

El proceso de descosificación de los animales. Crisis de pareja: desde los pronunciamientos judiciales hasta la regulación legal en España

Daniel Navarro Sánchez

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Doctorando en Derecho Animal en la UAB e Investigador del ICALP

ORCID: 0000-0002-5749-8458



Recepción: Enero 2022
Aceptación: Marzo 2022

Cita recomendada. NAVARRO SÁNCHEZ, D., El proceso de descosificación de los animales. Crisis de pareja: desde los pronunciamientos judiciales hasta la regulación legal en España, dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 13/1 (2022). - DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.601>

“No es mi mascota, es mi familia”.
Visto en redes. Autor desconocido.

Resumen

En el presente documento se analiza el proceso evolutivo que se ha producido en el ámbito jurídico civil español en lo que se refiere a las crisis de pareja y las implicaciones respecto de los animales de compañía. En consecuencia, se examina la evolución que se ha producido en España respecto a la descosificación de los animales. A este respecto, se analiza parte de la jurisprudencia menor previa a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales y, concretamente, la Sentencia de fecha 7 de octubre de 2021 del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid que ha sido una de las últimas dictadas en este sentido. Cabe subrayar, la importancia de la cuestión interpretativa en este tipo de sentencias, que ofrecieron soluciones a las problemáticas que se suscitaban mediante argumentos jurídicos derivados de una interpretación extensiva de la normativa, lo que genera, indefectiblemente, la necesidad de un debate sosegado, sobre la conceptualización del derecho y su aplicabilidad por los tribunales. Del mismo modo, se estudiarán las implicaciones en materia de descosificación animal derivadas de la citada Ley 17/2021, así como el cambio que se está produciendo en los procesos judiciales motivados por rupturas de parejas.

Palabras clave: animal de compañía; tenencia compartida; sintiencia; ser dotado de especial sensibilidad; crisis de pareja

Abstract - The process of de-objectification of animals. Civil partnership crisis: from judicial pronouncements to legal regulation in Spain

This document analyzes the evolutionary process that has occurred in the Spanish civil legal field about marital crises and implications regarding companion animals. Consequently, the evolution that has occurred in Spain regarding the de-objectification of animals is examined. This document also analyzes part of the minor jurisprudence prior to Law 17/2021, of December 15, amending the Civil Code, the Mortgage Law, and the Law of Civil Procedure, on the legal regime of animals and, specifically, the Judgment dated October 7, 2021, of the Court of First Instance number 11 of Madrid, which has been one of the last issued in this regard. It is worth underlining the importance of the interpretative question in this type of judgement, which offered solutions to the problems that arose through legal arguments derived from an extensive interpretation of the regulations. This inevitably generates the need for a calm debate on the conceptualization of law and its

applicability by the courts. In the same way, the implications in terms of animal de-objectification derived from Law 17/2021 will be studied, as well as the change that is taking place in judicial processes motivated by partnership crises.

Keywords: animal companion; shared ownership; sentience; sentient beings; civil partnership crisis.

Sumario

1. Introducción.
2. La importancia de los pronunciamientos judiciales en el proceso de descosificación animal: especial atención a la Sentencia de fecha 7 de octubre de 2021 del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid.
3. El proceso de descosificación español: de la sintiencia hasta las modificaciones operadas por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre en materia de crisis de parejas y animales.
4. Conclusiones.
5. Referencias.

1. Introducción

En los últimos años estamos siendo espectadores de lujo, de una evolución técnico-jurídica, tan apasionante como ilusionante, que afecta directamente a las relaciones que mantenemos con los animales de compañía.

Estos avances son fruto de innumerables factores que están generando modificaciones de los cuerpos legislativos de los distintos Estados y la progresiva adaptación de estos a las demandas que realiza una sociedad cada vez más concienciada con el trato que se les dispensa a los animales. Entre estos factores, uno de los elementos clave ha sido la investigación técnico-científica, que ha ofrecido rigurosidad e irrefutabilidad a un extremo antes desconocido -o por lo menos discutido- como es la sintiencia animal y las implicaciones éticas que ello comporta para el ser humano.

En atención a lo anterior, es esencial partir de un hecho incontrovertido como es que, los animales son seres sintientes, en palabras de Giménez-Candela, «que los animales son seres que experimentan emociones, dolor, sufrimiento, alegría, placer, como cualquier ser vivo, no parece hoy en día una novedad, sino un dato científicamente demostrado desde hace algunos siglos»¹. Del mismo modo, la propia Giménez-Candela indica que «está reforzando en todos estos países [de Europa] el ámbito de aplicación jurídica de la condición de los animales como lo que son: seres sintientes»².

Esta constatación científica comienza a dejarse patente en el derecho europeo en el Protocolo número 33 sobre la Protección y el Bienestar de los animales de 1997 y que se anexa al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea³ para, posteriormente, verse reflejado en el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)⁴, indicando que los animales son «sentient beings» y cuya, desafortunada traducción al castellano, ha indicado que los animales son «seres dotados de sensibilidad», circunstancia que en modo alguno, representa lo que se quiere transmitir en su versión inglesa.

En este sentido, la expresión «sentient beings», no deja lugar a la duda sobre su naturaleza intrínseca de sintiencia, que «aun no estando reconocido por la RAE, resulta de común uso incluso en el lenguaje

¹ GIMÉNEZ-CANDELA, M. Transición animal en España (Valencia 2020) 168.

² GIMÉNEZ-CANDELA, M. La descosificación de los animales. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 12/1 (2017) 298-313.

³ Se puede acceder al citado Protocolo en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12006E%2FPRO%2F33>.

⁴ El citado artículo es del siguiente tenor literal: «Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional».

Se puede acceder al texto en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>

forense»⁵; sin embargo, la traducción ofrecida al español del citado Tratado no ha sido muy acertada, dado que «seres dotados de sensibilidad», no goza del impacto que pretende la versión anglosajona del precepto.

Este desatino, tiene especial relevancia porque la redacción del precepto, lo que pretende es plasmar que los animales sienten y padecen, en definitiva, que no son cosas; sin embargo, ser sensible a algo, sí puede ser una característica de las cosas⁶, por lo que difícilmente es aceptable la versión española, dado que no parece atender a la finalidad real que se pretendía por el legislador europeo.

En atención a lo anterior, observamos que la legislación comunitaria ha dejado patente una realidad científica constatada sobre la sintiencia de los animales; sin embargo, no podemos obviar tampoco el hecho de que la realidad social es esencial para que el derecho ofrezca soluciones a las problemáticas que se susciten. De nada sirve que la ciencia constataste la irrefutabilidad de un hecho, si esa idea no tiene penetración en las sociedades que lo han de aplicar.

A este respecto, debemos indicar que existe una escasa penetración de esta idea en la sociedad actual, circunstancia que hace preguntarse si las teorías científicas, las incluso constatadas y contrastadas, como la presente, llegan realmente al común de la sociedad. Esta idea, no es en absoluto trivial por cuanto no son pocas las veces que los seres humanos muestran perplejidad ante las muestras evidentes de sentimientos por parte de los animales.

