

OMAR U. BARBERO

Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Rosario (Santa Fe).  
Profesor de Derecho Civil II (Obligaciones) en la Facultad de Derecho de  
la Universidad Nacional de Rosario, y de Derecho Civil V (Familia y  
Sucesiones) en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario  
(Universidad Católica Argentina)

*Daños y perjuicios  
derivados  
del divorcio*



EDITORIAL ASTREA  
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA  
BUENOS AIRES  
1977

## ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i> .....	19
----------------------	----

### PRELIMINAR

§ 1. Plan de exposición .....	25
-------------------------------	----

### PARTE PRIMERA

### EL DIVORCIO

#### CAPÍTULO PRIMERO

#### GENERALIDADES

§ 2. Perturbaciones del matrimonio: disolución, anulación, separación .....	29
§ 3. Terminología. Divorcio vincular y divorcio limitado o separación .....	30
§ 4. Derecho comparado .....	31
§ 5. Derecho argentino. Ley 14.394 .....	32
§ 6. Separación de hecho .....	33
§ 7. Frecuencia creciente de los divorcios .....	34
§ 8. La responsabilidad civil de los culpables puede ser un instrumento para evitarlos .....	35

## CAPÍTULO II

## CONCEPCIONES DEL DIVORCIO

§ 9.	Orientaciones generales .....	37
§ 10.	Enumeración .....	37
§ 11.	Divorcio repudio .....	38
§ 12.	Divorcio unilateral .....	39
§ 13.	Divorcio consensual .....	39
§ 14.	Divorcio judicial causado .....	39
§ 15.	Divorcio remedio .....	40
§ 16.	Divorcio sanción .....	40
§ 17.	Posible vigencia de más de una concepción .....	41
§ 18.	Necesaria correlación entre la responsabilidad civil y el divorcio sanción .....	41

## CAPÍTULO III

## CONCEPCIONES DEL DIVORCIO EN EL DERECHO ARGENTINO

## I. El art. 67, Ley de matrimonio civil

§ 19.	El principio del divorcio sanción .....	43
§ 20.	Debilitamiento de este principio en la jurisprudencia y en la práctica .....	44

II. El art. 67 bis, Ley de matrimonio civil  
(ley 17.711)

§ 21.	Ley 17.711. El nuevo art. 67 bis y la derogación del art. 66 .....	45
§ 22.	Antecedentes .....	47
§ 23.	El problema del cambio de concepción en materia de divorcio .....	48
§ 24.	Tesis tradicionalista .....	48
§ 25.	Tesis reformista .....	50
§ 26.	Tesis reformista que no admite el divorcio consensual .....	50
§ 27.	Tesis reformista que admite el divorcio consensual .....	51
§ 28.	Nuestra opinión .....	52

§ 29.	Incidencia en el problema resarcitorio .....	56
§ 30.	Incidencia en el derecho internacional privado ..	56
§ 31.	Posibilidad del reconocimiento unilateral de culpa (en el art. 67 bis) y su incidencia en el problema resarcitorio .....	57
§ 32.	Posibilidad de un divorcio con efectos de mutua inocencia .....	59

#### CAPÍTULO IV

##### LA ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE CULPABILIDAD POSTERIOR AL DIVORCIO (ART. 71 BIS DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL)

§ 33.	El problema .....	61
§ 34.	Jurisprudencia anterior a la ley 17.711 .....	61
§ 35.	El art. 71 bis .....	62
§ 36.	Tribunal competente .....	63
§ 37.	El correlativo agregado al art. 3574, Cód. Civil ..	65
§ 38.	Incidencia en el problema resarcitorio .....	65

#### CAPÍTULO V

##### LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

§ 39.	Clases. Efectos constantes .....	67
§ 40.	Efectos constantes. Enumeración .....	67
§ 41.	Efectos inconstantes .....	68
§ 42.	Efectos inconstantes. Enumeración .....	68
§ 43.	Regulación de los efectos inconstantes .....	70
§ 44.	La responsabilidad por daños y perjuicios como un efecto del divorcio .....	70

