refiere a la aceptación en la afectación de un derecho cuando hay intereses comunes (iii); otras veces funciona como compuerta de acceso formal al ejercicio de un derecho personalísimo (iv) y, por último, otras veces funciona como instrumento de fortalecimiento o resguardo de la voluntad en la decisión de un sujeto vulnerable (v).

A continuación, desarrollamos estos cuatro usos, anticipando que el consentimiento previo, libre e informado a las TRHA encuadra en intersecciones de las cuatro tipologías, por razones que se consideran más adelante.

#### IV.1. Consentimiento en la formación del contrato

El consentimiento es antecedente de la formación de un contrato, y como tal, su calidad puede ser evaluada (54), e incluso dar lugar a la nulidad, en:

- Al referirse al vicio de error de cálculo, que si es determinante del consentimiento, da lugar a la nulidad, art. 268;
- Todo lo referido al matrimonio. Es necesario aquí recordar que el matrimonio se celebra por medio de un contrato (55) [que da lugar a una institución, por eso se ha dicho que el consentimiento matrimonial es "hiperconsentimiento" (56)] arts. 406, 408, 409, 420, 422, 425, 2623.
- El consentimiento como momento en la gestación del contrato, art. 957;
- Las reglas de formación del consentimiento, art. 971 y ss.; el consentimiento expresado en cartas de intención en las tratativas contractuales, art. 993; el significado de las palabras y signos no verbales en la manifestación del consentimiento, art. 1063; la formación del consentimiento en la relación de consumo, art. 1096 y ss.; las reglas sobre el simple consentimiento en la compra y venta de cosas, art. 1149; el consentimiento en la locación, art. 1187;

#### IV.2. Consentimiento como función social de protección de un tercero ajeno a la relación jurídica

En el caso del consentimiento como función de protección jurídica de terceros, se basa en que no cabe imponer efectos jurídicos a quien los ha consentido (57) y sobre esto se encuentran los siguientes ejemplos:

- El consentimiento del tercero que no quiso ratificar la representación voluntaria, que puede revocarla en cualquier momento y que da a entender, así, que esa ratificación es un consentimiento, art. 370.
- El consentimiento del cónyuge o conviviente para la adopción unilateral en la unión convivencial o el matrimonio, art. 603. En este caso, hay que ver que el otro cónyuge o conviviente será progenitor afín.
- El consentimiento del acreedor en relación con cuestiones que pueden afectar sus intereses, arts. 900, 936, 937;
- El consentimiento expreso del fiador para obligarse a la renovación y prórroga expresa o tácita, una vez vencido el plazo de locación, arts. 1225 y 1596 en el contrato de fianza;
- El consentimiento para la restitución hecha en interés de un tercero de un depósito; art. 1363;
- La necesidad de consentimiento expreso del empresario para instituir subagentes en el contrato de agencia, art. 1500;
- El consentimiento del franquiciante para subfranquiciar, art. 1513;

- El consentimiento del franquiciado para autorizar otra unidad de franquicia distinta en la zona de influencia del franquiciado. art. 1517;

- El consentimiento del comodante para restituir la cosa hurtada o perdida al dueño, art. 1537;

- Los derechos del acreedor frente al fiador que paga sin su consentimiento la deuda; art. 1593;

- La innecesaridad del consentimiento del fiduciante, beneficiario o fideicomisario para que el fiduciario grave los bienes fideicomitidos, art. 1688;

- El derecho a buscar un tesoro en la propiedad de un tercero sin su consentimiento bajo determinadas condiciones, art. 1954 (aunque es un caso atípico, hay dos relaciones jurídicas cruzadas, la de dominio y la del que encuentra un tesoro, que hacen nacer entre ambos una tercera relación jurídica... derivada de la búsqueda que el Código autoriza a realizar sin vínculo contractual alguno).

IV.3. Consentimiento como protección de condóminos o copartícipes, cocontratantes o hay intereses convergentes

Este consentimiento tiene una estructura muy semejante a la anterior. Hay derechos afectados de personas vinculadas a la relación jurídica, pero no como terceros, sino como condóminos o copartícipes. Aparece en:

- El consentimiento para realizar un acto de disposición o administración durante la indivisión poscomunitaria, art. 483;

- El consentimiento unánime de todos los participantes de un contrato para su modificación en el contrato de agrupación de colaboración, art. 1456

- La innecesaridad del consentimiento del fiduciante, beneficiario o fideicomisario para que el fiduciario grave los bienes fideicomitidos, art. 1688 (58);

- El reemplazo de un árbol que se secó con el consentimiento de ambos condóminos;

- El derecho de cada propietario de una unidad de propiedad horizontal, de venderla sin el consentimiento de los demás, art. 2045;

- El consentimiento requerido por el consorcio o los propietarios de parte de la mayoría de los propietarios para realizar mejoras en las partes comunes, art. 2051;

- El titular de dominio que debe prestar consentimiento junto con el emprendedor para afectar un predio al tiempo compartido, art. 2090;

- La afectación al régimen de propiedad horizontal del superficiario, que no requiere del consentimiento del propietario, art. 2120;

- La inoponibilidad de la partición judicial de un condominio al acreedor hipotecario que no presta consentimiento expreso, art. 2207;

- El acreedor que no puede usar la cosa prendada sin el consentimiento del deudor, art. 2226;

- El administrador de la herencia que no puede realizar actos de administración y disposición sin el consentimiento de todos los coherederos, art. 2325;

- Que puede ser suplido por el otorgamiento del juez de medidas urgentes, en caso de que se ponga riesgo el interés común por la falta de consentimiento, art. 2327.