Esta perplejidad es síntoma inequívoco de que la ciencia ha alcanzado un grado de discernimiento del comportamiento animal mucho más profuso de lo que el conocimiento común haya podido aprehender, circunstancia que nos debe hacer recapacitar sobre, no solo la transmisión de la información a la sociedad, sino sobre el componente educativo; puesto que el eje del progreso de las sociedades no solo se debe medir por los avances que se logren, sino porque esos avances arraiguen en lo más profundo de estas.

En este mismo sentido, se han pronunciado Bekoff y Pierce, cuando indican que «padecemos lo que los científicos sociales llaman un problema de “traducción del conocimiento”: hay un abismo grande y cada vez más ancho entre nuestro conocimiento básico y la traducción o aplicación de este conocimiento en forma de políticas prácticas»⁷. Los citados autores, referencian un análisis pormenorizado del filósofo Jones, que indica que «el estatus moral de los animales, tal como se refleja en casi toda –incluso en las más progresistas– políticas de bienestar, está muy por detrás, ignora o desdeña arbitrariamente nuestra mejor producción científica sobre la sintiencia y la cognición»⁸. De nada sirve que la ciencia alcance un grado de conocimiento excelso si eso no se traduce en que el motor de las sociedades haga uso de este.

Además de lo anterior, la escasa penetración científica de la sintiencia animal obedece a otras circunstancias, como por ejemplo, el egoísmo como especie derivado del escaso interés práctico del ser humano en la aceptación de esta cuestión, dado que como indica Bernuz, «la cuestión de los derechos de los animales levanta ampollas y preferimos mirar hacia otro lado o seguir con un régimen jurídico que los excluye porque nuestra vida es más sencilla cuando entendemos a los animales como objetos que utilizamos sin cortapisas. Obviamente verles como lo que son, seres sintientes, haría que nos tomáramos más en serio el uso que hacemos de ellos y reconocerles derechos podría exigir una ponderación y una restricción de nuestros derechos y libertades que, por el momento, no estamos dispuestos a contemplar»⁹.

Sin perjuicio de los obstáculos mencionados, las sociedades actuales comienzan a vislumbrar en sus códigos legislativos el incipiente fulgor de lo que para muchos era algo obvio, esto es, los animales que conviven con nosotros no son mascotas, sino familia. Una familia que será interespecie y que deberá tener amparo jurídico en aquellas cuitas que se puedan suscitar en el devenir propio de la misma, aunque sobre todo cuando se produzcan crisis de parejas que pudieran conllevar la disolución de estas. En consecuencia, el derecho deberá proteger a los eslabones más débiles de la cadena para que no vean conculcados sus derechos.

Ante este escenario, los diferentes países europeos han vivido procesos diferentes en lo que a la descosificación de los animales se refiere, a pesar de que todos partían del marco común regulado en el art. 13 TFUE. En España, por ejemplo, este proceso de descosificación ha tenido dos actores fundamentales, por un lado, la vertiente jurisprudencial -aunque solo haya afectado a Juzgados o Audiencias Provinciales- y, por otro, la perspectiva legislativa que materializó en el mes de diciembre de 2021, la descosificación de los animales.

⁵ GIMÉNEZ-CANDELA, M., Derecho Animal en Cataluña. Las pautas de Francia. dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 12/3 (2021). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.600>

⁶ La propia RAE lo deja patente en la segunda acepción de la palabra sensible, al indicar que es aquello que «dicho de una cosa: que reacciona a la acción de ciertos agentes».

⁷ BEKOFF, M., & PIERCE, J. Agenda para la cuestión animal: libertad, compasión y coexistencia en la era humana (Madrid 2018).

⁸ Ibid.

⁹ BERNUZ BENÍTEZ, M.J., La instrumentalización de los animales para el logro de objetivos políticos: el debate parlamentario sobre los toros en España. dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 11/3 (2020). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.504>

2. La importancia de los pronunciamientos judiciales en el proceso de descosificación animal: especial atención a la Sentencia de fecha 7 de octubre de 2021 del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid

En un Estado de derecho los pronunciamientos judiciales se erigen como esenciales, no solo para la resolución de aquellas controversias que encuentran una directa subsunción en los textos normativos, sino también para aquellos otros supuestos cuya solución no es tan inmediata.

En este sentido, podría decirse que es precisamente en estos supuestos donde el Estado de derecho, debe ofrecer alternativas de justicia material a las partes, a pesar de posibles lagunas o desajustes legales en atención a la realidad social concreta.

A lo largo de estos años, en las crisis de pareja judicializadas que implicaban a un animal de compañía, se han venido dictando sentencias que daban una respuesta literal a la conceptualización de los animales como cosas y, por otro lado, ha habido pronunciamientos judiciales que han interpretado la norma más allá de la literalidad del precepto y han tenido en cuenta la sintiencia del animal como elemento definitorio.

A continuación, se analizará un supuesto concreto de estas sentencias que interpretaron la normativa en atención a la realidad social y no por su literalidad. Si bien todas ellas formaron parte de ese cambio que dio impulso al poder legislativo para consolidar en España un estatuto jurídico de los animales diferenciado al concepto de cosa, la Sentencia de fecha 7 de octubre de 2021 del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, tiene especial relevancia no solo por ser de las últimas antes de la publicación de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰, sino también por las notas de compendio que realiza de las anteriores sentencias en esta materia y por las ideas que aporta al debate.

A) ANTECEDENTES DE HECHO

Estamos en presencia de unos autos¹¹ que se sustanciaron mediante un juicio declarativo verbal en solicitud de custodia compartida de una «mascota», en el que la demandante solicitaba, se declarase la custodia y tenencia compartida del perro objeto del procedimiento cuyo nombre es Panda.

Pues bien, las partes que conformaban el proceso mantuvieron una relación sentimental que se prolongó desde el mes de enero de 2018 hasta el mes de julio de 2020. Durante este lapso temporal, en el que subsistió la relación de la pareja, decidieron adoptar un perro. Según indicaba la demandante, ella es la que inició la búsqueda por redes sociales y, finalmente, mantuvo una conversación con una asociación protectora de animales de Llerena (Badajoz). Tras estas conversaciones, el 5 de septiembre de 2019, decidieron adoptar a Panda, firmando ambos un contrato de adopción, constando los dos como «nuevos propietarios» de este.

Posteriormente, cuando se produce la ruptura de la pareja, la demandante decidió abandonar el domicilio en el que residían ambas partes y, como consecuencia de lo anterior, la parte demandada se negó a establecer un régimen de custodia compartida del animal, impidiendo que la demandada pudiera ver y tener acceso a este.

Derivado de lo anterior, la demandante, de forma expeditiva, en el mes de agosto de 2020, remitió burofax al demandado reclamando la custodia compartida de Panda. Ante la ausencia de aceptación del demandado, la reclamante instó un procedimiento judicial por el que solicitó que (i) se declarase una custodia y tenencia compartida del animal, con periodos de un mes para cada una de las partes de forma alternativa, (ii) cada parte abonase los gastos de alimentación y peluquería del animal siendo las vacunas y gastos veterinarios abonados al 50 % entre las partes y, (iii) subsidiariamente a lo anterior, se declarase la copropiedad del animal a ambos.