#### CAPÍTULO VI

##### EL PROBLEMA RESARCITORIO EN EL DERECHO COMPARADO

§ 45.	Finalidad de esta reseña .....	73
§ 46.	Derecho francés .....	73

§	47. Derecho suizo .....	75
§	48. Derecho griego .....	76
§	49. Derecho mexicano .....	77
§	50. Derecho peruano .....	77
§	51. Derecho chino .....	78
§	52. Derecho etíope .....	78
§	53. Derecho portugués .....	80

## PARTE SEGUNDA

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL

#### CAPÍTULO PRIMERO

#### NOCIONES LIMINARES

§	54. Concepto .....	85
§	55. Importancia actual .....	86
§	56. Responsabilidad jurídica y moral .....	87
§	57. Responsabilidad civil y penal .....	88
§	58. Responsabilidad contractual y extracontractual ..	90
§	59. Teorías: dualista, monista y ecléctica .....	90
§	60. Diferencias de reglamentación entre responsabi- dad contractual y extracontractual .....	91
§	61. a) Génesis .....	92
§	62. b) Estructura .....	93
§	63. c) Prescripción .....	93
§	64. d) Extensión .....	93
§	65. Amplitud de la responsabilidad civil .....	93
§	66. Responsabilidad civil y Derecho de Familia ....	94
§	67. Amplitud .....	95
§	68. Hipótesis expresamente previstas .....	95
§	69. Hipótesis no expresamente previstas .....	97
§	70. Caracteres generales .....	100

#### CAPÍTULO II

#### PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

§	71. Enumeración .....	105
---	-----------------------	-----

**A. La antijuricidad**

§ 72. Concepto ..... 106

**B. El daño**

§ 73. Concepto. Requisitos ..... 107  
 § 74. Daño cierto ..... 108  
 § 75. Problemas: la pérdida de "chances" ..... 109  
 § 76. La "chance" matrimonial ..... 109  
 § 77. Daño subsistente ..... 110  
 § 78. Daño propio ..... 111  
 § 79. Lesión de un derecho subjetivo o interés legítimo ..... 112  
 § 80. Otros requisitos que añade la doctrina ..... 113  
 § 81. Clases de daño. Inmediato y mediato ..... 113  
 § 82. Daño material y daño moral ..... 115  
 § 83. Daño emergente y lucro cesante ..... 117  
 § 84. Formas del daño moral ..... 117  
 § 85. Fundamentos de la reparación ..... 118  
 § 86. Nuestra opinión ecléctica ..... 119  
 § 87. El agravio moral (teoría de Llambías) ..... 121  
 § 88. Fundamento de la reparación en general ..... 122  
 § 89. El daño moral y la ley 17.711 ..... 125

**C. La causalidad**

§ 90. Concepto. Teorías ..... 126

**D. El factor de atribución**

§ 91. Concepto ..... 127  
 § 92. Subjetividad de la responsabilidad en el Derecho de Familia ..... 127  
 § 93. La culpabilidad ..... 128  
 § 94. Culpa y dolo ..... 128  
 § 95. ¿Son siempre dolosas las acciones previstas en el art. 67 de la ley 2393? ..... 128  
 § 96. Culpabilidad concurrente ..... 129  
 § 97. Imputabilidad ..... 130

## CAPÍTULO III

EL EFECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:  
LA REPARACION DEL DAÑO

§ 98. El principio de la reparación en especie .....	131
§ 99. La acción de indemnización. Legitimación activa	132
§ 100. Legitimación pasiva .....	132

## PARTE TERCERA

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS  
DERIVADOS DEL DIVORCIO

## CAPÍTULO PRIMERO

## INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

§ 101. El problema .....	137
§ 102. Derecho romano .....	140
§ 103. Las Partidas .....	141
§ 104. Derecho francés anterior a la Revolución .....	142

