

Y NIETZSCHE GANÓ LA BATALLA: POR FIN TENEMOS UNA
LEY ESTATAL QUE RECONOCE A LOS ANIMALES COMO SERES
SENSIBLES. CRISIS FAMILIARES Y ANIMALES DE COMPAÑÍA A
PROPÓSITO DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE*

AND NIETZSCHE WON THE BATTLE: WE FINALLY HAVE A STATE LAW
THAT RECOGNIZES ANIMALS AS SENSITIVE BEINGS. FAMILY CRISIS
AND PET ANIMALS REGARDING LAW 17/2021, OF DECEMBER 15

Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 732-763

* “La verdadera bondad del hombre sólo puede manifestarse con absoluta limpieza y libertad en relación con quien no representa fuerza alguna. La verdadera prueba de la moralidad de la humanidad, la más honda (situada a tal profundidad que escapa a nuestra percepción), radica en su relación con aquellos que están a su merced: los animales” (Milan Kundera: La insostenible levedad del ser).



Tania
VÁZQUEZ
MUIÑA

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de mayo de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo se analizan las principales novedades introducidas por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, en materia de crisis matrimoniales y animales domésticos, amén del reconocimiento de los animales como seres sensibles en nuestro ordenamiento jurídico a través de la mencionada ley; todo ello con el objetivo de examinar sus disposiciones y realizar propuestas de mejora.

PALABRAS CLAVE: Animales; crisis familiares; seres sensibles; animales de compañía; ley estatal.

ABSTRACT: *In the present work, the main novelties introduced by Law 17/2021, of December 15, in terms of marital crisis and pet animals, are analyzed, in addition to the recognition of animals as sentient beings in our legal system through the aforementioned law; all of this with the aim of examining its provisions and making proposals for improvement..*

KEY WORDS: *Animals; family crisis; sensitive beings; pet animals; state law.*

SUMARIO.- I. NI COSAS NI PERSONAS: LOS ANIMALES SON SERES SENSIBLES.- II. REINO UNIDO Y EL BIENESTAR ANIMAL.- III. EL ART. 13 TFUE: RANGO, EFICACIA Y LAS MAL LLAMADAS EXCEPCIONES.- 1. Rango y eficacia del art. 13 TFUE.- 2. Las mal llamadas excepciones del art. 13 TFUE.- IV. EL PRINCIPIO DE BIENESTAR ANIMAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.- 1. La Constitución Española como sistema aislado: la ausencia de una referencia al bienestar animal.- 2. La integración en nuestro ordenamiento jurídico del art. 13 TFUE.- V. CRISIS FAMILIARES Y ANIMALES DE COMPAÑÍA A PROPÓSITO DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE.- 1. Y Nietzsche ganó la batalla: por fin tenemos una ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles.- 2. Una ley que opta por la formulación positiva, en la senda de los Códigos Civiles francés y portugués.- 3. Los animales son seres sensibles, pero susceptibles de apropiación y comercio.- 4. Crisis familiares y animales de compañía.- 5. Testamento y animales de compañía.- 6. Ausencia de definición de animal de compañía.- 7. Otras cuestiones.- VI. CONCLUSIONES.

I. NI COSAS NI PERSONAS: LOS ANIMALES SON SERES SENSIBLES.

Como bien se ha puesto de manifiesto por algún autor -autora en este caso¹-, en los últimos meses los civilistas nos hemos visto sacudidos por dos reformas legislativas que han modificado nuestro decimonónico Código Civil, para incluir en él una serie de cambios que, a pesar de su obviedad, requerían necesariamente de positivización: por un lado, que las personas con discapacidad tienen exactamente los mismos derechos que las demás (en este sentido, véase la Ley 8/2021, de 2 de junio²), y por otra, que los animales son seres sensibles, cuestión esta última sobre la cual versará el presente trabajo, a propósito de las modificaciones introducidas por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre³.

La positivización del carácter sensible de los animales era absolutamente imprescindible, pues en pleno siglo XXI, y más concretamente, en febrero de 2021, aún seguían aconteciendo sucesos como el que sigue, aunque puedan parecer inverosímiles: que un juez, ante la separación de una pareja, ambos propietarios de un perro, sin que éstas hubieran alcanzado acuerdo alguno sobre quién de ellos pasaba a ostentar la tenencia exclusiva del animal y su correspondiente

1 VIVAS TESÓN, I.: "Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022, p. 45.

2 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

3 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. En adelante, Ley 17/2021, de 15 de diciembre.

• Tania Vázquez Muíña

Profesora de Derecho Civil en RCU M^a Cristina (UCM) y autora colaboradora de Wolters Kluwer. Tiene evaluación positiva para la figura de Profesora Contratada Doctora y de Universidad Privada (ANECA, 2022), y es Doctora en Derecho con la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad (UCM, 2017). Asimismo, cuenta con un Máster Universitario en Derecho Privado (UCM, 2013) y con una Doble Licenciatura en Derecho y ADE (UC3M, 2011). Sus principales líneas de investigación se centran en el préstamo hipotecario y las cláusulas abusivas; la gestación por sustitución y el Registro Civil; y los animales de compañía en el Derecho de familia y sucesiones. Correo electrónico: vazquezmuina.tania@gmail.com.

compensación, decidiera que el can pasara a ser subastado, como si de un mero bien mueble o cosa se tratara⁴.

Cabe señalar que esto no tenía por qué haber sido necesariamente así. Como ya sostuvimos en un trabajo anterior, mientras no constara expresamente en nuestro Código Civil la realidad de seres sensibles de los animales, los tribunales deberían haber realizado una interpretación de las normas relativas a la comunidad de bienes conforme al contexto y a la realidad social imperante (art. 3.1 CC), amén de tener en cuenta los lazos afectivos que unen a los propietarios y sus animales, de manera que, ante un supuesto de crisis de pareja en la que se plantea la tenencia de un animal, debían manejarse únicamente dos alternativas: O bien, otorgar la custodia exclusiva a una de las partes, con el reconocimiento de derechos de visita para el miembro no custodio y la entrega a éste de la indemnización correspondiente (art. 404 CC); o bien, conforme al art. 394 CC, que ambos individuos ostenten la custodia del animal durante un periodo de tiempo al año, estableciendo periodos de visita para el miembro no custodio; pues resulta inadmisibles que aún acontezcan supuestos en los que la venta en subasta pública de un animal, ante falta de acuerdo entre las partes, sea llevada a la práctica por parte de un juez, precisamente al amparo de una aplicación literal de las normas⁵.

Y es que ya lo dijo de manera acertada y visionaria ROGEL VIDE: que en supuestos de crisis de relación entre las personas a las que los animales han acompañado, debería existir una especie de derecho de visita, un derecho, por decirlo así, de contacto con el animal en cuestión, aparte de que el propio régimen singular sensible de los animales conlleva la necesidad de que los dueños hagan todo lo posible por asegurar el bienestar de los mismos⁶.

Que nuestro Código Civil tenía que abandonar esa visión anacrónica, antropocentrista y cartesiana, en relación al régimen jurídico de los animales, era una cuestión patente y completamente necesaria, pues la forma del hombre de relacionarse con los animales ha experimentado una notable evolución desde el siglo XIX, época en la que el animal era poco más que una cosa susceptible de posesión y de apropiación. Con esta reforma legislativa -que esperemos sea la primera de muchas, como desea también el propio legislador-, finalmente se dota a los animales de su propio estatus jurídico, diferente al de cosas y al de

4 En el siguiente enlace puede consultarse la noticia: <https://www.animalshealth.es/animaladas/justicia-espanola-subasta-perro-separacion-pareja>. En los siguientes enlaces puede comprobarse el anuncio de subasta y el bien subastado, respectivamente: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-B-2021-5478; <https://subastas.boe.es/detalleSubasta.php?idSub=SUB-JV-2020-156838&ver=3&idBus=&idLote=&numPagBus=>. Como puede comprobarse en los enlaces facilitados, el perro respondía al nombre de "Boss" y era de raza boston terrier.

5 VÁZQUEZ MUIÑA, T.: "Animales y crisis de pareja. El régimen de la comunidad de bienes y el derecho de visita", *Actualidad Civil*, núm. 12, 2021, p. 11.

6 ROGEL VIDE, C.: *Personas, animales y derechos*, Reus, 2018, p. 76.

las personas, reconociéndoles como lo que son: un *tertium genus*, una tercera categoría jurídica, en la que ni son cosas ni son personas, sino seres sensibles. Así lo propugnaba ya ROGEL VIDE al sostener que los animales no son cosas, ni tampoco personas, son algo intermedio a las unas y a las otras, un tercer género por decirlo así, al que hay que tratar como tal, siendo necesario reflejar en los códigos esta singularidad, como ya sucede en el Código Civil catalán y portugués⁷. Con la irrupción de este *tertium genus* se quiebra la dicotomía jurídica clásica de sujeto/objeto en la que se apoyaban nuestras normas conforme a las cuales todo lo que no es persona es cosa⁸.