La parte demandada admitió la relación sentimental; sin embargo, indicaba que, tras la ruptura de la relación, la demandante abandonó España y se marchó a residir con su familia a su país de origen, sin que la parte demandada tuviese constancia si la reclamante iba a regresar a España, circunstancia que se produjo a los dos meses, momento el que el demandado tuvo constancia, sin que la demandante se pusiese en contacto con él para poder ver a Panda, así como indicando que hacía más de ocho meses que esta no lo veía.

Se indica en la sentencia, que el demandado manifiesta que siempre había deseado adoptar un perro y que la demandante le ayudó a encontrarlo. Incluso, en el certificado emitido por la protectora de animales, y que se aportó por la demandante, se indicaba que esta «ayudó a realizar los trámites», sin que se exprese de forma directa la titularidad del animal. El propio demandado manifestó que fue él la persona que abonó los

¹⁰ Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se puede acceder al texto de la norma en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-20727>.

¹¹ Se puede acceder a la Sentencia en <https://derechoanimal.info/sites/default/files/doc-law/Sentencia%207.10.2021.pdf>

gastos de la adopción y que si aparecían ambos en el contrato de adopción fue por la insistencia de la demandante.

Además de lo anterior, se ponía en conocimiento del Juzgado que el chip identificativo de Panda estaba a nombre del demandado, así como todos los documentos identificativos del mismo, por lo que era el único propietario real, habiéndose hecho cargo desde el inicio de los gastos fundamentales para el cuidado y subsistencia del animal.

B) FUNDAMENTOS DE DERECHO Y FALLO

En atención a los hechos recogidos en la sentencia que se analiza, el Ilustrísimo Sr. Don José Luis Vallés Abenia, magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, comienza su argumentación jurídica por un elemento capital, esto es, la inexistencia de regulación específica sobre esta materia en nuestro ordenamiento jurídico, aunque destaca «una clara línea evolutiva».

En primer lugar, respecto a la línea evolutiva que señala el magistrado, pone de relieve una circunstancia que afecta al derecho y que tiene implicaciones para con los animales, cuestión que ya ha sido debatida en el seno de la doctrina científico-jurídica, concretamente, entre otros, por Giménez-Candela y que se analizará en el próximo apartado.

Derivado de lo anterior, el magistrado realiza una sintética pero generosa aproximación a la evolución de la jurisprudencia¹² española, para ello comienza referenciando aquellas sentencias que argumentan sus fundamentos jurídicos con base en la concepción de los animales como bienes semovientes, recalcando su aspecto puramente de titularidad del animal¹³ y sin entrar a valorar posibles lazos afectivos derivados de la tenencia de un animal de compañía.

Por otro lado, menciona algunas sentencias paradigmáticas que se han dictado en España, en las que se da prevalencia a aquellas relaciones de afectividad que se generan entre los seres humanos y los animales¹⁴ frente a la mera titularidad formal. A este respecto, resulta anecdótica y llamativa la expresión utilizada por el Juzgador para hacer referencia a una de las sentencias que cita, concretamente indica que «este Juzgador no se ha podido resistir a incluir parte de una sentencia de hace 20 [sic] años que daba un enfoque de la cuestión que puede ser calificado como adelantado a su momento», concretamente se refiere a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 7 de octubre de 2010¹⁵ -curiosamente dictada el mismo día, aunque 11 años antes-.

Esa cita irresistible e ineludible para el magistrado, hace referencia a una leyenda de los indios norteamericanos y la consiguiente creación del mundo, de la misma se detrae una conclusión, el perro ya era animal de compañía del Dios Nagaicho creador del resto de animales, y es que «el perro siempre había estado ahí». Esta historia nos habla de las relaciones milenarias de los seres humanos con los perros; sin embargo, como es sabido, no todos los animales de compañía son perros y, en consecuencia, lo que realmente deberíamos plantearnos si el resto de los animales deben tener la misma protección jurídica que el compañero de Nagaicho.

Después de lo anterior, el Juzgador realiza un análisis jurídico del caso concreto que se sustancia, poniendo de relieve (i) la subjetividad del sentimiento de afectividad, (ii) que la afectividad no es única, dado que el animal puede recibirla de varias personas y, (iii) la necesaria superación de que, la titularidad en los

¹² Las referencias a las que hace mención el magistrado, en puridad, no pueden considerarse jurisprudencia, aunque sí reflejan las dos líneas fundamentales de decisión de los Juzgados de Primera Instancia.

¹³ El Juzgador referencia dos sentencias a este respecto, la primera de ellas de fecha 12 de marzo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia número 40 de Madrid, se recomienda la lectura del comentario de esta sentencia en <https://raco.cat/index.php/da/article/view/v4-n3-sanz/440765>, ver en ROJAS, A. S., Denegación de la guarda y custodia compartida de un perro por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 40 de Madrid, dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 4/3 (2013). <https://doi.org/10.5565/rev/da.166>

Se puede tener acceso a la citada sentencia en <https://derechoanimal.info/sites/default/files/legacyfiles/bbdd/Documentos/1194.pdf>.

En el mismo sentido que la anterior, cita también la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Murcia de fecha 21 de junio de 2019 (<https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-108-2019-jpi-murcia-sec-4-rec-1041-2018-21-06-2019-47991943?tribunal%5B0%5D=Juzgado+de+Primera+Instancia+-+Murcia&noIndex>).

¹⁴ El Juzgador referencia dos sentencias que basan su argumentación jurídica en los lazos afectivos de los seres humanos y sus animales de compañía, la primera de ellas es del Juzgado de Primera Instancia número siete de Vilanova i la Geltrú de fecha 6 de noviembre de 2019.

Vid. OLIVERA OLIVA, M. Crisis de pareja de hecho y animales de compañía. Sentencias en Cataluña, anteriores a la propuesta de reforma del Código Civil de 20 de abril de 2021. dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 12/2 (2021). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.578>

Del mismo modo, se puede acceder a la sentencia en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/81cc883b70d1e1f8/20191219>.

¹⁵ Se puede acceder a la Sentencia citada en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1bda2019841b8f70/20101021>.

documentos y registros del animal conlleven *per se* la asignación de la propiedad del perro.

En lo que respecta a este último apartado, el magistrado hace especial hincapié en que la titularidad formal, en modo alguno puede prevalecer sobre el elemento afectivo. En este caso, entiende acreditado -a pesar de la dificultad que ello comporta por su eminente carácter subjetivo-, la existencia de un lazo afectivo entre la demandante y el animal -queda acreditado con fotografías, la convivencia durante más de un año, etc.-. En este sentido, entiende que la existencia de una relación afectiva es merecedora de tutela jurídica y que ello debe preponderar sobre elementos formales que solo ofrecerían una respuesta parcial, vaga e imprecisa sobre la tenencia del animal.

En consecuencia, el magistrado declara que la demandante es cocuidadora y corresponsable de Panda, por lo que acuerda la tenencia compartida para ambos cuidadores, con periodos alternos de un mes cada uno de ellos.

C) VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

En lo que respecta a la valoración jurídica de la sentencia, debemos destacar varios apartados de análisis, i) la relevancia del juzgador y de la cuestión interpretativa cuando existe una laguna normativa y, ii) la posible violencia de género que se pudiera suscitar ante la eventual existencia de un animal de compañía en la familia.

i. La relevancia del juzgador y de la cuestión interpretativa cuando existe una laguna normativa

En lo que se refiere al supuesto que analiza la Sentencia que se ha examinado en detalle, así como muchas otras en esta materia¹⁶, se obliga a los juzgadores a dar una respuesta fruto de la interpretación y ello, en ocasiones, puede llegar a colisionar con esa máxima del derecho sobre que los jueces son meros ejecutores del derecho positivo sin capacidad de creación normativa; sin embargo, esta circunstancia en la práctica, no siempre es así y la delgada línea existente entre la interpretación y la creación normativa es tan fina que, a veces se trasgrede.

Tal es así que Bulygin llega a aseverar que, «la creación judicial del derecho se produce tanto en los casos de lagunas normativas como en los de conflictos de normas»¹⁷, y con una afirmación más profusa y categórica, el catedrático Álvaro D'Ors indicaba que «Derecho es lo que aprueban los jueces»¹⁸.

Lo anteriormente indicado, por el siempre lúcido D'Ors, retumba en la doctrina científica con tanta fuerza como tienen sus palabras, quizá pocas veces se puede decir tanto en tan poco; y es que, para él, en palabras de Pérez Luño, «no sólo los jueces crean Derecho, sino que de ellos procede todo el Derecho, es decir, que sólo los jueces son fuente del Derecho»¹⁹.

Este debate es muy profundo en la doctrina, tal y como indica Pérez Luño referenciando a Carrió, no hay término medio a este respecto, dado que la situación se divide entre «los que afirman enfáticamente que es verdadero [que crean derecho], y los que, con igual énfasis, sostienen que es falso. Para los primeros, la posición de los segundos importa negar una característica obvia de la práctica del Derecho (...) Para los segundos, la posición de los primeros importa desconocer una distinción tan elemental como la que existe entre las nociones de creación y aplicación de normas jurídicas, negar la evidente fuerza obligatoria del Derecho y, por lo tanto, fomentar la anarquía y el caos»²⁰.

Coincido con D'Ors y con Bulygin, el derecho va inexorable e insoslayablemente vertebrado al juzgador, es el elemento fundamental de la ecuación, sin juez no hay justicia, es el que imprime el elemento humanizador en el proceso, su interpretación es la que indefectiblemente ofrece o niega resarcimiento a las partes en liza y, en consecuencia, son benefactores de justicia material. Cualquier situación que genere dudas en la aplicación de la norma dependerá en último término del juzgador, por lo que su responsabilidad es fundamental en la aplicación del derecho y, en muchas ocasiones, es de donde procede el avance de las

¹⁶ Se recomienda la lectura de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valladolid de fecha 27 de mayo de 2019, que también realiza una interpretación holística de la normativa europea relativa a los animales. Se puede acceder al documento en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Un-juez-de-Valladolid-otorga-la-custodia-compartida-de-un-perro-a-una-pareja-que-pleiteaba-por-la-propiedad-del-anim>

Se puede acceder al comentario de la sentencia en OLIVERA OLIVA, M., La tenencia compartida de un animal doméstico como ser sintiente. Comentario a la sentencia de fecha 27 de mayo de 2019 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valladolid. Magistrado-juez: D. Luis C. Tejedor Muñoz. dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 10/4 (2019). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.467>

¹⁷ BULYGIN, E. Los jueces ¿crean derecho? Isonomía. 18 (2003) 7-25.

¹⁸ D'ORS, A. Profilaxis policial y falacia del "Estado de Derecho". Revista de Derecho Público, 60 (1996) 39.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, A. E. ¿Qué significa juzgar? Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. 32 (2009) 151-176.

²⁰ Ibid.

sociedades.

Concretamente, en una materia como la que se analiza en el presente supuesto, los matices que alcanzan el fallo producen, sobre una misma temática, conclusiones absolutamente diferentes, mientras que por ejemplo, en Madrid -12 de marzo de 2013- y Murcia se aplica el derecho siguiendo el tenor literal de la norma, en Villanova i la Geltrú, Málaga y la sentencia objeto de análisis detallado, se realiza una interpretación adecuada a la realidad social y a los descubrimientos científico-técnicos, ofreciendo una visión hermenéutica que genera derechos no solo a los tenedores de los animales de compañía, sino también a estos últimos.

En el caso que nos ocupa, el juzgador llega incluso a afirmar en su fallo que «la demandante es cocuidadora y corresponsable del perro cuyos datos son Panda», esta aseveración no solo supone adaptar el derecho a la realidad que nos ocupa, sino un ejercicio de madurez jurídica, que da respuesta específica a una situación de hecho que injustificadamente el legislador no había resuelto.

A mayor abundamiento, el magistrado establece que el elemento primordial que debe tenerse en cuenta para dirimir la cuestión, es el lazo afectivo, extremo que como indica Olivera, «debe enlazarse con el concepto del Código Civil Austríaco (“ABGB, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch”) por ser el primero que introdujo la relación emocional/afectiva con el animal como principio para determinar el régimen de tratamiento del mismo, al imponer un cambio en el estatuto de los animales consistente en suprimir con rango de ley el estatuto de los animales como cosas para pasar a una formulación negativa»²¹, esta modificación se produce en el año 1988 y puede considerarse esencial dentro del giro animal que se ha venido produciendo en los últimos años, así como es fruto «de una fuerte demanda social»²², circunstancia que posteriormente se vio reflejada en el BGB alemán en el año 1989, en Suiza en el año 1990 y «lo mismo hizo Cataluña en el año 2006, en el tratado de la propiedad de su propio Código civil que, de forma original y pionera en el ámbito hispano, declaró a los animales como “no-cosas”»²³.

Por tanto, el juzgador, cuando basa su argumentación jurídica en el lazo afectivo con el animal, realiza una interpretación acorde con la normativa comunitaria, sin perjuicio de que en ningún momento hace referencia directa a esta -tampoco hace referencia a la doctrina científico-jurídica existente en esta materia²⁴- , y ello, a pesar de que una de las sentencias que menciona- Juzgado de Primera Instancia número 7 de Vilanova i la Geltrú- sí que basa parte de su argumentación jurídica en el art. 13 TFUE.

En este sentido, cabe destacar que esta última sentencia, se produce en el marco del derecho civil catalán, circunstancia que facilita a ese juzgador la decisión a adoptar, por cuanto dicho Código, como se indicaba anteriormente, ya recogía un cambio suficiente en el estatuto jurídico de los animales como para poder adoptar una decisión jurídica fundada en una norma vigente -aunque pudiese tener un carácter más inspirador que práctico-, si bien el legislador catalán no se atrevió «a hacer una aseveración más coherente con el carácter de seres sintientes («sentient beings») de los animales, como tres años más tarde dejaría taxativamente establecido el art. 13 TFUE»²⁵.