## CAPÍTULO II

## DERECHO COMPARADO

## A. Derecho francés

§ 105. Su importancia para nosotros .....	143
§ 106. a) Jurisprudencia del siglo XIX en casos de adulterio .....	143
§ 107. b) Jurisprudencia en casos análogos .....	145
§ 108. c) Principio de que se reparan los daños derivados de cualquier hecho constitutivo de una causal de divorcio .....	147
§ 109. d) Daños derivados del hecho constitutivo de la	

	causal de divorcio, aunque no derivados del divorcio en sí mismo .....	149
§ 110.	e) La doctrina .....	150
§ 111.	f) La reforma de 1941/48 .....	152
§ 112.	g) Interpretación doctrinaria y jurisprudencial de la reforma .....	154
§ 113.	Daño material .....	154
§ 114.	Daño moral .....	155
§ 115.	Daños actuales .....	156
§ 116.	Relación de causalidad .....	156
§ 117.	Culpabilidad .....	157
§ 118.	Forma de pago de la indemnización .....	158
§ 119.	Prescripción de la acción .....	158
§ 120.	Ejercicio de la acción .....	159

**B. Derecho suizo**

§ 121.	Disposiciones del Código Civil .....	160
§ 122.	Daño material .....	161
§ 123.	Daño material eventual .....	162
§ 124.	Daño moral .....	163
§ 125.	Relación de causalidad .....	164
§ 126.	Culpabilidad .....	165
§ 127.	Forma de pago de la indemnización .....	165
§ 128.	Ejercicio de la acción .....	166
§ 129.	Monto de la indemnización .....	167
§ 130.	Convenios entre cónyuges .....	168
§ 131.	No aplicabilidad a la separación de cuerpos ....	168

**C. Otros derechos**

§ 132.	Derecho italiano .....	169
§ 133.	Derecho alemán .....	172
§ 134.	Derecho griego .....	173
§ 135.	Derecho etíope .....	174
§ 136.	Derecho portugués .....	177
§ 137.	Derecho mexicano .....	179
§ 138.	Derecho peruano .....	180
§ 139.	Derecho sueco .....	180
§ 140.	Derecho dinamarqués .....	181

§ 141. Derecho albanés .....	182
§ 142. Derecho chino .....	183
§ 143. Derecho japonés .....	184
§ 144. Derecho brasileño .....	184
§ 145. Derecho soviético .....	185
§ 146. "Common Law" .....	186
§ 147. Derecho egipcio .....	186

### CAPÍTULO III

#### EL PROBLEMA EN EL DERECHO ARGENTINO. LA JURISPRUDENCIA

§ 148. Reflexión previa .....	189
§ 149. Panorama inicial de nuestra jurisprudencia .....	190
§ 150. Primer fallo de la Cámara Civil 2ª de la Capital .	190
§ 151. Segundo fallo .....	191
§ 152. Fallo de Borda como juez de primera instancia	193
§ 153. Fallo de la Sala E de la Cámara Civil de la Capital .....	194

### CAPÍTULO IV

#### LA DOCTRINA NACIONAL

§ 154. Tesis positivas y negativas .....	197
<b>A. Tesis positivas</b>	
§ 155. Rébora .....	197
§ 156. Salas .....	198
§ 157. Acuña Anzorena .....	199
§ 158. Colombo .....	200
§ 159. Belluscio .....	202
§ 160. Guastavino .....	205
§ 161. Spota .....	206
§ 162. López del Carril .....	208
§ 163. Mazzinghi .....	209
§ 164. Mosset Iturraspe .....	209
§ 164 bis. D'Antonio .....	210