La consideración del legislador de que este sea el primer paso de muchos otros que vendrán posteriormente en esta línea, lo encontramos reflejado en la Exposición de Motivos II de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, en donde se manifiesta lo siguiente: “(...) se concreta que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, lo que no excluye que en determinados aspectos se aplique supletoriamente el régimen jurídico de los bienes o cosas. De este modo, los animales están sometidos solo parcialmente al régimen jurídico de los bienes o cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales, y siempre que dicho régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a su protección. Lo deseable *de lege ferenda* es que ese régimen protector vaya extendiéndose progresivamente a los distintos ámbitos en que intervienen los animales, y se vaya restringiendo con ello la aplicación supletoria del régimen jurídico de las cosas”.

En esta manifestación puede observarse con claridad que la voluntad y el deseo del legislador es que los animales gocen de su propio régimen jurídico, diferenciado del de las personas y, por supuesto, del de las cosas, postura que compartimos. No nos parece adecuado, por supuesto, que en pleno siglo XXI, a los animales les siga siendo de aplicación el régimen jurídico de las cosas, aunque sea de manera supletoria; sin embargo, mejor eso a que sigamos aplicándoles dicho régimen en su totalidad.

Así, el 5 de enero de 2022 entraba en vigor la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, y con ello, la tan esperada reforma sobre el estatuto jurídico de los animales, contando únicamente con el voto en contra del Grupo Parlamentario VOX. Esta reforma supone un avance importantísimo en materia de bienestar animal en España, al contar desde entonces con una ley estatal sobre la materia -si bien

7 ROGEL VIDE, C.: *Personas, animales*, cit., p. 76.

8 VIVAS TESÓN, I.: “Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 21, 2019, p. 5.

con sus aciertos y sus defectos, como se verá en el presente estudio-, al mismo tiempo que adecuaba de manera expresa nuestro ordenamiento jurídico interno a las normas y principios europeos sobre bienestar y protección animal.

II. REINO UNIDO Y EL BIENESTAR ANIMAL.

Se avisa al lector, antes de que siga avanzando, de una importante precisión terminológica que se intentará seguir a lo largo del trabajo, pero que, en caso de que dicho intento devenga infructuoso, al menos la distinción le resultará de utilidad en la materia: aunque en ocasiones se venga refiriendo, de modo indistinto, a los términos protección y bienestar animal, uno y otro término designan realidades diferentes. Mientras la protección animal supone situarnos en una concepción clásica del animal como elemento físico y, por tanto, las disposiciones orientadas a su protección únicamente tienden a evitar el maltrato corporal y a velar por la satisfacción de sus necesidades estrictamente alimenticias e higiénicas, el bienestar animal supone un paso más allá, pues comporta tener en cuenta no sólo las necesidades físicas del animal, sino también sus necesidades psicológicas⁹.

En materia de protección, pero sobre todo, de bienestar animal, Reino Unido ha sido un país pionero, al cual le debemos mucho en la Unión Europea. La primera ley de protección animal se promulgó, precisamente, en Gran Bretaña en 1822. El Parlamento aprobó la Ley Richard Martin para prevenir el trato cruel e inapropiado hacia el ganado (*Richard Martin's Act to Prevent the Cruel and Improper Treatment of Cattle*). Casi un siglo después, en 1911, se promulgó la Ley de Protección de los Animales (*Animal Protection's Act*), que se mantuvo en vigor, relativamente intacta, durante décadas, hasta que fue sustituida en 2006 por la Ley de Bienestar Animal (*Animal Welfare Act*¹⁰), que, por primera vez, impone a los dueños de los animales de compañía el deber de cuidado de los mismos¹¹.

De hecho, llama la atención que la ley se refiera a las personas que tienen animales como responsables de los mismos y no como dueños o propietarios, como puede observarse en el art. 3 ("*Responsability for animals*") y en el art. 9 ("*Duty of person responsible for animal to ensure welfare*") de la citada Ley, pues ello supone un cambio de perspectiva respecto al lugar que desempeña el hombre en su relación con los animales.

Así, los dueños de animales de compañía, no sólo están obligados por ley a satisfacer las necesidades básicas de sus mascotas, como el agua o el alimento, sino

9 CASTRO ÁLVAREZ, C.: *Los animales y su estatuto jurídico. Protección y utilización de los animales en el Derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 122 y 123.

10 El texto puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/contents>.

11 GIMÉNEZ CANDELA, T.: "Brexit y los animales: el legado del Reino Unido al Derecho Animal", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 7, núm. 3, 2016, p. 1.

que la ley impone, además, la obligación de atención veterinaria y la de procurarles vivir en un entorno adecuado a sus necesidades, cuestiones todas ellas que, en la ley de 1911 sólo se refería a los animales de granja¹².

En el aspecto legal, la Unión Europea debe al Reino Unido algo tan importante como la creación del término científico bienestar animal (“*Animal Welfare*”), la forma de aplicación del mismo a través de las llamadas cinco libertades (“*Five Freedoms*”¹³) y, en la últimas décadas, la inclusión del término seres sintientes (“*sentient beings*”) como estándar de tratamiento de los animales, a los que se les reconoce su capacidad, no sólo de experimentar dolor físico o sufrimiento, sino también placer y diversión. La legislación de los últimos 40 años de la Unión Europea respecto de los animales (granja, experimentación, transporte, espectáculos), no se entendería sin la decisiva aportación del Reino Unido¹⁴.

III. EL ART. 13 TFUE: RANGO, EFICACIA Y LAS MAL LLAMADAS EXCEPCIONES.

I. Rango y eficacia del art. 13 TFUE.

Al igual que ocurre en el Derecho español interno, las normas del propio sistema europeo están organizadas jerárquicamente. A este respecto, las normas más importantes, es decir, las que estructuran el conjunto del sistema, de la misma manera que en los Estados miembros lo estructuran las respectivas constituciones, son los denominados Tratados Constitutivos, entre los cuales se encuentra el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Los Tratados Constitutivos cumplen, así, una función similar a las Constituciones de los Estados miembros, hasta el extremo de que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea llama a los Tratados Constitutivos la “carta constitucional fundamental”¹⁵.

Buen ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 23 de abril de 1986, Asunto 294/83, Los Verdes contra el Parlamento Europeo, pues en dicha resolución se manifestaba lo siguiente: “En este sentido, es pertinente subrayar, en primer lugar, que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos

12 GIMÉNEZ CANDELA, T.: “Brexiteo”, cit., p. 1.

13 Las llamadas Cinco Libertades son las que siguen: “1. Freedom from Hunger and Thirst: by ready access to fresh water and a diet to maintain full health and vigor. 2 Freedom from Discomfort: by providing an appropriate environment including shelter and a comfortable resting area. 3. Freedom from Pain, Injury or Disease: by prevention or rapid diagnosis and treatment. 4. Freedom to Express Normal Behavior: by providing sufficient space, proper facilities and company of the animal's own kind. 5. Freedom from Fear and Distress: by ensuring conditions and treatment which avoid mental suffering”.

14 GIMÉNEZ CANDELA, T.: “Brexiteo”, cit., pp. 1 y 2.

15 ALONSO GARCÍA, E.: “El bienestar de los animales como seres sensibles-sintientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español”, *Diario La Ley*, 2018, p. 12.

con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado” (párrafo 23). La alusión hecha al Tratado se refiere al Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE), que ha sobrevivido con diversas reformas y distintas denominaciones hasta nuestros días, siendo la actual denominación, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Dado que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tiene rango constitucional -si adoptamos el punto de vista del ordenamiento jurídico europeo-, no cabe duda de que el art. 13 de dicho Tratado comparte dicho rango. Tal precepto consagra que los animales son seres sensibles, de tal manera que el objetivo de bienestar animal ha pasado a tener un valor “constitucional”, al estar integrado actualmente en las fuentes primarias del mismo Derecho comunitario, y aun en la más elevada: el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, considerada como la Constitución Europea y, por ende, un texto fundamental. Los Tratados Constitutivos son las normas supremas del ordenamiento jurídico comunitario y condicionan la interpretación y la validez de las demás disposiciones de la Unión Europea y del Derecho nacional vinculado a ella. Por ello, el art. 13 TFUE se ha convertido en pieza clave del avance de las legislaciones proteccionistas de los Estados de la Unión Europea¹⁶.