IV.4. Consentimiento como requisito del ejercicio de un derecho personalísimo

El consentimiento como requisito previo al ejercicio de un derecho personalísimo se encuentra en:

- El art. 55 que establece que el consentimiento para la disposición de actos personalísimos, si no es contrario a la ley, a la moral y a las buenas costumbres. No se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable.

- El art. 26, frente a una internación. Este consentimiento puede ser asistido, en el art. 41.

- Para la disposición de derechos personalísimos, art. 53; que puede ser prestado por los herederos;

- Para los actos de disposición sobre el propio cuerpo, art. 56, es personalísimo y revocable;

- Para la investigación en seres humanos, art. 58; que requiere consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico, previa explicación comprensible de objetivos y metodología de la investigación, riesgos y posibles beneficios.

- El art. 59 que vuelve a definir: "es la declaración de voluntad expresada por el paciente luego de recibir información clara, precisa y adecuada..." (cuyo contenido mínimo se detalla).

- La indicación de quién podrá prestar el consentimiento by proxy en las directivas médicas anticipadas (art. 60).

- Al consentimiento del remitente requerido para la utilización de la correspondencia, art. 318;

- El consentimiento del damnificado, o consentimiento "excusatorio" (59), que libera de la responsabilidad resultando disruptiva del factor de atribución de responsabilidad, art. 1720. Aunque no se trata de un derecho personalísimo, hay una cierta analogía, pues el consentimiento del damnificado es leído por el derecho como una renuncia implícita al reclamo de daños (doctrina de los actos propios).

- El consentimiento de agregados de mano extraña al testamento por el testador que invalidan el testamento, art. 2477;

- El consentimiento para la conversión de la adopción si es otorgada en el extranjero por parte de adoptante y adoptado, art. 2638.

#### IV.5. Consentimiento como resguardo de un sujeto vulnerable

El consentimiento aparece también como resguardo de un sujeto vulnerable, ya sea permitiéndole a él vetar o aceptar una relación jurídica que lo concierne, o bien como estructura de refuerzo que integra el consentimiento débil del sujeto vulnerable con el consentimiento más fuerte del adulto responsable (muchas veces, en este caso, se denomina asentimiento).

El derecho a veto de una relación jurídica por parte de un sujeto vulnerable por medio del consentimiento aparece en:

- El consentimiento del niño para su propia adopción, arts. 595, 617, 634 i; que vicia de nulidad la adopción en caso de ausencia, art. 635;

- El consentimiento del hijo mayor de 16 años para contratos celebrados por los padres en relación con servicios del hijo, art. 682;

El consentimiento protectorio, aparece en:

- El consentimiento del progenitor adolescente que debe integrarse con el asentimiento de progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, art. 644;

- El consentimiento de ambos progenitores para determinados actos relevantes en la vida del niño, art. 645;

- El consentimiento expreso del otro progenitor al progenitor administrador para los actos que también requieran autorización judicial, art. 687.

#### V. Fuera de catálogo, el difícil caso del consentimiento para las TRHA

El consentimiento para las TRHA aparece en numerosísimas instancias, la mayoría de ellas, para excluir el derecho a establecer o contestar la filiación por parte de los progenitores genéticos, voluntarios o, más llamativo aún: de los hijos, que son terceros respecto del contrato al que da lugar el consentimiento para las TRHA. Así en: el de las técnicas de reproducción humana asistida que es polivalente, pues si bien lo que se consiente es la realización de una práctica médica, en tanto que un consentimiento médico particular (que no es terapéutico), este consentimiento provoca un emplazamiento familiar filiatorio.

El objeto del consenso es una práctica, pero convierte en progenitor sin posibilidad alguna de impugnar esa filiación por la vida entera. La filiación por TRHA es el único estatus filiatorio indisponible. Se adquiere por un consentimiento en el que, aquel que lo presta no consiente sobre su objeto (*essentialia negotii*), sino sobre la realización de una práctica médica. Tampoco se exige la información previa referida al estatus que engendra. Además, afecta definitivamente derechos de terceros, que son absolutamente excluidos del negocio jurídico, aún en la consideración teórica, a saber: los hijos que quedan emplazados por ese consentimiento. Es un consentimiento dónde el sujeto más vulnerable queda excluido de toda protección —el hijo que será concebido—, ni siquiera la de analizar, como en la adopción, si quienes lo engendran son idóneos para criarlo. Se presta entre el laboratorio y los requirentes de las técnicas, pero afecta el emplazamiento familiar de un tercero, que no puede consentir ni impugnar: el hijo, al que, en principio, dicho consentimiento debería resultarle inoponible (60). La desproporción entre el objeto del consenso y los sujetos que son afectados por el consentimiento llega al paroxismo.