No obstante lo anterior, si bien se facilita al juzgador catalán la decisión, no es menos cierto que tampoco existe una normativa concreta en el Código Civil catalán en materia de crisis de pareja, por cuanto «los artículos 234-4 y ss del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, no contienen regulación expresa para que los Tribunales puedan regular acerca de la tenencia y cuidados del animal de compañía tras una crisis de pareja»²⁶, por lo que igualmente, la legislación catalana estaba necesitada de una legislación que colmase esta laguna.

En definitiva, ante la realidad normativa indicada, se exigía a los juzgadores un esfuerzo interpretativo, en atención a la realidad social, para poder ofrecer a la ciudadanía una respuesta jurídica coherente con las necesidades actuales, así como con la evidencia científica de que los animales, que son objeto de estos procedimientos, son seres dotados de sintiencia.

Lo anterior pone de relieve que, durante los últimos años, algunos juzgadores han empezado a tomar conciencia de que existía una problemática que el derecho no resolvía y debían dar respuesta a la sociedad ante la laguna jurídica de la legislación estatal, máxime cuando lo que se debatía era una cuestión esencial de justicia material y se estaba afectando a un ser sintiente²⁷. En definitiva, parte de la jurisprudencia ha dado

²¹ Vid. Supra 14

²² Vid. Supra 5

²³ Ibid.

²⁴ A este respecto, la doctrina indicada en esta materia es bastante prolífica y que puede ser consultada en el International Center for Animal Law and Policy (ICALP).

²⁵ Vid. Supra 5

²⁶ Vid. Supra 14

²⁷ Estas interpretaciones extensivas de los juzgadores no solo se han producido en nuestras fronteras, dado que también en otros países se comienza a dar respuesta a una problemática que se deriva de la sintiencia de los animales.

Para ampliar sobre esta temática, se recomienda la lectura de DE BAGGIS, G. F., Arturo, Sandra, Poli y Cecilia: cuatro casos

respuesta a necesidades reales de la sociedad cuando la normativa no ofrecía lo que se le exigía a un Estado de derecho.

ii. Violencia de género que se puede suscitar ante la eventual existencia de un animal de compañía en la familia

A pesar de que la sentencia mencionada es bastante parca en lo que a la argumentación jurídica se refiere, sí que realiza determinadas afirmaciones que pueden ofrecer líneas de investigación futura en el ámbito de la doctrina académica. Concretamente, en la relación de antecedentes de hecho, se manifiesta que «el demandado se niega a establecer un régimen de custodia compartida de Panda. Le impide ver a Panda y tener acceso a él».

Este extremo no es baladí, por cuanto la actitud del demandado se produce con mucha frecuencia en las rupturas de pareja en las que cohabita un animal, siendo que tal y como ha quedado documentado en estudios, «el 35.29 % de las mujeres que respondieron indicaron que no estaban dispuestas a denunciar el abuso o buscar ayuda por temor a lo que se les haría a sus mascotas, pero el 58.97 % informó que demoraron la salida preocupadas por sus mascotas»²⁸, estas cifras ofrecen conclusiones muy alarmantes sobre un tipo de violencia escasamente estudiada y que deviene de la violencia machista, la denominada violencia vicaria que afecta no solo a hijas e hijos de las mujeres que son víctimas de maltrato, sino también a los animales que conforman el núcleo familiar.

En este sentido, tal y como indica Gaitán Díaz, «en las relaciones interpersonales en las que existe Violencia de Género, el agresor tiene como objetivo retener a la víctima e impedir que esta abandone la relación. Para ello emplea mecanismos tales como: focalizar la violencia sobre los hijos y/o animales de compañía, seres por los que la mujer tiene un sentimiento de afecto y empatía»²⁹, este tipo de violencia, acuñada por Vaccaro, se denomina vicaria, porque se produce de una forma indirecta o instrumental frente a la víctima final, y ocasiona no solo un control sobre esta, sino que condiciona su denuncia y demora la salida del hogar familiar, lo que perpetúa en el tiempo la violencia de género.

Estas situaciones, a pesar de las lamentables cifras, no han obtenido una respuesta completa en la legislación española, como se analizará con posterioridad, dado que incluso «las casas de acogida rechazan la presencia de animales de compañía, por lo que, en los casos en los que coexiste la violencia hacia la mujer y el animal doméstico se está obviando la unión y el sentimiento de empatía existente de las mujeres con el animal no humano»³⁰.

En conclusión, esta sentencia al igual que las otras mencionadas, ofrecen respuesta a una cuestión donde la legislación no era suficiente para dar cobertura a los requerimientos de los demandantes y las necesidades afectivas de estos, así como de sus animales de compañía, para ello hicieron uso de la necesaria interpretación normativa, en atención a la realidad social, evidenciando que el poder legislativo debía ofrecer una solución inmediata a dicha problemática, lo que, indudablemente, ejerció el impulso necesario para que el legislador colmase la laguna existente.

3. El proceso de descosificación español: de la sintiencia hasta las modificaciones operadas por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre en materia de crisis de parejas y animales

Tal y como se ha indicado anteriormente, la condición de seres sintientes de los animales es una circunstancia absolutamente contrastada por el rigor científico, podríamos decir que el hecho de que no haya sido trasladada esta circunstancia a las legislaciones de los países europeo es una asincronía muy preocupante.

A este respecto, la legislación de bienestar europeo fue pionera sobre la regulación de los animales en lo que a su condición de seres sintientes se refiere, ello se dejó patente en el mencionado Protocolo número 33 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y, con posterioridad, acabó siendo regulado por el art. 13 del TFUE que pone de manifiesto la condición de sintiencia de los animales.

Lo anterior, ha llevado a muchos países de nuestro entorno, a una modificación de sus regulaciones

paradigmáticos de la jurisprudencia argentina. dA. Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies) 8/3 (2017). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.23> donde se analizan supuestos que han sido hitos incontestables de la jurisprudencia y, en muchos de ellos, se les han otorgado, a los animales, derechos que hasta entonces parecían imposibles y que han supuesto un avance en la valoración jurídica, así como se han convertido en paradigmáticos. Gustavo Federico de Baggis, analiza algunos de ellos en un artículo de la Revista de Derecho Animal, (<https://revistes.uab.cat/da/article/view/v8-n3-federico-de-baggis/22>).

²⁸ CRAWFORD, D., & BOHAC CLARKE, V. Inside the cruelty connection: The role of animals in decision-making by domestic violence victims in rural Alberta (2012) 3. Research report to the Alberta SPCA. Edmonton, Alberta: Alberta Society for the Prevention of Cruelty to Animals. Alberta Society for the Prevention of Cruelty to Animals.

²⁹ GAITÁN DÍAZ, B. Mujeres y animales domésticos como víctimas de la violencia de género (2020).

³⁰ Ibid.

iniciando un proceso de descosificación de los animales que parece imparable. Este proceso no ha sido igual de rápido en todos los países, por ejemplo Francia en el año 2015 procedió a la modificación de su Código civil, reconociendo a los animales como «seres vivos dotados de sensibilidad»³¹, desde luego, como indica Giménez-Candela, «el Código Napoleón, ha sido un revulsivo para los restantes Códigos continentales»³², tal es así que, en diciembre de 2016, Portugal procedió a modificar su Código civil³³ reconociendo la «naturaleza de seres vivos dotados de sensibilidad»³⁴ de los animales.