Así, cualquier norma comunitaria o de cualquier Estado miembro que cause malestar o perjuicio a un animal, debería, en principio, ser declarada automáticamente nula por contradecir lo dispuesto en el art. 13 TFUE, salvo que, por ejemplo, afecte a un rito religioso (por ejemplo, una norma europea que permita el sacrificio de corderos conforme al rito musulmán o judío) o a una tradición cultural¹⁷, y siempre en el marco de las materias enunciadas en el art. 13 TFUE, en cuyo caso, deberán cohonestarse los intereses en juego, tal y como se verá en el siguiente apartado.

Atrás quedaron los tiempos en los que el principio de bienestar animal aparecía regulado en el Protocolo 33 del Tratado de Ámsterdam, teniendo dichos protocolos la categoría de textos preambulares, con un valor únicamente interpretativo y no vinculante, carentes de cualquier valor jurídico-normativo¹⁸.

16 BRELS, S.: “El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001”, *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 3, núm. 2, 2012, p. 6; VIVAS TESÓN, I.: “Los animales”, *cit.*, p. 5.; ALONSO GARCÍA, E.: “El bienestar”, *cit.*, pp. 12 y 13.

17 ALONSO GARCÍA, E.: “El bienestar”, *cit.*, p. 13.

18 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España”, *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 12, núm. 2, 2021, p. 42.

2. Las mal llamadas excepciones del art. 13 TFUE.

Respecto a las excepciones contenidas en el art. 13 TFUE, conviene realizar una serie de observaciones. Recordemos, en primer lugar, la dicción del citado precepto: “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”¹⁹.

De la lectura del precepto se desprende, a nuestro juicio, que más que unas excepciones al principio de bienestar animal, es decir, una serie de supuestos en los cuales el bienestar animal queda en un segundo plano, prevaleciendo siempre, en consecuencia, las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional, el legislador comunitario ha querido transmitir que cuando colisionen todos estos aspectos con el bienestar animal, tendrán que ponderarse ambas posiciones jurídicas, con el fin de intentar compatibilizarlas. Consideramos que esta es la voluntad del legislador comunitario, pues expresó “respetando al mismo tiempo”, de lo cual cabe inferir que ambas cuestiones -tanto el bienestar animal como las erróneamente consideradas excepciones- están al mismo nivel de importancia, y será labor del agente jurídico en cuestión cohonestar ambos intereses en juego. Más que excepciones, quizá deberíamos hablar aquí de límites al principio de bienestar animal.

Sentado lo anterior, y aplicándolo a los festejos taurinos y a las corridas de toros celebradas en España, estimamos, secundando la opinión de CASTRO ÁLVAREZ, que “el bienestar animal no debe ceder ante la celebración de un espectáculo como las corridas de toros, con el argumento de que estaríamos ante una de las excepciones que admite el artículo 13 TFUE. Aun cuando es cierto que las tradiciones culturales pueden operar, según el precepto, como límites al bienestar animal, deberá entenderse que, para que el límite surta efecto deberemos estar ante una de las materias a que se refiere el precepto, esto, es agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, lo que no es el caso. Está claro que la justificación para una regulación que permita la celebración de corridas de toros no podemos encontrarla en este precepto”²⁰.

¹⁹ La cursiva es nuestra.

²⁰ CASTRO ÁLVAREZ, C.: *Los animales*, cit., p. 343.

En efecto, las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional, no son excepciones al principio de bienestar animal, sino límites, de manera que tales cuestiones deberán ser respetadas al mismo tiempo que dicho principio, pues no hay una supremacía clara de una u otra cuestión; en consecuencia, se tendrán que ponderar los intereses enfrentados. A ello se añade que, para que surtan efecto los límites del art. 13 TFUE, deberemos estar inevitablemente ante una de las materias a que se refiere el precepto, a saber: agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, lo cual no es el caso de los festejos taurinos y de las corridas de toros, motivo por el cual consideramos que deberían abolirse tales actividades en aras del principio de bienestar animal, principio que forma parte del ordenamiento jurídico comunitario y del nuestro propio. En este sentido, compartimos la opinión de GIMÉNEZ CANDELA: "No es España el único país que mantiene prácticas crueles con animales, pero sí es el país que esgrime con menos pudor que dichas prácticas son un bien cultural que tenemos que seguir preservando"²¹.

IV. EL PRINCIPIO DE BIENESTAR ANIMAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

I. La Constitución Española como sistema aislado: La ausencia de una referencia al bienestar animal.

Nuestra Constitución española de 1978 no contiene ninguna disposición que se refiera de manera expresa y específica a la protección y bienestar de los animales, o que obligue a los poderes públicos a dictar normas con dicho objeto. De hecho, desde el punto de vista de la distribución competencial entre Administraciones territoriales, puede observarse que no figura materia alguna relativa a la protección y bienestar de los animales, pues únicamente se refiere a ellos el legislador, en los arts. 148 y 149 CE, de una manera más bien indirecta o tangencial. Y ello a pesar de que en el momento en que se promulgó la Constitución, los avances de la ciencia habían demostrado ya que los animales no eran máquinas o cosas -como llegó a sostener el filósofo RENÉ DESCARTES²²-; más al contrario, reunían características hasta entonces consideradas exclusivamente humanas como la capacidad de sentir y mostrar emociones, y la comunicación. Existía, además, una corriente

21 GIMÉNEZ CANDELA, T.: "Cultura y maltrato animal", *d.A. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, 2019, vol. 10, núm. 3, p. 9.

22 Como apunta RUY HENRIQUEZ: "Hacia el final de la quinta parte del Discurso del método (...), Descartes define al animal como una pura máquina, una máquina que se mueve y funciona gracias únicamente a la disposición de sus órganos, sin la participación de ningún otro principio vital que su propia regularidad mecánica. Este animal se distingue del hombre, no por la diferente composición de sus cuerpos, sino porque carece absolutamente de alma racional (...) La diferencia de este animal-máquina con el hombre, su falta de alma en última instancia, se hace patente según Descartes por la incapacidad que tienen los animales para el uso del lenguaje" (RUY HENRIQUEZ: "Importancia de la distinción cartesiana entre el hombre y los animales", *Ingenium, Revista de historia del pensamiento moderno*, núm. 3, 2010, p. 55).

de pensamiento -a quien pertenece el filósofo PETER SINGER²³- que propugnaba, incluso, el reconocimiento de la condición de seres sensibles de los animales²⁴. Y es que, como planteaba el filósofo anglosajón BENTHAM, el *quid* de la cuestión, lo que nos tenemos que preguntar para considerar a los animales seres sensibles e incluirlos indefectiblemente en el espectro de la Ética y del Derecho, no es ya su capacidad de comunicación o su capacidad para razonar, sino su capacidad de sentir, ora sufrimiento ora placer²⁵.

Así pues, la Constitución Española no contiene la más mínima referencia al bienestar o la protección de los animales. De tal manera que, visto nuestro ordenamiento jurídico como un sistema aislado (es decir, fuera del contexto internacional y europeo), la recepción de la ciencia, filosofía, ética y sensibilidad social -si es que se ha producido-, lo ha sido sólo a nivel de legislación ordinaria y de la ley especial. Interpretada la Constitución Española como fundamento de un ordenamiento aislado, no puede pretenderse el rango constitucional de este bien jurídicamente protegido, valor o principio general del Derecho, de la dignidad o del bienestar animal, ni mucho menos que haya mandato constitucional alguno directamente aplicable en este sentido²⁶.

Ahora bien, cabe señalar que, aunque no aparece de manera expresa ni específica en nuestra Constitución ninguna mención a la protección o al bienestar de los animales, resulta obligado apuntar que algunas de las materias que se relacionan en los arts. 148 y 149 CE, se van a ver influenciadas, inexorablemente, por la protección y el bienestar animal. O quizá mejor, se van a tener que desarrollar teniendo presente el marco establecido por las normas y principios comunitarios

23 En 2015 se cumplían 40 años de la publicación de la obra *Liberación Animal (Animal Liberation, 1975)*, de PETER SINGER. Esta obra defiende, entre otras cuestiones, la idea de que la consideración desigual de intereses basada en la especie de los individuos debe ser rechazada, en tanto que se trata de una forma más de discriminación -especismo-, tan carente de justificación como el racismo o el sexismo. Para Peter Singer, la igual consideración de intereses debe ser extendida más allá de la especie humana, incluyendo a todos los seres sintientes, humanos y no humanos. Asimismo, el mencionado autor sostiene que siempre que esté a nuestro alcance debemos actuar con objeto de prevenir o reducir el sufrimiento. Si el sufrimiento importa, habrá de ser así independientemente de quién lo sufra. Por ello, debe importarle sea cual sea la especie del individuo que está sufriendo. De este modo, las mismas razones que tenemos para prevenir y reducir los daños que sufren los seres humanos, son también razones para prevenir y reducir los daños que padecen los animales de otras especies (Información extraída de https://www.eldiario.es/caballodenietzsche/liberacion-animal-peter-singer-controversia_132_2708211.html, día de la consulta: 14 de abril de 2022).