#### VI. El consentimiento y sus elementos comunes

De este recorrido por el Código Civil y Comercial, vemos una pluralidad de usos del término consentimiento. No obstante, toda vez que el Código recurre a la misma categoría, no queda más remedio que identificar el sustrato común.

En todos los casos, el consentimiento puede entenderse como:

- Una declaración unilateral de voluntad
- Que, por ser una declaración de voluntad, tiene como umbral los requisitos de todo acto jurídico: discernimiento, intención y libertad (61)
- Que, como tal, supone un derecho de retractación, limitado en el tiempo a un momento determinado (p. ej. aceptación de una oferta, realización de una práctica médica, etc.) (62).

La retractación del consentimiento es otro capítulo sumamente interesante que se abre a partir de una perspectiva unificada de la institución. Sería interesante estudiar los espectros de revocabilidad de cada consentimiento y sus razones y sus condiciones.

Se aplica también lo dispuesto por el art. 1800, según la cual en principio la declaración unilateral de voluntad no causa una obligación jurídicamente exigible, salvo que la ley y las costumbres o los contratos, subsidiariamente, lo impongan.

#### VII. Los criterios de especificación del consentimiento

Los actos jurídicos se especifican siempre por su objeto. Lo cual nos lleva a entender que un consentimiento difiere de otro, y se especifica respecto de él, por el objeto sobre el que se consiente. Así, los requisitos objetivos, subjetivos y las formalidades se ajustan al objeto.

Esa proporcionalidad (63) del consentimiento puede advertirse tanto en los elementos subjetivos, objetivos, formas y causa-fin:

- Proporcionalidad subjetiva. La proporcionalidad subjetiva supone que el sujeto que consiente esté en condiciones de ingresar, en términos de paridad, a la relación jurídica. Para corregir la disparidad aparece el consentimiento informado o los apoyos. Implica también una aptitud subjetiva para realizar el objeto. Esa aptitud resulta clara, p. ej., en el Art. 405 requiere que el juez evalúe si el contrayente "afectado" tiene "la aptitud para la vida de relación" que requiere el matrimonio, requisito que no se exige para todo otro contrayente no "afectado" por falta de salud mental, pero que sin embargo es condición de proporcionalidad para contraer cualquier matrimonio. Es curioso que la aptitud solo se requiera para el matrimonio de personas con restricciones a la capacidad, y no para todos los contrayentes. Más bien debemos pensar que esa aptitud, en los demás contrayentes, se presume.

- Proporcionalidad objetiva. La proporcionalidad objetiva significa que el consentimiento tendrá más exigencias, cuánto más grave sea su objeto. En general, cuanto más complejo sea el objeto del acto a consentir y más inherente a la persona la lesión que puede producirse, más elevados son los requisitos previos que se establecen respecto del consentimiento. También aquí hay una proporcionalidad al objeto. Así, el art. 58 requiere que el consentimiento sea previo, libre, escrito, informado y específico, previa explicación comprensible de objetivos y metodología de la investigación, riesgos y posibles beneficios. O, el art. 59 requiere que el paciente reciba una "información clara, precisa y adecuada" e incluso detalla el contenido mínimo de esa información. También el matrimonio requiere una serie de requisitos previos e incluso la facultad restringida de oponerse a su celebración. Algo semejante puede leerse en el proceso de formación del contrato, p. ej. al establecer que la oferta debe tener "las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada" (art. 972).

- Proporcionalidad por solemnidades. Como consecuencia de la gravedad del objeto, a mayor compromiso y afectación personal o social del objeto, mayor exigencia para las solemnidades que lo revisten para su validez. El consentimiento matrimonial tiene una proporcionalidad en materia de solemnidades con el objeto del consenso, que es la creación de una institución que cumple una función social. De ahí que requiera testigos, que representan a la sociedad toda, y deba prestarse en presencia de un oficial.

- Proporcionalidad de fin o motivo: El consentimiento guarda proporción con un fin que no siempre es inmediato al acto mismo de consentir, sino que, como veremos más abajo, se encadena en una sucesión de actos jurídicos que lo presuponen. La proporcionalidad supone que el consentimiento debe, al prestarse, tener ante la vista las implicancias directas que se siguen de él. La causa debe manifestarse por signos externos, debe ser lícita y debe ser esencial respecto del acto.

En este sentido, otra vez resalta el consentimiento de las TRHA, cuyo objeto es la realización de una práctica médica, pero esa práctica médica y ese consentimiento mismo incardinan al que consiente en un emplazamiento filial. Sin embargo, el Código parece no tomar nota de las implicancias y por eso no establece ni los reaseguros del consentimiento médico, ni los reaseguros del consentimiento adoptivo, que podría ser un marco de referencia teórico y válido para el emplazamiento filiatorio. No hay otra solemnidad requerida ni

detalle de información que deba prestarse, que coloque al requirente de la técnica en el entramado simbólico y de obligaciones y derechos que su consentimiento provoca. Las proporcionalidades del consentimiento quedan rotas.