Igualmente, también ha habido modificaciones en otros Códigos como los de Liechtenstein, República Checa, pero no solo estos, sino que otros países occidentales también han «introducido cambios en el mismo sentido de considerar a los animales como seres sintientes. Me refiero a países con un sistema jurídico codificado, como serían los casos de Colombia, Brasil, Nicaragua o, parcialmente, México o de países del *Common Law* como Nueva Zelanda o Canadá»³⁵.

Aunque el proceso de descosificación animal ha ido avanzando paulatinamente en nuestro entorno, en el caso español se han producido diferentes hitos que debemos tener en cuenta. En un primer momento, nos encontramos ante la ausencia de legislación específica sobre esta materia, así como con una evidente indolencia del poder legislativo en esta materia, por cuanto no parecía tener intención de incorporar al Código civil aquello que ya indicaba el art. 13 del TFUE.

Posteriormente, un segundo hito, podemos establecerlo desde el año 2017 al 2019 en el que el legislador comienza a tomar conciencia de sus obligaciones y del cambio que se estaba produciendo en la sociedad. A este respecto, se comienzan a debatir varias proposiciones de ley para modificar el estatuto jurídico de los animales³⁶; sin embargo, a pesar de contar con el apoyo mayoritario de los grupos parlamentarios, derivado de las distintas convocatorias de elecciones que se produjeron en un breve lapso temporal, estas proposiciones decayeron.

Respecto de esta desregulación, Giménez-Candela indica que, «es claro que Código civil español estaba (y está) necesitado de una reforma que actualice el estatuto jurídico de los animales y lo adapte a lo que demanda la legislación Europea de Bienestar Animal y las reformas emprendidas por los países de nuestro entorno más próximo (tanto geográfica como jurídicamente), en el mismo ámbito que se planteó nuestra reforma que no es otro que el de la naturaleza de la propiedad de los animales y los corolarios que de ello se siguen»³⁷, circunstancia que genera a los juzgadores recelos en la aplicación del derecho e indefensión a las partes que conforman el procedimiento que quedan al albur de la interpretación de la normativa que realice el juzgador concreto.

Esta circunstancia ya se destaca por el juzgador de la sentencia que se ha analizado en detalle en el apartado anterior, al indicar «la ausencia de regulación específica en nuestro Derecho» sobre la cuestión que se debate, lo que sin duda inciden en la falta de seguridad jurídica a este respecto.

No obstante, si bien, como se ha manifestado con anterioridad, en el momento de dictarse la sentencia, no existía en el Código civil español regulación específica alguna, no es menos cierto que sí existía una normativa comunitaria de directa aplicación que establecía el carácter sintiente de los animales, concretamente Giménez-Candela indica que, «no ha sido hasta el 2009, en el art. 13 del TFUE, llamado Tratado de Lisboa, donde se impone a los Estados Miembros la obligación de tratar a los animales como “seres sintientes” en la legislación interna de cada uno de los Estados Miembros. Este artículo, pues, no excluye a España y tiene carácter vinculante para el Estado»³⁸.

³¹ LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000030249593/2015-02-18/>). En su art. 2 establece que «*Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité...*».

³² GIMÉNEZ-CANDELA, M., Dignidad, sentiencia, personalidad: relación jurídica humano-animal, dA. Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies) 9/2 (2018). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.346>

³³ GIMÉNEZ-CANDELA, M., Reforma del Cc. de Portugal: Los animales como seres sintientes. dA. Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies) 9/4 (2016). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.255>

³⁴ Lei n.º 8/2017 de 3 de março Estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 400/82, de 23 de setembro (<https://files.dre.pt/1s/2017/03/04500/0114501149.pdf>). En su art. 1 establece que «... *reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade...*».

³⁵ GIMÉNEZ-CANDELA, M., La descosificación de los animales en el Cc. Español, dA. Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies) 9/3 (2018). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.361>

³⁶ A este respecto, la jurisprudencia de ese lapso temporal también hizo uso de estas proposiciones legislativas para justificar sus argumentos sobre la sintiencia de los animales. Por ejemplo, se puede ver la Sentencia n° 418/2020 de 25 de septiembre de 2020 de la Audiencia Provincial de Valencia, sobre la custodia por tiempos alternos de los animales de compañía (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cb4f6b784351ab22/20201215>).

³⁷ GIMÉNEZ-CANDELA, M., Animales en el Código civil español: una reforma interrumpida, dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 10/2 (2019). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.438>

³⁸ GIMÉNEZ-CANDELA, M. La descosificación de los animales. Revista Eletrónica do Curso de Direito da UFSM, 12/1 (2017) 298-313.

Por tanto, aunque esta obligatoriedad no se hubiese visto reflejada en el Código civil español de forma alineada con la normativa comunitaria, -puesto que la normativa interna se refería a los animales como meras cosas- la legislación citada ya recogía la sintiencia de los animales y, por tanto, ante un eventual procedimiento judicial donde el objeto fuese la tenencia del animal de compañía, cabría colegir que la premisa interpretativa del juzgador debería partir de la idea de que el fallo va a tener impacto en un ser dotado de sintiencia.

Además de lo anterior, corresponde a los jueces y tribunales interpretar la normativa de aplicación según lo indicado en el art. 3.1 del Código civil³⁹, en consecuencia, la interpretación de nuestro derecho debería realizarse teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que es aplicado, así como en relación con el contexto.

El tercer hito tras decaer las proposiciones de ley comentadas, se produjo en diciembre de 2021 al verse modificado el estatuto jurídico de los animales en España, con la publicación en el BOE de la Ley 17/2021, que introduce varios artículos que traen causa en la condición de los animales como «seres vivos dotados de sensibilidad» y más concretamente, «respetando su cualidad de ser sintiente». Con esta normativa, el legislador español comienza a dar respuesta a una problemática creciente en nuestros tribunales, siendo importante subrayar que en España en el año 2021 había más de 29 millones de animales de compañía⁴⁰ -de los que más de 15 millones eran perros y gatos-.

De la modificación legislativa destacan, entre otros, varios aspectos fundamentales⁴¹:

- Los animales son considerados seres vivos dotados de sensibilidad.
- En las crisis de pareja, se regula el destino de los animales tanto en el proceso principal como ante una eventual modificación de medidas. Cobra especial interés, los posibles repartos de tiempos de convivencia y los posibles gastos en los que se pueda incurrir derivados de la tenencia del animal, y atendiendo al bienestar del animal.

Del mismo modo, se adapta la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que respecta a la convivencia con los animales de compañía.

Se incluye la limitación a la guarda y custodia compartida de los menores entre los progenitores, cuando pudieran existir malos tratos a los animales o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a los hijos comunes o al otro cónyuge.

- En lo que respecta a materia de sucesiones, se prevé el destino de los animales que sean propiedad del causahabiente y primando el interés del animal.
- Se prohíbe que los animales de compañía puedan ser objeto de prenda y también se prohíbe la hipoteca de los animales destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera. Del mismo modo, serán inembargables los animales de compañía.