24 CASTRO ÁLVAREZ, C.: *Los animales*, cit., p. 88.

25 BENTHAM, J.: *Introduction to the principles of morals and legislation*, Londres, 1789 (una versión en abierto puede consultarse en https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-1/#f0872-01_head_028): "It may come one day to be recognized, that the number of the legs, the villosity of the skin, or the termination of theos sacrum, are reasons equally insufficient for abandoning a sensitive being to the same fate. What else is it that should trace the insuperable line? Is it the faculty of reason, or, perhaps, the faculty of discourse? But a full-grown horse or dog is beyond comparison a more rational, as well as a more conversable animal, than an infant of a day, or a week, or even a month, old. But suppose the case were otherwise, what would it avail? the question is not, Can they reason? nor, Can they talk? but, Can they suffer?".

26 ALONSO GARCÍA, E.: "El bienestar", cit., p. 7.

relativos a la protección y al bienestar animal²⁷. No en vano el 1 de diciembre de 2009 entró en vigor en toda Europa y, por tanto, en España, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo art. 13 es meridiano en esta materia: “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 la disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional”²⁸.

De esta manera, sin perjuicio de las competencias estatales, las normas que puedan dictarse por las Comunidades Autónomas que hubieran asumido estatutariamente competencias, por ejemplo, en materia de ganadería, ex art. 148.1.7 CE, deberán tener en cuenta la perspectiva de la protección y del bienestar animal. Así, no podrá existir una regulación en esta materia que únicamente tenga en cuenta la consecución del máximo rendimiento económico para el ganadero, si ello se hace sin tener presente el bienestar de los animales afectados. Algo parecido puede decirse en el caso de la caza, materia prevista en el art. 148.1.11 CE, por poner otro ejemplo, donde también incide la protección o bienestar animal. A este respecto, existirán disposiciones que, por ejemplo, prohíban la utilización de determinados métodos de captura si ello produce, por ejemplo, la captura masiva de individuos. Y de igual manera, las normas que dicte el Estado en materia de comercio exterior, en ejercicio de la competencia prevista en el art. 149.1.10 CE, también deberán, cuando sea el caso, tener en cuenta la perspectiva de la protección animal. O cuando legisle en materia de investigación científica y técnica, ex art. 149.1.15 CE, afectando en este caso a los animales utilizados en laboratorios²⁹.

Nos encontraríamos en todos estos supuestos ante el ejercicio de competencias ejercidas por el Estado o por las Comunidades Autónomas en las que debe tenerse en cuenta la perspectiva del bienestar animal, fundamentalmente, porque disposiciones internacionales, directivas y reglamentos aprobados en la Unión Europea así lo han exigido. Son supuestos en los que el bienestar o la protección de los animales es uno de los aspectos que deben ser ponderados al legislar y también al aplicar las normas. En consecuencia, como bien afirma CASTRO ÁLVAREZ, sí que es verdad que la protección animal no constituye materia o título competencial

27 CASTRO ÁLVAREZ, C.: *Los animales*, cit., p. 88.

28 *La cursiva es nuestra*.

29 CASTRO ÁLVAREZ, C.: *Los animales*, cit., p. 89.

que esté previsto de forma expresa en nuestra carta magna; sin embargo, ello no quiere decir que dicha protección no esté presente en absoluto³⁰.

A este respecto, resultan altamente interesantes las manifestaciones emitidas por el AJI 14 de noviembre 2017: "En el marco español, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno, como es el caso de Alemania, Suiza y Austria, cuyas Constituciones proclaman la protección de los animales, nuestra Norma Suprema, no incluye entre su articulado mención alguna al bienestar o a la protección de los animales, más allá de lo previsto en su art. 45, donde se sanciona el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, que es donde genéricamente se ha venido a encajar, de forma ciertamente forzada, el derecho a la protección de los animales, con las limitaciones derivadas de su propia redacción, ya que al margen de que solo se contempla un principio rector de política social y económica no exigible directamente ante los tribunales, limita su perspectiva a una visión antropocéntrica del individuo, que es el que tiene derecho a gozar y disfrutar del medio ambiente como forma de mejorar su calidad de vida, con omisión de la perspectiva de los animales, como seres vivos que son, individualizados y necesitados de tutela y protección. Al no proclamarse un derecho constitucional del bienestar animal, no es de extrañar que la Constitución, tampoco contenga título competencial habilitante de las competencias en materia de protección y bienestar animal"³¹.

Secundando la postura expuesta por el Auto citado, consideramos que la protección y el bienestar animal tienen difícil encuadre en el art. 45 CE, al tratarse de un artículo que regula un concepto -en palabras del propio Tribunal Constitucional- esencialmente antropocéntrico y relativo. Según dicho Tribunal, el medio ambiente consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida³². En efecto, el art. 45 CE establece, en su apartado primero, que "Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo". De la lectura de dicho artículo se infiere que el significado buscado por el legislador era el de reconocer el derecho del hombre a gozar y disfrutar de un medio ambiente adecuado que le permita desarrollar su persona, amén del deber de conservarlo, omitiendo totalmente la perspectiva de los animales. Aquí encajaría el bienestar de los animales como consecuencia de perseguir un medio ambiente más sano, como, por ejemplo, abogar por una ganadería extensiva e intentar eliminar la intensiva, debido al impacto medioambiental que genera.

30 CASTRO ÁLVAREZ, C.: *Los animales*, cit., p. 89.

31 AJI 14 noviembre 2017 (ROJ: AJI 35/2017), FD 1º.

32 STC 102/1995, de 26 de junio (RTC 1995, 102), FD 4º.

Con todo, existen autores que han esgrimido razones para sustentar una concepción amplia del medio ambiente que incluya la protección de todos los animales. Así, CASTRO ÁLVAREZ, para quien “la interpretación del artículo 45 CE no puede quedar petrificada con el concreto sentido que los constituyentes pudieron haberle otorgado en 1978. El propio Tribunal Constitucional ha mantenido que la Constitución y el ordenamiento jurídico forman una estructura inescindible y están interrelacionados y que para indagar cuál es el contenido del derecho reconocido en el artículo 45 CE, hemos de acudir al resto del ordenamiento”³³. La cuestión es que nuestro Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, ya se ha pronunciado, manifestando que el contenido del art. 45 CE es antropocéntrico, aparte de que la propia dicción del precepto parece bastante clara reconociendo el derecho del hombre a gozar y disfrutar de un medio ambiente adecuado que le permita desarrollar su persona. En nuestra opinión, no se deberían llevar a cabo interpretaciones que desvirtúen el contenido y la finalidad de un precepto.

En cualquier caso, a nuestro juicio, y como apuntaba el Auto, no debe olvidarse que el art. 45 CE se sitúa sistemáticamente en nuestra carta magna dentro del apartado titulado “De los principios rectores de la política social y económica”, por lo que se trata de una cuestión no directamente exigible ante los tribunales.

Como propuesta *de lege ferenda*, bien haría nuestro legislador constituyente si se fijara en los Estatutos de algunas Comunidades Autónomas que han incluido en su articulado de manera expresa la condición de seres sensibles (o sintientes) de los animales. Entre ellos, cabe citar la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, que en su art. 35 preceptúa lo siguiente: “En los términos que se fijen por ley, de acuerdo con la Constitución y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las administraciones públicas canarias velarán por el mantenimiento y la salvaguarda de los animales, además de reconocerlos como seres que sienten y con derecho a no ser utilizados en actividades que conlleven maltrato o crueldad. Asimismo, se fijará el régimen de infracciones y sanciones”.

2. La integración en nuestro ordenamiento jurídico del art. 13 TFUE.

Dicho todo lo anterior, no podemos obviar que el propio texto de la Constitución Española prohíbe expresamente una interpretación cerrada y autosuficiente de su contenido. Más al contrario, permite y ordena acoger principios y normas ajenas al ordenamiento español. Los arts. 93 y 10.2 CE así lo dicen expresamente y, dados la extensión y el rango que la dignificación y el bienestar de los animales tienen en la Europa de la que España forma parte, no es de extrañar que estos dos

³³ CASTRO ÁLVAREZ, C.: *Los animales*, cit., p. 119.

artículos permitan incorporarlos con su propio rango a la estructura constitucional interna³⁴. Este posicionamiento cabría aceptar, en suma, por la vía indirecta de la integración del Derecho europeo, que el principio de bienestar animal recogido en el art. 13 TFUE pasaría a ser un principio de rango constitucional, avalado por el propio texto de la Constitución Española que, de hecho, prohíbe expresamente una interpretación cerrada y autosuficiente de su contenido. Por el contrario, ordena acoger principios y normas ajenas al ordenamiento interno³⁵.