La operatividad del consentimiento que es fundamento de un contrato ha sido vastamente estudiada. La función de oponibilidad del consentimiento también ha sido objeto de atención (así, el consentimiento de la víctima, la doctrina de los propios actos, etc.), sobre lo que hay mucho y valioso escrito. Tal vez es más interesante estudiar cómo juega el consentimiento cuando es el presupuesto de un contrato ulterior. Para ello es necesario recurrir en forma elíptica a la noción de acto o negocio jurídico complejo.

#### VIII. El consentimiento como acto jurídico complejo

Si bien el consentimiento es siempre dialógico (es con-sentir, sentir con otro), ese consentimiento unas veces hace nacer directamente un contrato (como cuando el consentimiento es a una oferta en forma de aceptación, o el consentimiento matrimonial) y otras veces presupone un contrato ulterior respecto del cual el consentimiento previo o la ratificación posterior es condición inescindible, ya de oponibilidad (como en el caso del consentimiento de terceros), ya de ejecución de una práctica (como en el consentimiento médico, o el consentimiento a las TRHA).

Hace unos quince años, se publicaba un artículo de M. F. De Lorenzo y J. W. Tobías sobre el negocio jurídico complejo (64). En él, los autores describían a todo evento esta complejidad de la siguiente forma:

"Suele observarse en la práctica negocial la existencia de dos o más negocios jurídicos —cada cual, por lo tanto, autónomo e independiente y productor de efectos jurídicos propios— que se encuentran, sin embargo, unidos por una cierta conexión o ligamen cuya intensidad y naturaleza varía según los casos".

Con respecto al elemento determinante del ligamen negocial de los actos complejos, se han adoptado diversas posiciones en la doctrina.

- La voluntad de las partes. De una parte, algunos teóricos entienden que la voluntad de las partes es la que causa el ligamen. La teoría subjetivista fue contestada por cuanto las partes no siempre son conscientes de una voluntad plural o única.

- El objeto del acto. Los actos están conectados por un mismo objeto. Pero esta teoría no se sostiene, toda vez que los actos se distinguen por el objeto. Si los actos tuvieran objetos distintos, necesariamente serían actos distintos. Eso no explicaría la conexión entre actos con diversos objetos.

- Teoría ecléctica. La teoría ecléctica procura integrar los diversos actos en virtud de la unidad económica entre las diversas prestaciones, pero ha sido similarmente criticada.

- Teoría finalista. Es probablemente la más interesante. Ella sostiene que es la causa-fin la que une los diversos actos. Todos ellos constituyen una unidad, causada por el único fin que enhebra los actos jurídicos. Esta última es la sostenida por los autores del interesante artículo que seguimos, con fundamento en notable doctrina italiana.

La teoría finalista es la única capaz de explicar efectivamente la unidad de sentido que se produce entre determinados actos jurídicos, en los cuáles unos están enlazados con otros en una estructura moral y jurídica compleja.

En definitiva, si se aplica esta teoría al consentimiento que está ligado a un contrato ulterior o concomitante, y que por lo tanto es un presupuesto de ese contrato, se advierte rápidamente que ya sea como ratificación ulterior o como consentimiento previo, ese consentimiento forma una unidad lógica de fin con el contrato. Es el caso del consentimiento médico, el consentimiento a las investigaciones médicas y el consentimiento a las TRHA.

#### IX. La actuación de la causa-fin como factor unificante de un negocio jurídico complejo

De Lorenzo y Tobías explican aun que la calificación jurídica de la estructura compleja de actos, unificada por su finalidad intencional, está determinada precisamente por la licitud o ilicitud de la causa fin. Vale decir que, encontrándose los actos enlazados entre sí, si la finalidad perseguida es ilícita, la unidad de sentido que dichos actos producen deviene ilícita.

Del mismo modo, la causa-fin, tanto en su sentido objetivo como subjetivo (causa-motivo), imprime una unidad de sentido a un plexo negocial. Esta teoría significa un aporte valioso para dar cuenta de los consentimientos complejos e interrelacionados, como sucede con frecuencia en la práctica médica y jurídica (65). El que consiente al primer consentimiento, tiene que ser capaz de ver razonablemente los efectos que ese consentimiento produce sobre el todo (art. 972, Cód. Civ. y Com., y el análisis de la proporcionalidad del consentimiento desarrollado más arriba), para que el consentimiento sea válido.

## X. Volviendo sobre los pasos: la idea de resignación o aquiescencia y la idea de alteridad

Hablar de consentimiento supone, como dijimos más arriba, un diálogo. Es un acto jurídico unilateral, que sin embargo se inscribe en un intercambio previo y muchas veces, posterior. El Código Civil y Comercial visibiliza esta dimensión diacrónica y dialógica del consentimiento cuando regula la formación del consentimiento en el arts. 971 y ss. El foco puesto en la progresividad de la formación del consentimiento lleva a una mayor sensibilidad al entramado previo que ya en sí mismo tiene naturaleza negocial.

Esta sensibilidad al entramado previo lleva al derecho a examinar la etapa precontractual en la que se coligen deberes implícitos o explícitos que podrían dar lugar a la antijuridicidad: un deber genérico de cooperación, de información, de credibilidad [generar una expectativa razonable (66)] que pueden afectar, en caso de ausencia, incluso la validez del acto (67). Muchos de dichos deberes podrían fundirse en el deber de debida diligencia y el deber de buena fe de ambas partes en la formación del consentimiento.