De lo anteriormente indicado, debemos destacar principalmente que (i) la legislación española ya ha establecido un nuevo estatuto jurídico para los animales, por cuanto ya considera a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad, lo que conlleva su descosificación y, (ii) en lo que a las crisis de pareja se refiere se genera un nuevo marco jurídico garantista respecto de los animales y su condición de seres sintientes.

A este respecto, debemos destacar que el Código civil introduce en su art. 333 bis que los animales son «seres vivos dotados de sensibilidad» y que los propietarios o aquellos que tuvieran cualquier otro derecho sobre el animal ejercerán sus derechos sobre este, respetando su condición de ser sintiente y asegurando su bienestar.

Del mismo modo, se incorporan al Código civil elementos claves respecto del destino de los animales de compañía cuando se producen crisis de pareja, concretamente, se indica en su art. 90 que se tendrá en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar animal para «el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal». Además, se faculta a los tribunales para que en el caso de que el acuerdo adoptado por los cónyuges para la regulación de las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio fuese «gravemente perjudicial para el bienestar de los animales», puedan adoptar las medidas correspondientes.

A mayor abundamiento, en el art. 91 se faculta a las autoridades judiciales para que en defecto de

³⁹ Establece el art. 3.1 del Código Civil que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

⁴⁰ Se puede acceder a la encuesta en

<https://www.anfaac.org/datos-sectoriales/#:~:text=En%20Espa%C3%B1a%20hay%20m%C3%A1s%20de,la%20pandemia%20por%20COVID%2D19.>

⁴¹ Se puede acceder a una crónica de OLIVERA OLIVA, sobre la modificación legislativa en el estatuto jurídico de los animales en https://www.derechoanimal.info/sites/default/files/attachments/Ley_1.pdf

acuerdo de los cónyuges determinen «el destino de los animales de compañía». Importante también resulta, la modificación que se incluye en el art. 92, dado que se indica que en lo que se refiere a la guarda conjunta de los hijos «se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas».

No obstante, el nuevo redactado del art. 92.7 del Código civil⁴², no es suficiente para abordar la problemática que se suscita de separaciones derivadas de la violencia machista, dado que existen muchos supuestos en los que las mujeres no denuncian a su agresor por no poder dar una alternativa habitacional a su animal de compañía.

Y ello, a pesar de que son loables iniciativas como las desarrolladas por la Dirección General de Derechos de los animales y el Observatorio de Violencia con el programa VIOPET que pretende la acogida temporal, de los animales de mujeres víctimas de violencia machista, en la que «durante el primer año desde que se pusiera en marcha este programa se ha dado cobertura a más de 300 mujeres supervivientes de violencia machista y a sus animales»⁴³. Del mismo modo, actualmente cuentan «con una red de más de 800 casas de acogida repartidas por todo el Estado, que se prestan voluntarias a acoger a estos animales hasta que éstos pueden retornar con sus propietarias»⁴⁴.

Estas alternativas, no ofrecen la respuesta que demanda la sociedad, por cuanto deja la solución última a la solidaridad privada de aquellas personas que se presten voluntarias para la acogida de los animales, siendo que la raíz del problema se encuentra en que en «la mayoría de los servicios de acogida y emergencia no se permite la entrada de animales de compañía»⁴⁵, y es que la separación del animal y su tenedora responsable es, precisamente, lo que las administraciones deben tratar de evitar en todo momento, para que podamos hablar de una respuesta justa, adecuada y tuitiva de los derechos de ambas víctimas.

A este respecto, queda aún mucho por legislar, también en materia penal, para poder seguir avanzando en esta materia y poder ofrecer alternativas que permitan a las víctimas de la violencia machista denunciar a sus agresores, sin que ellas y sus seres queridos -incluidos los animales de compañía- vean peligrar sus vidas. En esencia, lo que se propone es que la legislación debería permitir que los jueces puedan ofrecer una alternativa habitacional conjunta para el animal y su tenedora responsable desde el mismo momento de la denuncia.

Por otro lado, ahondando sobre las cuestiones producidas en las crisis de pareja, el nuevo art. 94 bis, establece que «la autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges», así como deberá determinar, en su caso, «la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal» y todo ello con independencia de la «titularidad dominical» del animal.

Del mismo modo, se modifica el art. 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para a nivel de procedimiento establecer que, «en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con (...) la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía».

En consecuencia, derivado de las modificaciones que se han producido tras la publicación de la normativa citada, el derecho español ofrece ya a los tribunales elementos suficientes para resolver las problemáticas que se pudieran suscitar en materia de crisis de pareja y que implicaban a algún animal de compañía. Por tanto, la nueva regulación dará respuesta a la problemática que se había producido en reiteradas ocasiones en los Juzgados y que obtuvieron respuestas divergentes de estos en atención a la interpretación que realizase el juzgador concreto, con la indefensión que ello suponía.

Pues bien, es importante subrayar que la nueva normativa comienza a dar sus frutos en los Juzgados españoles, tal es así que el primer procedimiento que aplica las modificaciones legislativas indicadas y que ha tenido notoriedad pública a estos efectos tiene como protagonista a Tuco⁴⁶.

Concretamente, mediante auto del Juzgado de Instrucción número 11 de Oviedo, se paraliza la entrega del animal a su cuidador primitivo, por cuanto no se está dilucidando la entrega «de una cosa, sino de un

⁴² Establece el nuevo redactado del art. 92.7 del Código Civil que, «no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas».

⁴³ Puede ampliarse la información en <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-animales/VIOPET.htm>

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Se puede acceder a la noticia en la página digital de El Mundo:
<https://www.elmundo.es/espana/2022/01/24/61ebf6a3fdddf716f8b45a4.html>

animal» que es «un ser vivo, dotado de sensibilidad, de manera que todas las decisiones que afecten a un animal deben asegurar su bienestar conforme a las características de cada especie». La titular del Juzgado de Instrucción entiende, que en tanto en cuanto no sea firme el procedimiento sobre la titularidad del animal, es recomendable no cambiar la situación de Tuco por el sufrimiento evitable que se le podría ocasionar.

En definitiva, una resolución que refrenda el comienzo de un nuevo marco jurídico para los animales y que dota de seguridad jurídica a las partes en el proceso, a todas las partes, incluidos los animales.

4. Conclusiones

Que los animales de compañía forman parte de nuestras familias es algo que muchos saben desde hace años; sin embargo, la normativa española aplicable a los supuestos de crisis de pareja no ha protegido a los animales de la forma que exigía su condición de seres sintientes.

Tal y como se ha indicado, el proceso de descosificación de los animales no ha seguido una línea común en todos los países miembros de la Unión Europea, pero se puede colegir que estamos, por un lado, ante «una tendencia imparable»⁴⁷ derivada de que «los animales empiezan a significar para la sociedad, el despertar de una conciencia de empatía que no tolera el maltrato de estos compañeros de vida»⁴⁸ y, por otro, que ese despertar colectivo está poniendo de relieve la importancia silenciosa de la célebre expresión: *navigare necesse est*⁴⁹.