V. CRISIS FAMILIARES Y ANIMALES DE COMPAÑÍA A PROPÓSITO DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE.

I. Y Nietzsche ganó la batalla: Por fin tenemos una ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles.

Como apuntábamos en el título del presente trabajo, FRIEDRICH NIETZSCHE ha ganado la batalla esta vez. Por fin nuestro ordenamiento jurídico ha abandonado la idea -cartesiana, romana, anacrónica-, según la cual los animales eran considerados meras cosas, y ha pasado a reconocer de manera expresa que los animales son seres sensibles.

Conocida es la anécdota del caballo de NIETZSCHE: el mencionado filósofo sale de su hotel en Turín y ve frente a él un caballo y al cochero que lo castiga con el látigo; Nietzsche va hacia el caballo y ante los ojos del cochero, se abraza a su cuello y llora. Su sensibilidad hacia los animales contrasta fuertemente con el pensamiento de DESCARTES, para quien los animales eran poco más que *machina animata*. En el Génesis, Dios le confió al hombre el dominio de los animales, pero Descartes cogió ese señorío y propiedad y fue más allá. Para DESCARTES, el animal es sólo un autómatas, una máquina viviente, *machina animata*. Si el animal se queja, no se trata de un quejido, sino que es el chirrido de un mecanismo que funciona mal. Cuando chirría la rueda de un carro, no significa que el eje sufra, sino que no está engrasado. Del mismo modo hemos de entender el llanto de un animal y no entristecernos por él³⁶.

Afortunadamente, este postulado cartesiano cada vez cuenta con más detractores, siendo la realidad y el sentir social muy distinto, como puede verse reflejado en la cantidad de cuerpos normativos que tienen por objeto la protección y el bienestar de los animales, tanto en el ámbito europeo como en el nacional, siendo una muy buena muestra de esto último la promulgación de la Ley 17/2021,

34 ALONSO GARCÍA, E.: "El bienestar", cit., p. 10.

35 CASTRO ÁLVAREZ, C.: *Los animales*, cit., pp. 131 y 132.

36 KUNDERA, M.: *La insoportable levedad del ser*, Tusquets Editores, 1989, p. 294.

de 15 de diciembre, que nos proporciona una herramienta legal de carácter estatal que reconoce la realidad de seres sensibles de los animales.

2. Una ley que opta por la formulación positiva, en la senda de los Códigos Civiles francés y portugués.

Como bien indica la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, en su Exposición de Motivos I, resulta paradójico que el Código Penal distinguiera en 2003 entre los daños a los animales domésticos y a las cosas -reforma sobre la que se profundizó en 2015-, mientras que el Código Civil siguiera sin reconocer que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. A este respecto, la pretérita regulación de los bienes del Código Civil dotaba a los animales del estatuto jurídico de cosas, en concreto, de la condición de bienes muebles.

La reforma del régimen jurídico de los animales en el Código Civil español sigue las líneas que marcan otros ordenamientos jurídicos próximos, que han modificado sus Códigos Civiles para adaptarlos a la mayor sensibilidad social existente hacia los animales en nuestros días y también para reconocer su cualidad de seres vivos dotados de sensibilidad. Así, se sigue la senda instaurada por Austria, Alemania, Suiza, Bélgica, Francia y Portugal, siendo estos dos últimos países los que más recientemente han modificado su legislación (Francia en 2015 y Portugal en 2017) y los que más proximidad física presentan con nuestro territorio³⁷.

Aunque en las primeras reformas de los Códigos Civiles europeos (a saber, Austria, Alemania y Suiza) se utilizaba la formulación "negativa", en el sentido de que los animales no son cosas o no son bienes, el legislador español ha querido desligarse de esa posición y seguir la fórmula empleada por los Códigos Civiles francés y portugués, que han optado por una descripción "positiva" de la esencia de estos seres vivos que los diferencia, por un lado, de las personas y, por otro, de las cosas y otras formas de vida, típicamente las plantas³⁸. De esta manera, al art. 333 CC se le ha dotado de la siguiente redacción: "Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza y con las disposiciones destinadas a su protección".

En el ámbito del Derecho foral, Cataluña ya optó por esta descripción "positiva" en el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de animales, pues en su art. 2.2 se dispone que "los animales son seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica, así como de movimiento voluntario, y deben recibir el trato que, atendiendo

37 Ley 17/2021, de 15 de diciembre, Exposición de Motivos I.

38 Ley 17/2021, de 15 de diciembre, Exposición de Motivos I.

básicamente a sus necesidades etológicas, procure su bienestar”; añadiendo en el apartado cuatro que “los animales de compañía no pueden ser objeto de embargo en ningún procedimiento judicial”. No obstante, procede indicar que en 2006, fecha en la que se modificó el estatuto jurídico civil de los animales, se utilizó la fórmula “negativa” especificando que los animales no son cosas y que sólo se les aplicaban las reglas de los bienes en lo que permita su naturaleza (art. 511-I del Código Civil catalán).

Es posible que el legislador español haya escogido el camino marcado por Francia y Portugal, fundamentalmente por dos motivos: por un lado, porque son las dos reformas más recientes y, por tanto, las que pueden tener más y mejor en cuenta las expectativas de la sociedad en esta segunda década del siglo XXI. A este respecto, piénsese que los otros países europeos que ya habían abordado la reforma del estatuto jurídico civil de los animales (Alemania, Austria y Suiza) lo habían hecho a principios de la década de 2000 y, por tanto, casi dos décadas desde que lo hicieran. Pero, por otro lado, además, es posible que se hayan escogido estos dos países porque los mismos pertenecen al modo de Código Civil napoleónico al que también pertenece nuestro Código Civil, y no al modelo de Código Civil germánico de Alemania, Austria y Suiza. Ello hace que las soluciones y fórmulas escogidas por los ordenamientos francés y portugués puedan encajar mejor con la estructura y contenido del Código Civil español³⁹.

3. Los animales son seres sensibles, pero susceptibles de apropiación y comercio.

Uno de los principales cambios que ha introducido la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, es la modificación de la dicción del art. 333 CC y la incorporación de un art. 333 bis a dicho cuerpo normativo.

Respecto al art. 333 CC, éste ha pasado a presentar la siguiente redacción: “Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. También pueden ser objeto de apropiación los animales, con las limitaciones que se establezcan en las leyes”. Vemos aquí que, aunque los animales han pasado a ser reconocidos como seres sensibles (*vid.* art. 333 bis CC, apartado primero: “Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad”), rompiendo así con la dicotomía clásica de personas/cosas, éstos siguen siendo susceptibles de apropiación y, por ende, de comercio.

Esta conclusión se desprende también del contenido del art. 333 bis CC, apartado segundo, que establece que “El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él”,

39 ALÁEZ CORRAL, B.: “Algunas claves de la reforma del Estatuto Jurídico Civil del animal en España”, *d.A. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 3, 2018, p. 50.

añadiendo que también deberá ejercer “sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes”. Esto último debe conectarse, indefectiblemente, con lo manifestado por el legislador en la Exposición de Motivos II de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre: “En nuestra sociedad los animales son, en general, apropiables y objeto de comercio. Sin perjuicio de ello, la relación de la persona y el animal (sea este de compañía, doméstico, silvestre o salvaje) ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad, de modo que los derechos y facultades sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria”. Así, puede observarse que el maltrato, el abandono y el sacrificio de un animal, en coherencia con la línea mantenida por nuestro Código Penal y normas administrativas, no está amparado ni por el derecho de uso ni por el derecho propiedad, salvo en los casos establecidos en las normas legales o reglamentarias (*cf.* arts. 337 y 338 CP), como bien podría ser en caso de enfermedad grave e incurable del animal.

4. Crisis familiares y animales de compañía.

Una de las novedades más sobresalientes que se introducen con la Ley 17/2021, de 15 de diciembre es que se incorporan normas relativas a las crisis matrimoniales destinadas a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales con resultados dispares⁴⁰. Para ello, se contempla el pacto sobre los animales domésticos y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar⁴¹. Este último aspecto se ha revelado imprescindible, en tanto, como ya hemos apuntado al principio del trabajo, aún quedan jueces que, en una aplicación literal de la letra del Código, podían llegar a soluciones no acordes con la condición de seres sensibles de los animales proclamada por el Derecho europeo.

Así, se modifica el art. 90 CC introduciéndose un nuevo apartado que permite a las partes establecer en el convenio regulador, para el caso de separación, nulidad o divorcio, “el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como de las cargas asociadas al cuidado del animal”.

40 Para un estudio sobre las controversias surgidas en los tribunales en materia de crisis familiares y animales de compañía con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, *vid.* VÁZQUEZ MUIÑA, T.: “Animales y”, *cit.*, pp. 1-17. Asimismo, realizan un riguroso, amplio y detallado análisis: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Crisis familiares y animales domésticos*, Reus, 2019; y DE TORRES PEREA, J. M.: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil. De su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus, 2020.