Respecto del deber de información (68), muy presente en los consentimientos referidos a la disposición de derechos personalísimos, y más allá del marco específico, resulta especialmente relevante cuando la falta de información de una de las partes produce un desequilibrio en la etapa de formación del consentimiento: la persona con la que celebrará el contrato, para el que se requiere el consentimiento, es quien le suministra el espectro de informaciones que nutren el consentimiento. Si esto es verdad para cualquier contrato, el desequilibrio entre el médico y el paciente o los requirentes de una técnica de reproducción humana asistida y el centro de salud, es mucho mayor. La distancia se agiganta no solo por la calidad técnica de quién suministra la información, sino por la usual angustia con la que el paciente recurre a la consulta. Un deber de información que comunica en términos inasequibles a la parte (que no sea claro y adecuado), que mutila alternativas o consecuencias, engendra una patología del consentimiento prestado.

De ahí que, en el Código Civil y Comercial sea posible proyectar una responsabilidad precontractual (69), que abarca esos procesos formativos del consentimiento y los lee en clave del contrato ulterior que tal vez no llegó a plasmarse, pero estaba en la esfera intencional de las partes.

De ahí, también, que deba atenuarse la idea de unilateralidad del consentimiento. Es indudable que el consentimiento por definición es un acto jurídico unilateral consistente en una declaración de voluntad. Pero ese consentimiento se inscribe en una progresión de intercambios que son en sí mismos actos jurídicos pre-consensuales y que pueden afectar su eficacia. Si bien esos actos jurídicos unilaterales que edifican el consentimiento no son contractuales, suponen una relación jurídica que precede al consentimiento. El consentimiento se monta sobre un edificio previo que surge de una relación bilateral, que supone un entramado de deberes de diligencia y buena fe recíprocos.

Ahora bien, el consentimiento no solo tiene como fuente una bilateralidad relacional que lo conforma y que se hace visible con el foco puesto en la formación del consentimiento, sino que tiene con frecuencia una proyección bilateral de naturaleza contractual que enlaza con el consentimiento formando una unidad de significado englobada por el fin (negocio jurídico complejo). Otras veces incluso se proyecta en una relación plurilateral. Como en todo diálogo el consentimiento implica un cierto grado de resignación a expectativas propias en virtud del diálogo que lleva a sentir con otro (alteridad).

De ahí que una comprensión "voluntarista" del consentimiento implique invariablemente una comprensión sesgada y defectuosa del acto jurídico complejo que es consentir: tanto en su proceso formativo como en su causa-fin, el consentimiento nace de una relación jurídica que compromete deberes recíprocos y desemboca con frecuencia en un contrato o como factor coadyuvante de un contrato o de su oponibilidad.

Esperamos que este muy breve estudio, que no es más que un ejercicio de interpretación analógica, sea ocasión de cohesión conceptual y sirva para poner en perspectiva los muchos consentimientos que ofrece el Código Civil y Comercial.

(A) Profesora Titular de Derecho de Familia y de Derecho de la Sucesiones. Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de Familia (UCA).

(AA) Quiero agradecer especialmente a José W. Tobías, a Luis Leiva Fernández y a Fulvio Santarelli por permitirme esclarecer con ellos ideas sobre esta temática. Quiero agradecer también las sugerencias de mi colega chilena Carmen Domínguez Hidalgo y al suizo Pascal Pichonnaz por su gentileza de siempre.

(1) Hay una tesis francesa (un sistema jurídico que se emparenta con el nuestro), relativamente reciente, sobre el tema, que pudimos compulsar: ATTUEL-MENDES, Laurence, "Consentement et actes juridiques", Lexis Nexis, Paris, 2008.

(2) BESSON, Samantha - MAUSEN, Yves - PICHONNAZ, Pascal, "Le consentement en droit", Schulthess, Genève, 2018, p. 21. Todavía más, el estudio podría ampliarse al derecho penal, al derecho público o al derecho internacional o comparado.

(3) *Ibíd.*

(4) *Ibíd.*

(5) Todo según la edición del Tricentenario.

(6) *Ibíd.*

(7) <https://www.littre.org/definition/consentement> (Consultado el 26/4/2021).

(8) ATTUEL-MENDES, Laurence, ob. cit. La autora nos hizo llegar gentilmente una copia, en nuestro ejemplar PDF es la p. 2.

(9) MACLEAN, Alasdair, "Autonomy, Informed Consent and Medical Law: A Relational Challenge", Cambridge University Press, 2009, p. 72.

(10) LANDO, Ole - BEALE, Hugues (eds.), "Commission of European Contract Law, Principles of European Contract Law: Parts I and II", Kluwer Law, The Hague-London-Boston, 2000.

(11) Los principios Translex establecen respecto al consentimiento: "IV.2.1. (b) A valid contractual consent requires that the parties intend to be legally bound and that they have sufficiently identified the terms of the contract with respect to the parties and the subject matter". Recuperado de: [https://www.trans-lex.org/920000/\\_/contractual-consent/](https://www.trans-lex.org/920000/_/contractual-consent/) (26.4.2021).