En el caso español, se ha tenido que esperar hasta el pasado 5 de enero de 2022 para que entrase en vigor una norma que transformaba la consideración jurídica de los animales de meras cosas a seres vivos dotados de sensibilidad, extremo que ha supuesto alinearse con lo establecido en el art. 13 del TFUE para también, ofrecer una regulación necesaria a determinadas problemáticas que se venían suscitando en el ámbito del derecho civil.

En este sentido, donde las resoluciones de los juzgados y tribunales ofrecían interpretaciones contradictorias, en lo que se refiere a la especial consideración de los animales como seres sintientes, a partir de ahora se abre un nuevo escenario donde la normativa vigente ofrece una regulación acorde con las necesidades de los animales y coherente con la normativa europea en esta materia.

A este respecto, hasta que se produjo la entrada en vigor de la normativa indicada, y ante la inoperancia del legislador, muchos tribunales pusieron de relieve (i) la importancia de la interpretación normativa en el derecho y, (ii) derivado de lo anterior, la controvertida creación de derecho que, *de facto*, han llevado a cabo algunos juzgadores.

No obstante, a pesar de que a la fecha de publicación de este artículo España ya cuenta con una legislación que facilitará a los juzgadores la resolución de estas problemáticas, aún queda mucho por legislar y muchas respuestas por ofrecer a una sociedad que avanza, imparable, en mejorar el trato que se les dispensa a los animales.

5. Referencias

a) Bibliografía y artículos doctrinales

- BEKOFF, M., & PIERCE, J. Agenda para la cuestión animal: libertad, compasión y coexistencia en la era humana (Madrid 2018).
- BERNUZ BENÉITEZ, M.J., La instrumentalización de los animales para el logro de objetivos políticos: el debate parlamentario sobre los toros en España. dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 11/3 (2020). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.504>
- BULYGIN, E. Los jueces ¿crean derecho? Isonomía. 18 (2003) 7-25.
- CRAWFORD, D., & BOHAC CLARKE, V. Inside the cruelty connection: The role of animals in decision-making by domestic violence victims in rural Alberta (2012) 3. Research report to the Alberta SPCA. Edmonton, Alberta: Alberta Society for the Prevention of Cruelty to Animals. Alberta Society for the Prevention of Cruelty to Animals.
- DE BAGGIS, G. F., Arturo, Sandra, Poli y Cecilia: cuatro casos paradigmáticos de la jurisprudencia argentina. dA. Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies) 8/3 (2017). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.23>

⁴⁷ GIMÉNEZ-CANDELA, M., Una tendencia imparable, dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 6/1 (2015). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.272>

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Plut. Pompei viri illustris vita, 50 – Referenciado por Giménez-Candela en su libro Transición animal. Vid. Supra 1

- D'ORS, A. Profilaxis policial y falacia del "Estado de Derecho". *Revista de Derecho Público*, 60 (1996) 39.
- GAITÁN DÍAZ, B. Mujeres y animales domésticos como víctimas de la violencia de género (2020).
- GIMÉNEZ-CANDELA, M., Una tendencia imparable. *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 6/1 (2015). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.272>
- GIMÉNEZ-CANDELA, M., Reforma del Cc. de Portugal: Los animales como seres sintientes. *dA. Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies)* 9/4 (2016). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.255>
- GIMÉNEZ-CANDELA, M. La descosificación de los animales. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. 12/1 (2017) 298-313.
- GIMÉNEZ-CANDELA, M., Dignidad, sentiencia, personalidad: relación jurídica humano-animal. *dA. Derecho Animal. (Forum of Animal Law Studies)* 9/2 (2018). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.346>
- GIMÉNEZ-CANDELA, M. La descosificación de los animales en el Cc. Español. *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 9/3 (2018). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.361>
- GIMÉNEZ-CANDELA, M., Animales en el Código civil español: una reforma interrumpida. *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 10/2 (2019) - DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.438>
- GIMÉNEZ-CANDELA, M. Transición animal en España (Valencia 2020) 168.
- GIMÉNEZ-CANDELA, M., Derecho Animal en Cataluña. Las pautas de Francia. *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 12/3 (2021). DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.600>
- OLIVERA OLIVA, M., La tenencia compartida de un animal doméstico como ser sintiente. Comentario a la sentencia de fecha 27 de mayo de 2019 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valladolid. Magistrado-juez: D. Luis C. Tejedor Muñoz. *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 10/4 (2019) - DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.467>
- OLIVERA OLIVA, M., Crisis de pareja de hecho y animales de compañía. Sentencias en Cataluña, anteriores a la propuesta de reforma del Código Civil de 20 de abril de 2021. *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 12/2. (2021) - DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.578>
- PÉREZ LUÑO, A. E. ¿Qué significa juzgar? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32 (2009) 151-176.
- ROJAS, A. S., Denegación de la guarda y custodia compartida de un perro por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 40 de Madrid, *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 4/3 (2013). <https://doi.org/10.5565/rev/da.166>

b) Legislación

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>).
- Protocolo nº 33 sobre la Protección y el Bienestar de los animales de 1997 que se anexa al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12006E%2FPRO%2F33>).
- BOCG de 1 de marzo de 2019 (122/000134) Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. (https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-167-5.PDF).
- Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, lo que, inequívocamente, pone de relieve la importancia de la cuestión interpretativa. (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-20727>).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT>).

c) Sentencias de interés

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de fecha 7 de octubre de 2010 (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1bda2019841b8f70/20101021>).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 40 de Madrid de fecha 12 de marzo de 2013 (<https://derechoanimal.info/sites/default/files/legacyfiles/bbdd/Documentos/1194.pdf>).

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valladolid de fecha 27 de mayo de 2019 (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Un-juez-de-Valladolid-otorga-la-custodia-compartida-de-un-perro-a-una-pareja-que-pleiteaba-por-la-propiedad-del-animales>).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Murcia de fecha 21 de junio de 2019 (<https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-108-2019-jpi-murcia-sec-4-rec-1041-2018-21-06-2019-47991943?tribunal%5B0%5D=Juzgado+de+Primera+Instancia+-+Murcia&noIndex>)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Vilanova i la Geltrú de fecha 6 de noviembre de 2019 (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/81cc883b70d1e1f8/20191219>).
- Sentencia nº 418/2020 de 25 de septiembre de 2020 de la Audiencia Provincial de Valencia, sobre la custodia por tiempos alternos de los animales de compañía (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cb4f6b784351ab22/20201215>).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid de fecha 7 de octubre de 2021 (<https://derechoanimal.info/sites/default/files/doc-law/Sentencia%207.10.2021.pdf>).

d) Páginas Web de interés

- Se puede acceder a la iniciativa de VIOPET en: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-animales/VIOPET.htm>
- Se puede acceder a una crónica de OLIVERA OLIVA, sobre la modificación legislativa en el estatuto jurídico de los animales en https://www.derechoanimal.info/sites/default/files/attachments/Ley_1.pdf
- Se puede acceder a la encuesta sobre el número de animales de compañía en: <https://www.anfaac.org/datos-sectoriales/#:~:text=En%20Espa%C3%B1a%20hay%20m%C3%A1s%20de,la%20pandemia%20por%20COVID%2D19>.