41 Ley 17/2021, de 15 de diciembre, Exposición de Motivos II, párrafo sexto.

Asimismo, se incorpora un art. 94 bis en el Código Civil, en el cual se preceptúa que “la autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, 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 animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales”.

Respecto a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, se incorpora una nueva medida en el art. 103 CC, pudiendo el juez “determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”.

En nuestra opinión, supone un avance indiscutible el hecho de reconocer expresamente la posibilidad de que las partes introduzcan en su convenio regulador, para el caso de separación, nulidad o divorcio, cláusulas o pactos referentes al destino de los animales, el reparto de los tiempos de convivencia y las cargas asociadas al cuidado del animal (vacunas, medicamentos, etc.), pues consideramos que la interpretación conjunta de los arts. 90 y 1255 CC confirma que los cónyuges en su convenio regulador pueden pactar las cláusulas que estimen oportuno, ya sean éstas de contenido estrictamente patrimonial o no, siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral y al orden público, teniendo las obligaciones allí asumidas carácter contractual, y por ende, fuerza de ley entre las partes contratantes (art. 1091 CC). Así lo afirmaba ya Díez-PICAZO GIMÉNEZ, para quien, en virtud de los artículos mencionados, los cónyuges están plenamente legitimados para pactar un derecho de visita al animal doméstico dentro del convenio regulador de los efectos de su separación o divorcio, no considerándose dicho pacto contrario a la ley, a la moral o el orden público familiar, por muy anecdótico que dicho pacto le pueda parecer a alguno. De hecho, el art. 90 CC establecía -y establece- un contenido mínimo que debe presentar el convenio regulador, al cual bien podían añadir las partes previsiones sobre los animales de compañía⁴².

Como manifiesta la SAP 25 noviembre 2011, “no resulta extraño que en convenios reguladores de la separación, el divorcio y sus efectos, se contemplen

42 Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “Convenios reguladores y animales domésticos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007, pp. 1689 y ss.

disposiciones para regular la posesión de las mascotas porque es evidente el cariño y afecto que surge por estos animales entre quienes les han cuidado, estableciendo en ocasiones derechos de utilización alterna y otras medidas que favorecen el cuidado de ambos propietarios⁴³.

El reconocimiento expreso de que las partes puedan fijar todas estas cuestiones, si así lo estiman oportuno, en un convenio regulador, o que el que juez pueda establecerlas en sentencia, ayudará a disminuir, sin duda, los conflictos que puedan surgir en el futuro entre particulares, y a evitar que acontezcan situaciones indeseables que no harían más que generar sufrimiento y malestar, tanto en los dueños de los animales como en estos mismos.

Con todas estas modificaciones que introduce el legislador, podemos afirmar que existe una regulación específica que contempla la inclusión de los animales de compañía en el marco del convenio regulador o la sentencia, incluso en la adopción o modificación de medidas en cuanto a los derechos de visita de los animales. El nuevo estatuto jurídico de los animales dota a las mascotas de una especial protección en caso de que se ponga fin al matrimonio. Ahora es, no sólo posible, sino necesaria, la adopción de medidas cuando en el núcleo familiar exista un animal de compañía; y parece importante señalar que estas medidas no se detienen únicamente en establecer un régimen de visitas, sino que se establecerán los términos en los que deberán sufragarse los gastos del animal también. En otras palabras, se trata de una auténtica guarda y custodia de los animales de compañía⁴⁴.

Es reseñable también, por otra parte, que el art. 94 bis CC preceptúa que, a efectos de determinar qué cónyuge ostentará la custodia, será indiferente la titularidad dominical del animal. De esta manera, aunque uno solo de los cónyuges sea el propietario legal del mismo, ello no implicará automáticamente un derecho preferente en su posesión⁴⁵. Y es que el hecho de aparecer en la cartilla de vacunación o en el microchip del animal no necesariamente supone que vaya a estar mejor cuidado y atendido con esa persona. Con esto se cristaliza, con acierto, la enmienda núm. 83 llevada a cabo por el Grupo Parlamentario Socialista al texto de la Proposición de Ley, cuya fundamentación era la que sigue: "A pesar de que a tenor de la redacción inicial de este nuevo precepto, el criterio por el que ha de regirse el juzgador en su decisión es el del interés de los miembros de la familia y el bienestar animal, debe atenderse a las problemáticas reales observadas en la práctica, en las que, por encima de los criterios anteriores, puede pretender un mejor derecho sobre un animal quien ostenta el microchip a su nombre. Por ello,

43 SAP 25 noviembre 2011 (ROJ: SAP LE 1373/2011), FD 2º.

44 LÓPEZ TUR, T.: "La guarda y custodia de los animales de compañía", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 18-19, 2021, p. 88.

45 DE TORRES PEREA, J. M.: *El nuevo*, cit., p. 148.

en aras a la claridad y la seguridad jurídica en su aplicación, se propone incorporar la aclaración «con independencia de la titularidad dominical del animal»⁴⁶.

Sobre la cuestión de decidir el destino del animal de compañía, o en otras palabras, quién ostentará la custodia, resulta interesante la reflexión llevada a cabo por el autor DE TORRES PEREA, para quien en estos supuestos, todos los intereses en juego quedarán supeditados al interés superior del menor, en caso de que el matrimonio tenga hijos menores. A este respecto, se deberá tener muy en cuenta el informe que haga el profesional cualificado (psicólogo), en el que sin duda se reflejará el lazo afectivo entre el menor (o los menores) y el animal, y las posibles consecuencias perjudiciales o no para el menor en caso de romperlo. Esto en la práctica será lo determinante para decidir, resultando que muy difícilmente podrá apartarse de dicho informe la autoridad judicial, y de hacerlo habrá de fundamentarlo en el propio interés del menor. Por tanto, como bien apunta el autor, consideramos que el desarrollo práctico de esta nueva normativa sobre guarda y custodia vendrá fuertemente condicionado por la custodia de los hijos, que en gran medida determinará el destino de sus animales de compañía⁴⁷.

También cabe destacar la redacción actual del art. 1346 CC, que preceptúa lo siguiente: “Son privativos de cada uno de los cónyuges: 1.º Los bienes, animales y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad”. Lo llamativo radica en que dicho contenido fue propuesto por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos - En Comú Podem - En Marea, a través de una enmienda al texto de la Proposición de Ley. En concreto, dicho grupo parlamentario propuso que se incorporase al citado precepto un nuevo apartado que estableciera que “el animal que ya poseía alguno de los cónyuges antes del matrimonio pueda tener la consideración de privativo”. La vigente redacción del art. 1346 CC es, sin duda, un acierto, pues así se minimizarán los posibles conflictos que puedan surgir en el reparto de la tenencia de un animal de compañía entre los miembros de la pareja, en caso de que acontezca una crisis familiar⁴⁸.

Al margen de todas esas mejoras, conviene, sin embargo, señalar aquí de nuevo, como ya se hizo en otro trabajo⁴⁹, que todas estas modificaciones del Código Civil recaen sobre normas que tienen todas ellas su ámbito de aplicación a los supuestos del matrimonio, es decir, nulidad, separación y divorcio. En nuestra

46 Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, pp. 57 y 58, enmienda núm. 83. El texto de las enmiendas puede encontrarse en el siguiente enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-167-4.PDF#page=1.

47 DE TORRES PEREA, J. M.: *El nuevo*, cit., pp. 149 y 150.

48 Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, pág. 50, enmienda núm. 70.

49 VÁZQUEZ MUIÑA, T.: “Animales y”, cit., p. 9.

opinión, sería aconsejable que todas estas medidas no quedaran circunscritas únicamente al ámbito de las crisis matrimoniales y se hicieran extensivas a las parejas de hecho, pues la finalidad protectora o tuitiva que se pretende conseguir es la misma: el cuidado de ese lazo afectivo entre seres humanos y animales, que ha nacido fruto de la convivencia de los mismos como familia, y que acontece tanto en supuestos de matrimonio como de pareja de hecho. Parafraseando la Sentencia Tribunal Roma, 5 diciembre 2016, consideramos que desde el punto de vista del animal y el de los dueños, resulta absolutamente irrelevante si los propietarios están casados o no, pues el afecto que la mascota siente por los propietarios, y viceversa, es ajeno al régimen legal de la pareja⁵⁰.