(12) En los Principios de European Contract Law (Comisión Lando), la intención aparece en el Art. 2:102 en los siguientes términos: "The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party."

(13) Art. 2:102, Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando)

(14) BERGER, Klaus, "The Lex Mercatoria (Old and New) and the Translex Principles. IV.2. Contractual consent" en [https://www.trans-lex.org/920000/\\_/contractual-consent/](https://www.trans-lex.org/920000/_/contractual-consent/)

(15) Leiva Fernández señala que la diferencia entre asentimiento y consentimiento es que el segundo es una declaración de la voluntad orientada a un objeto común. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Tratado de los Contratos", La Ley. t. I, Cap. I - Fundamentos del contrato. § 3. Caracteres. 12. Asentimiento y consentimiento. Manifestación del consentimiento.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2017/42129364/v1/document/A70268F0-9A49-E5A4-6336-819BE81B4>

(16) APARICIO, Juan Manuel, "Contratos", Hammurabi, 2016, 2ª ed., 2 t. <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/contratos-2-ts?location=174>

(17) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, "Tratado de derecho civil y comercial", La Ley. Introducción 1.1. Contrato: definición.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/Laley/2018/42556851/v1/document/C5558891-685A-641A-0582-520392F36>

(18) *Ibíd.* 3. El consentimiento. 3.5. La oferta.

(19) MUGUILLO, Roberto A., "Derecho de los contratos. Parte General", Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 12

(20) *Ibíd.*, p. 16

(21) CAMELO, Gustavo, "Comentario al Art. 971" en LORENZETTI, Ricardo, Código Civil y Comercial Comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, p. 601.

(22) *Ibíd.*, p. 599 y ss.

(23) *Ibíd.*, p. 600.

(24) RIVERA, Julio César - DI CHIAZZA, Iván G. - CROVI, Luis Daniel, "Derecho Civil y Comercial: Contratos Parte General", Abeledo Perrot. Primera Parte - Conceptos introductorios. Cap. IX - La formación del contrato. II. Conceptos preliminares: la manifestación del consentimiento.

Remisión <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/Laley/2017/42144737/v1/document/3E06B6DB-D6F5-AF83-5EAB>

(25) En relación a la anfibología.

(26) CORRIPIO, Fernando, "Gran Diccionario de Sinónimos", Bruguera, Barcelona, 1978, p. 263

(27) TOBÍAS, José W., "El consentimiento informado y sus límites", LA LEY, 2019-F, 1012, AR/DOC/3915/2019

(28) P. ej. Tobías señala, al referirse al consentimiento informado que "no se está en presencia de un verdadero consentimiento —es decir de una voluntad convergente del paciente y profesional—, sino de una manifestación unilateral de la voluntad del primero, que, como acto, es el final de un proceso al que se califica comúnmente —concierta equivocidad— de consentimiento informado". En TOBÍAS, José W., Tratado de Derecho Civil: Parte General, La Ley, t. II. Parte segunda - Personas (cont.), Cap. XV - Derechos y actos personalísimos, VI. El derecho a la libertad, 6.4. La ley sobre ablación y utilización de órganos y tejidos. Aspectos generales. <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/Laley/2018/42489018/v1/document/9523FEA7-2DB1-A192-AAE5-4F29903A>

Leiva Fernández apunta, citando a Spota que "como el consentimiento de cada parte importa una declaración unilateral de voluntad, es necesario advertir que solo el encuentro o conjunción de cada una de las declaraciones unilaterales nos pone en presencia de aquel consentimiento común..." (es verdad que esta frase se inscribe en el análisis del consentimiento contractual). LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., Tratado de los Contratos - Tomo I, La Ley. Cap. I - Fundamentos del contrato. § 3. Caracteres. 12. Asentimiento y consentimiento. Manifestación

del

consentimiento.

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2017/42129364/v1/document/A70268F0-9A49-E5A4-6336-819BE81B4>

(29) CHAUVEL, Patrick, "Consentement", Répertoire Civil Dalloz, juin 1995, nro. 3, p. 2, cit. por ATTUEL-MENDES, Laurence, Consentement et actes juridiques, Lexis Nexis, Paris, 2008, p. 5

(30) ATTUEL-MENDES, Laurence, ob. cit., p. 71. Tomando la clasificación de L. Duguit, "Traité de Droit Constitutionnel", Paris, 1921, ps. 212 y ss. Ver también MALAURIE, Philippe - AYNÉS, Laurent, "les obligations", Défrénois, Paris, 2005, p. 228.

(31) Art. 2511.

(32) Art. 2514 y ss.

(33) Art. 2470.- "Interpretación. Las disposiciones testamentarias deben interpretarse adecuándolas a la voluntad real del causante según el contexto total del acto".

(34) En relación con una conversación mantenida con José W. Tobías, en que él atisbaba esta alternativa.

(35) Arts. 404 y 405. En el art. 683 la autorización para el mayor de 16 para ejercer profesión o industria (consentir un contrato de trabajo) se presume si la ejerce. El consentimiento se deduce de su conducta.