**B. Tesis negativas**

§ 165. Bibiloni .....	211
§ 166. Borda .....	213
§ 167. Llambías .....	213

**C. Nuestra adhesión a la tesis positiva**

§ 168. Formulación general .....	215
§ 169. Derecho positivo vigente .....	216
§ 170. Art. 1109, Cód. Civil .....	216
§ 171. Los arts. 91 y 109, ley 2393 .....	217
§ 172. Otras normas .....	217
§ 173. Fuentes .....	218
§ 174. Réplica a Bibiloni .....	218
§ 175. Réplica a Borda .....	218
§ 176. Réplica a Llambías .....	219

**CAPÍTULO V**

**ESTUDIO DE ESTE SINGULAR CASO DE  
RESPONSABILIDAD CIVIL, EN FUNCIÓN  
DE SUS PRESUPUESTOS**

**A. Introducción**

§ 177. Plan .....	221
§ 178. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual? .....	221

**B. La antijuricidad**

§ 179. Cómo se configura .....	225
--------------------------------	-----

**C. El daño**

§ 180. Daños derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio y derivados del divorcio en sí .....	226
§ 181. Daño cierto .....	230
§ 182. Pérdida de "chance" matrimonial .....	231
§ 183. Daño subsistente .....	232
§ 184. Daño propio o personal .....	232
§ 185. Derecho subjetivo o interés legítimo lesionado ..	234

§ 186.	Clases de daño. Inmediato y mediato. Daño moral	235
§ 187.	Daño material	236
§ 188.	Daño material derivado de la disolución de la sociedad conyugal	237
§ 189.	Daño material derivado de la pérdida de la vocación hereditaria	239

#### D. La culpabilidad

§ 190.	Remisión	240
--------	----------	-----

#### E. El factor de atribución

§ 191.	La culpabilidad	240
§ 192.	La culpabilidad concurrente	240

### CAPÍTULO VI

#### LA REPARACIÓN DEL DAÑO

§ 193.	El principio de la reparación en especie	245
§ 194.	Importancia de la prudencia y equidad judiciales	247
§ 195.	La acción de indemnización. Legitimación activa	248
§ 196.	Legitimación pasiva. Terceros responsables	248
§ 197.	Prescripción de la acción	249
§ 198.	Convenios entre cónyuges	250
§ 199.	Cuestiones prejudiciales	251

### CAPÍTULO VII

#### DIVERSAS CUESTIONES

##### A. El resarcimiento mediando divorcio consensual

§ 200.	Planteamiento	253
§ 201.	Daños inmediatos	254
§ 202.	Daños mediatos	255
§ 203.	Resumen	255

##### B. Otras cuestiones

§ 204.	Acumulación de las acciones de divorcio y de indemnización	256
--------	--	-----

§ 205.	Competencia .....	257
§ 206.	Acumulación de autos .....	257
§ 207.	Incidencia del art. 71 bis, ley 2393 y 3574, Cód. Civil .....	257
§ 208.	Incidencia de la reconciliación .....	260
§ 209.	¿Se puede admitir una demanda por daños y perjuicios sin previa o acumulada demanda de divorcio? .....	262

### CAPÍTULO VIII

#### DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LOS HIJOS

§ 210.	Planteamiento del problema .....	265
§ 211.	Conceptos de Grandoli .....	265
§ 212.	¿Serán resarcibles estos daños? .....	270
§ 213.	Antecedentes .....	270
§ 214.	Nuestra opinión afirmativa .....	271
§ 215.	Danos indemnizables .....	272
§ 216.	Oportunidad para el ejercicio de la acción .....	272
§ 217.	Culpa de ambos cónyuges .....	273
§ 218.	El daño moral .....	273
§ 219.	Prescripción de la acción de indemnización .....	273

### CAPÍTULO IX

#### DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

§ 220.	Normas indirectas aplicables .....	275
§ 221.	Divorcio vincular decretado en el extranjero .....	276

### CAPÍTULO X

#### ANTEPROYECTO DE REFORMAS

§ 222.	Conveniencia .....	277
§ 223.	En caso de una reforma parcial .....	277
§ 224.	En caso de reforma total .....	278
Epílogo .....		281
Bibliografía .....		283