Ahora bien, esto último no deja de ser una propuesta *de lege ferenda*. De ahora en adelante, en el seno de cualquier procedimiento matrimonial podremos solicitar la guarda y custodia del animal de compañía y establecer medidas concretas que, es más, podrán verse modificadas en caso de que el bienestar del animal o las circunstancias que determinaron el régimen original se vean alteradas. Sin embargo, eso no va a ocurrir fuera de los procedimientos matrimoniales. En estos casos, no quedará otra opción que, por la vía del art. 333.I bis CC, remitirnos a los preceptos del Código Civil sobre la comunidad de bienes⁵¹. Así, se optará por: O bien, otorgar la custodia exclusiva a una de las partes, con el reconocimiento de derechos de visita para el miembro no custodio y la entrega a éste de la indemnización correspondiente (art. 404 CC); o bien, conforme al art. 394 CC, que ambos individuos ostenten la custodia del animal durante un periodo de tiempo al año, estableciendo periodos de visita para el miembro no custodio. Todo ello realizando una interpretación sociológica de las normas sobre comunidad de bienes y una aplicación analógica de los derechos de comunicación y de visita reconocidos a padres e hijos, pues el presupuesto habilitante para que se produzca la aplicación analógica sancionada en el art. 4.I CC no es la existencia o no de una relación paterno-filial, sino la existencia de unos lazos afectivos que unen tanto a los humanos entre sí, como a estos con sus animales, fruto de una convivencia en el mismo núcleo familiar, cuya ruptura provoca sentimientos de añoranza, pesar, ansiedad y tristeza, no sólo en las personas, sino también en los animales⁵².

La verdad es que la modificación realizada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, debería haberse extendido a las parejas de hecho, otorgando protección al animal

50 El contenido de la sentencia ha sido extraído de PITTALIS, M.: "Cessation of non-marital cohabitation and shared custody of pets", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 1, 2019, p. 206: "In this respect, the Court added that «from the dog's point of view, which is the factor who ultimately counts, it is irrelevant whether their 'owners' are married or not: the affection the pet feels for both owners ignores the legal regime of the couple» that the dog, moreover, is not able to perceive".

51 LÓPEZ TUR, T.: "La guarda", cit., p. 89.

52 VÁZQUEZ MUIÑA, T.: "Animales y", cit., pp. 10 y 11.

de compañía y a los propietarios en todos los casos por igual, y no dotando de especial protección a todos ellos únicamente en caso de matrimonio. Para aquellos casos en los que la pareja no hubiera contraído matrimonio, el tratamiento que recibe el animal de compañía parece que es, en esencia, el mismo que hasta ahora⁵³, si bien, al menos, con una ligera mejora, gracias a la positivización de la condición de seres sensibles de los animales.

Cabe destacar, por otra parte, el silencio que guarda la ley sobre si la tenencia y el cuidado del animal doméstico (su alimentación e higiene, paseos, peluquería, gastos veterinarios, etc.) forman parte de la tradicionalmente llamada potestad doméstica o de las llaves a que se refiere el art. 1319 CC, si se computa o no como trabajo doméstico, según previene el art. 1438 CC, y, sobre todo, si son o no una carga matrimonial, a que se refiere el art. 1362 CC, cuando enumera los gastos que han de sufragarse con el patrimonio ganancial, cuestiones todas ellas que quizá deberían haberse aclarado⁵⁴.

5. Testamento y animales de compañía.

Como bien se ha señalado por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos - En Comú Podem - En Marea, en varias enmiendas realizadas al texto de la Proposición de Ley, debería tenerse presente en la versión definitiva del texto que “las repercusiones jurídicas de la relación de los seres humanos con los animales en contextos de convivencia con ellos, no se limitan a los supuestos de ruptura matrimonial, sino que se revelan también en otros ámbitos, como la cada vez más habitual incorporación de cláusulas testamentarias relativas a los animales de compañía, sobre las cuales esta reforma debería introducir también las correspondientes previsiones, que garanticen el destino de estos animales en condiciones de protección y bienestar”. Así, dicho grupo parlamentario propuso que se incorporara la siguiente previsión: “A falta de disposición testamentaria relativa a los animales propiedad del causahabiente, estos se entregarán a los herederos que los reclamen de acuerdo con las leyes y, en su defecto, al órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados, a fin de cederlos a un tercero para su cuidado y protección”⁵⁵.

La esencia de esta propuesta finalmente cristalizó en el texto definitivo, pues lo encontramos como texto vigente, si bien con un mayor desarrollo, en el art. 914 bis que establece lo siguiente: “A falta de disposición testamentaria relativa a los animales de compañía propiedad del causahabiente, estos se entregarán a

53 LÓPEZ TUR, T.: “La guarda”, cit., p. 89.

54 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “¿Un nuevo”, cit., p. 51.

55 Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, p. 49, enmiendas núm. 68 y 69.

los herederos o legatarios que los reclamen de acuerdo con las leyes. Si no fuera posible hacerlo de inmediato, para garantizar el cuidado del animal de compañía y solo cuando sea necesario por falta de previsiones sobre su atención, se entregará al órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados hasta que se resuelvan los correspondientes trámites por razón de sucesión. Si ninguno de los sucesores quiere hacerse cargo del animal de compañía, el órgano administrativo competente podrá cederlo a un tercero para su cuidado y protección. Si más de un heredero reclama el animal de compañía y no hay acuerdo unánime sobre el destino del mismo, la autoridad judicial decidirá su destino teniendo en cuenta el bienestar del animal”.

En efecto, además de incorporar previsiones en el ámbito de las crisis matrimoniales, resulta imprescindible que el ordenamiento civil refleje la nueva consideración de los animales como seres sensibles en el plano del derecho sucesorio, pues cada vez es más frecuente el planteamiento de la incorporación de cláusulas testamentarias relativas a los animales de compañía. De ahí que sea necesario que el Código Civil permita dar un adecuado encaje y soporte legal a quienes desean expresar su voluntad de incluir en el testamento disposiciones sobre los animales que se encuentren a su cargo o bajo su cuidado, en adecuada consonancia con el reconocimiento de seres sensibles y no de cosas que el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea lleva a cabo sobre los animales, y ahora nuestro art. 333 bis CC.

En este sentido, se erige como completamente necesario, ya no sólo que se permita a los propietarios de animales incluir en el testamento disposiciones sobre el futuro de los mismos, sino también qué ocurre con ellos en caso ausencia de disposición expresa o, por ejemplo, en caso de que más de un heredero reclame el animal sin acuerdo unánime sobre el destino del mismo, o incluso que se dé la descorazonadora situación de que ningún heredero lo reclame. Observamos aquí que la voluntad del legislador es evitar, ante todo, una eventual situación de desamparo o desprotección de los animales, amén de procurar su protección y bienestar.

6. Ausencia de definición de animal de compañía.

La Ley 17/2021, de 15 diciembre, no ofrece una definición de animal de compañía. Ello llama poderosamente la atención, teniendo en cuenta que en dicha ley se alude al animal de compañía en numerosas ocasiones. Así, la nueva redacción del art. 605 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, declara absolutamente inembargables a los animales de compañía; el actual art. 111 de la Ley Hipotecaria establece que “no cabe el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía”; y el vigente art. 1864 CC preceptúa que

“en ningún caso podrán ser objeto de prenda los animales de compañía”. Resulta, pues, inevitable preguntarse qué debe de entenderse por animal de compañía.

Sobre esta cuestión, el Grupo Parlamentario Socialista propuso, a través de la enmienda núm. 85 realizada al articulado de la Proposición de Ley, que en el Código Civil se incluyera la siguiente disposición, en lo que actualmente es el art. 333 bis: “Sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y, en todo caso, a los efectos de este código, será considerado animal de compañía todo aquel que, con independencia de su especie o de su condición de salvaje, domesticado o doméstico, vive con las personas, principalmente en el hogar, con el fin fundamental de la compañía, sin perjuicio de las prohibiciones legales sobre tenencia de determinadas especies”. Como puede observarse, con esta previsión, la tipificación o no como animal de compañía no viene determinada por su pertenencia o no a una determinada especie, sino por la función de acompañamiento que ejerce⁵⁶, con lo cual no estamos del todo de acuerdo.

A nuestro juicio, esta propuesta de definición es demasiado amplia y poco concreta. En este sentido, el legislador debería haber incorporado una definición de animal de compañía, ofreciendo una enumeración, como han hecho ciertas Comunidades Autónomas, como por ejemplo, Murcia. Así, la Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia, establece en su art. 2 que:

“1. A los efectos de esta ley, se definen animales de compañía como los animales domésticos que las personas mantienen generalmente en el hogar con fines fundamentales de compañía, ocio, educativos o sociales, por ser pertenecientes a especies que críe y posea tradicional y habitualmente el hombre, con el fin de vivir en domesticidad en el hogar.

2. En todo caso, tendrán dicha consideración, los siguientes:

a) Mamíferos: perros, gatos, hurones, roedores y conejos distintos de los destinados a la producción de alimentos.

b) Invertebrados (excepto las abejas, los abejorros, los moluscos y los crustáceos).

c) Animales acuáticos ornamentales.

d) Anfibios.

e) Reptiles.