(36) Es el caso de las categorías etarias fijas del Código civil y comercial. Por ejemplo, no se puede consentir un acto lícito antes de los 13 años (art. 261).

(37) Art. 59 in fine: "Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud".

(38) Art. 59 in fine: "En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente".

(39) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "La personalidad pretérita (No es lo mismo estar muerto que no haber vivido)", LA LEY, 2018-E, 1114.

(40) Art. 582: "Sus herederos pueden continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz. Si el hijo fallece antes de transcurrir un año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos".

(41) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, "Adopción póstuma monoparental y personalidad pretérita", LA LEY 06/04/2020, 1

(42) LANDO, Ole - BEALE, Hugues (eds.), "Commission of European Contract Law, Principles of European Contract Law: Parts I and II", Kluwer Law, The Hague-London-Boston, 2000, p. 242.

(43) Aquí el largo debate sobre la exteriorización de la voluntad en sus diversas teorías, muy abordado por la doctrina en general.

(44) BASSET, Ursula C., "Pensando el deber de colaboración o principio de salvaguarda en las relaciones de familia: una intersección entre buena fe objetiva y solidaridad", de próxima aparición en la nueva edición del Tratado de la Solidaridad de CÓRDOBA, Marcos. Ver también: BASSET, Ursula C., "Deber de transparencia o candor en las relaciones de familia: una realidad y una tarea ", en la segunda edición Tratado de la Buena Fe, del mismo autor. Un ejemplo del derecho de familia muy llamativo es el consentimiento presunto del otro progenitor a los actos realizados sobre el hijo común. El divorcio no daría elementos para construir ese consentimiento. Sin embargo, presupone un deber de informar, aunque solo para el caso del cuidado unipersonal, que es el menos frecuente. No resulta claro si el deber de informar del art. 654 se aplica a todas las formas de cuidado o solo a la del artículo anterior sobre cuidado unipersonal (Ver juego con art. 641b).

(45) En general, la calificación de las mayorías guarda relación con la importancia de la decisión a tomar en los ojos del legislador: Así el art. 216, que requiere mayoría absoluta para la reforma del estatuto, y el art. 208, para la designación de nuevos integrantes del consejo. O la unanimidad para la reforma del contrato constitutivo y la mayoría absoluta para la determinación del representante del consorcio (art. 1474). La administración del condominio, cuando hay imposibilidad de uso y goce común, tiene la nota especial de que para decidir sobre el asunto se computan las mayorías según el valor de partes indivisas (art. 1994). También el art. 2055, en materia de propiedad horizontal, requiere una mayoría asociada a más de la mitad del valor para los casos de grave deterioro o destrucción del edificio para resolver la demolición, reparación o reconstrucción. En el derecho sucesorio, la mayoría de los "copropietarios" de la masa puede decidir la designación del administrador (y también puede decidir el plazo de la rendición de cuentas, en su caso, art. 2355). Es curioso, porque el nuevo Código no aclara si esa mayoría representa mayoría de personas o capital. La doctrina entiende que es lógico que sea la mayoría de capital.

(46) Arts. 645 y 687.

(47) Art. 644: "Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo".

(48) ATTUEL-MENDES, Laurence, ob. cit., p. 120.

(49) Por ej. El art. 458 que autoriza a uno de los cónyuges si el otro está ausente, es incapaz o está transitoriamente impedido de expresar su voluntad o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. O el 483, que prevé "a) la autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada".

(50) El caso del médico que actúa frente a un riesgo inminente, que tiene condiciones estrictas de interpretación. Art. 59, Cód. Civ. y Com.

(51) El caso es el acto médico sin consentimiento. El prototipo puede ser el caso de la Corte IDH, "IV v. Bolivia", 2016, en donde el consentimiento prestado se entiende viciado y por lo tanto la práctica médica hecha sin el consentimiento debido.

(52) El caso de la voluntad procreativa, que ya hemos analizado en otro lugar.

(53) ATTUEL-MENDES, Laurence, ob. cit., p. 120

(54) Tomando la terminología de SANTARELLI, Fulvio G., "Contrato y mercado", La Ley, Buenos Aires, 2019, Cap. 5.5. Acto voluntario.

(55) Aquí, el lector tal vez se sorprenda, sobre todo si se lee esta afirmación al tamiz del Art. 1003, según el cual el contrato es el acto bilateral "susceptible de valoración económica". Nos remitimos a la teoría clásica del matrimonio que perdura hasta nuestros días en el derecho comparado y en el derecho canónico y que es la fuente de nuestro derecho matrimonial, que tiene en realidad como telón de fondo, la comprensión jurídica del contrato como acto jurídico bilateral. En realidad, la dimensión contractual del matrimonio se refiere a su acto constitutivo (en dónde ocurre el consentimiento, que es individual y se examina separadamente para las causas de nulidad): se habla así del contrato matrimonial como matrimonio *in fieri*, mientras que la institución es lo que nace de él (matrimonio *in facto esse*) (Cfr. VILADRICH, Pedro-Juan, "El consentimiento matrimonial", EUNSA, Pamplona, 1998, p. 31 y ss. Dice Escriche: "El matrimonio, que por su origen es un contrato, ha sido elevado a la dignidad de Sacramento; y ciertamente que es una institución social...". (ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Garnier, Paris, 1891, p. 1254). Augusto BELLUSCIO ha estudiado estas nociones para el derecho argentino en Derecho de Familia, Depalma, Buenos Aires, t. I, p. 184 y ss. Hoy día se habla de una contractualización de la institución matrimonial, que llevaría a un contractualismo continuado más marcado que en el derecho romano, en dónde ni bien cesa el consentimiento, cesa el matrimonio (Ver sobre esto MALAURIE, Philippe - FULCHIRON, Hugues, Droit de Famille, LDGJ, Paris, 2015, p. 83): como sucede en el derecho argentino, en el que basta que uno no quiera sostener el matrimonio para poder disolverlo unilateralmente: el matrimonio se encuentra en peor situación que cualquier contrato (Jorge Alterini e Ignacio Alterini sostuvieron al respecto: "Pero se trata de un contrato donde la ligazón entre las partes llega a una máxima flexibilización, pues basta para extinguirlo la declaración rescisoria de uno de los contrayentes. Es suficiente para dar fin al matrimonio que se demande su rescisión unilateral, verdadera rescisión unilateral de origen legal en los términos del art. 1077, solo subordinada al régimen de las propuestas regulatorias de los efectos del divorcio-arts. 438 y ss., en BASSET, Ursula C., "Comentario al Art. 437", Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Buenos Aires, La Ley, 2019, t. III.)

(56) VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "Matrimonio civil y reserva mental", EUB, Barcelona, 1996, p. 106.

(57) SANTARELLI, Fulvio, "Comentario al Art. 1800" con cita de Von TUHR, Andreas, Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán, Depalma, Buenos Aires, núm. 53, p. 227, en ALTERINI, Jorge, Código Civil Comentado. Tratado Exegético, Buenos Aires, La Ley, 3ª ed., t. VIII, nro. 1.

(58) Se repite, porque nos pareciera que cumple (por la negativa) la función de abordar la protección cuando hay intereses convergentes, pero también puede entenderse respecto de la situación de un tercero ajeno a la relación jurídica dominial fiduciaria.

(59) Como nota adicional, López Mesa, al estudiar el consentimiento del damnificado (en dónde la unilateralidad aparece más evidente), llama la atención sobre la diferencia entre consentimiento informado ("consentimiento-legitimación") y consentimiento contractual (en el marco del contrato de servicios médicos), como dos pasos diversos, cuya diversa función es necesario clarificar. Ver el interesante estudio de LÓPEZ MESA, Marcelo en "Comentario al Art. 1720", en LÓPEZ MESA, Marcelo, Código Civil Comentado, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, t. 10-A, p. 121 y ss.

(60) Art. 560, 561, 562, 566, 567, 569, 570, 575, 577, 582, 588, 589, 591, 592, 593.

(61) La producción de efectos de una declaración de voluntad que no alcanza este umbral puede excepcionalmente producir efectos jurídicos. Observa Tobías, que, en algunos casos, el ordenamiento hace producir efectos a actos que no fueron válidamente consentidos. En un reciente estudio, el autor postula que, en

el caso del error en los contratos se tiende a una distribución de riesgos de los intereses de las personas involucradas. Ver: TOBÍAS, José W., "El error en los contratos (un tránsito desde la protección de la voluntad hacia la distribución de riesgos de los intereses de las personas involucradas)", en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Liber Amicorum en Homenaje a Luis Leiva Fernández", La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 727 y ss.

(62) Así, p. ej. el art. 27.444, Art. 27, o el consentimiento para las técnicas, que precisan el espacio de tiempo en el que puede revocarse en consentimiento prestado.

(63) La idea de proporcionalidad del acto y sus elementos al objeto es muy antigua y de sentido común. En el derecho matrimonial la vemos en: VILADRICH, Pedro-Juan, "El consentimiento matrimonial", EUNSA, Pamplona, 1998, p. 29 y ss.

(64) DE LORENZO, Miguel Federico - TOBÍAS, José W., "Complejo de negocios unidos por un nexo (El ligamen negocial)", LA LEY, 1996-D, 1387.

(65) Ver otra vez la distinción entre consentimiento médico y consentimiento al servicio médico en LÓPEZ MESA, Marcelo en "Comentario al Art. 1720", en LÓPEZ MESA, Marcelo, Código Civil Comentado, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, t. 10-A, p. 121 y ss.

(66) SHINA, Fernando, "Un nuevo factor objetivo de atribución de responsabilidad. La creación de expectativas", LA LEY, 2018-D, 1177.

(67) JALIL, Julián, "La responsabilidad contractual en el Código Civil y Comercial", RCyS, 2019-VII, 3.

(68) STIGLITZ, Rubén, "El deber general de información contractual", RCCyC, 2016 (diciembre), p. 3. CROVI, Luis Daniel, "El deber de información en los contratos, LA LEY, 2016-F, 1051.

(69) JALIL, Julián, "La responsabilidad contractual en el Código Civil y Comercial", en RCyS, 2019-VII, 3. CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, "Responsabilidad precontractual y el nuevo Código", LA LEY, 2016-C, 890.