56 DE TORRES PEREA, J. M.: *El nuevo*, cit., pp. 160 y 161.

f) Aves: todas las especie de aves excepto las aves de corral.

g) Cualquier otra especie animal que así se determine reglamentariamente.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no podrán tener la consideración de animales de compañía, los animales de aquellas especies que se encuentren incluidos en los distintos listados o catálogos estatales o autonómicos de especies con régimen de protección especial, de especies amenazadas o de especies exóticas invasoras, y cuya tenencia no esté legalmente permitida, ni tampoco los que se encuentren asilvestrados en el medio natural a los que resultará de aplicación la normativa sobre fauna silvestre sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación estatal”.

Según dicho grupo parlamentario, con razón, incluir qué se entiende por animal de compañía se revela como absolutamente necesario, toda vez que en la actualidad existe una absoluta disparidad y discrepancia normativa y jurisprudencial sobre lo que ha de entenderse por animal de compañía, abocando a una completa confusión entre las definiciones aportadas por el Convenio del Consejo de Europa sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987; el Reglamento n.º 576/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los desplazamientos sin ánimo comercial de animales de compañía; las leyes de las diecisiete comunidades autónomas y los reglamentos de Ceuta y Melilla sobre tenencia y protección de los animales; la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio; la Ley 8/2003 de Sanidad Animal; y el propio Código Penal. Por este motivo, el cual compartimos, se hacía necesaria una definición en el Código Civil, tanto a los efectos de aplicación del mismo como con una finalidad uniformizadora⁵⁷.

Así las cosas, para poder dilucidar si un determinado animal puede ser o no considerado animal de compañía, parece que tendremos que seguir acudiendo a la correspondiente regulación autonómica, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello conlleva⁵⁸.

57 Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, pp. 58 y 59, enmienda núm. 85.

58 VIVAS TESÓN, I.: “Si los”, cit., pp. 48 y 51. En este sentido, CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2022, p. 201: “(...) habiendo definido la ley el concepto de “animales” de una forma positiva, no deja de sorprender que, sin embargo, se deje sin aclarar el concepto de “animal de compañía”, abocando seguramente con ello a cierta disparidad judicial en la interpretación del mismo y, en consecuencia, a la falta de seguridad jurídica”.

7. Otras cuestiones.

No se nos oculta que, aparte de las previsiones expuestas y analizadas, muchas más son las medidas que se han incorporado mediante esta Ley 17/2021, de 15 de diciembre. Por ejemplo, se modifica el art. 605 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para declarar absolutamente inembargables a los animales de compañía, en atención al especial vínculo de afecto que liga a éstos con la familia con la que conviven, sin perjuicio de la posibilidad de embargar las rentas que dichos animales puedan generar. Con el mismo criterio protector se modifica el art. III de la Ley Hipotecaria, de tal manera que se impide que se extienda la hipoteca a los animales colocados o destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo, y se prohíbe el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía⁵⁹. Sin embargo, su estudio no procede en esta sede, por excederse de la temática del presente artículo, orientada a las novedades legislativas en Derecho de Familia.

VI. CONCLUSIONES.

Gracias a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, se ha reflejado, por fin, en nuestro Código Civil la naturaleza de seres sensibles de los animales, abandonándose, en consecuencia, el régimen anacrónico del que disponíamos, en virtud del cual los animales eran considerados cosas. Con la entrada en vigor de esta ley, se modifica la dicotomía clásica jurídica de sujeto/objeto y se introduce una tercera categoría, una *tertium genus*, diferente de las personas y de las cosas: los animales.

Este reconocimiento de seres sensibles de los animales, lamentablemente, aún no tiene su adecuado y debido reflejo, de manera expresa, en nuestra Constitución Española, como sí lo han llegado a positivizar algunas Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía como, por ejemplo, Canarias. Sin embargo, puede afirmarse que el reconocimiento de seres sensibles de los animales y, en consecuencia, el principio de bienestar animal, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, y además con rango constitucional, pues el art. 13 TFUE está perfectamente integrado, por vía indirecta, en nuestro sistema, en tanto la propia Constitución Española no defiende una interpretación cerrada y autosuficiente de su contenido, a la luz de los arts. 93 y 10.2 CE. Mas al contrario, dichos artículos permiten incorporar el art. 13 TFUE con su propio rango a la estructura constitucional interna.

La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, ha introducido, sin duda, notables cambios en nuestro ordenamiento jurídico en general y en el Derecho de Familia en particular. Respecto del reconocimiento del carácter de seres sensibles de los

59 Ley 17/2021, de 15 de diciembre, Exposición de Motivos III.

animales, cabe señalar, en primer lugar, que en este aspecto el legislador ha seguido la senda instaurada previamente por los Códigos Civiles francés y portugués, a nuestro juicio, de manera acertada, pues se trata de Códigos Civiles de herencia napoleónica, siendo, por tanto, su estructura y contenido similar a nuestro Código Civil, amén de que sus reformas son las más cercanas en el tiempo y las que, en consecuencia, mejor van a tener en cuenta las expectativas de la sociedad actual. Así, el legislador ha escogido una formulación positiva, declarando que los animales son seres sintientes, adecuando, de esta manera, el contenido del Código Civil al del Código Penal, en un ejercicio de uniformidad y coherencia jurídica.

Según nuestra actual normativa, los animales siguen estando sometidos de manera subsidiaria al régimen jurídico de las cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales. Sin embargo, ello será así siempre que dicho régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a su protección, lo cual supone un claro avance en la materia.

En relación al Derecho de Familia, se han introducido modificaciones en una serie de normas, de manera que se ha establecido una auténtica guarda y custodia de los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales, pasando a formar parte del contenido mínimo del convenio regulador. Así, en supuestos de crisis matrimonial en los que exista un animal de compañía será necesario que se fije, ya sea por las partes en el convenio regulador, ya sea por el juez en sentencia, quién ostentará la guarda y custodia, cómo se distribuirán y ejercerán los derechos de visita, cómo se sufragarán los gastos que genere el cuidado del animal, entre otros aspectos.

A este respecto, cabe señalar dos cuestiones: por una parte, que el hecho de ostentar la propiedad del animal no conllevará necesariamente un derecho preferente a la hora de establecer la guarda y custodia del animal y, por otra parte, que en caso de que en el proceso de crisis matrimonial haya hijos, muy probablemente quien ostente la guarda y custodia de estos, ostentará también la guarda y custodia del animal, en aras de salvaguardar el principio del interés superior del menor, salvo, por supuesto, que se demuestre por parte del profesional correspondiente que la convivencia del animal con los menores resulta perjudicial para estos últimos.

Sin embargo, la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, presenta también algunos aspectos susceptibles de mejora. En este sentido, resulta obligado destacar que el legislador ha dejado fuera de su ámbito de aplicación a las parejas de hecho, de manera que en caso de crisis familiar con un animal doméstico, las uniones de hecho siguen estando prácticamente en la misma situación que hasta ahora, si

bien, al menos, con el reconocimiento expreso de seres sensibles de los animales. En estos casos, no quedará otra opción que, por la vía del art. 333.I bis CC, remitirnos a los preceptos del Código Civil sobre la comunidad de bienes. Así, se optará por: O bien, otorgar la custodia exclusiva a una de las partes, con el reconocimiento de derechos de visita para el miembro no custodio y la entrega a éste de la indemnización correspondiente (art. 404 CC); o bien, conforme al art. 394 CC, que ambos individuos ostenten la custodia del animal durante un periodo de tiempo al año, estableciendo periodos de visita para el miembro no custodio. Todo ello realizando una interpretación sociológica de las normas sobre comunidad de bienes y una aplicación analógica de los derechos de comunicación y de visita reconocidos a padres e hijos, pues el presupuesto habilitante para que se produzca la aplicación analógica sancionada en el art. 4.I CC no es la existencia o no de una relación paterno-filial, sino la existencia de unos lazos afectivos que unen tanto a los humanos entre sí, como a estos con sus animales.

En nuestra opinión, sería aconsejable que todas estas medidas no quedaran circunscritas únicamente al ámbito de las crisis matrimoniales y se hicieran extensivas a las parejas de hecho, pues la finalidad protectora o tuitiva que se pretende conseguir es la misma: el cuidado de ese lazo afectivo entre seres humanos y animales, que ha nacido fruto de la convivencia de los mismos como familia, y que acontece tanto en supuestos de matrimonio como de pareja de hecho.

En otro orden de cosas, hubiese sido conveniente aclarar si el cuidado del animal forma parte de la potestad doméstica, de las cargas familiares o si se puede computar como trabajo doméstico, previsiones todas ellas sobre las cuales la ley guarda silencio.

Respecto de las cláusulas testamentarias, resultaba imprescindible, ya no sólo que se permitiera a los propietarios de animales incluir en el testamento disposiciones sobre el futuro de los mismos, sino también qué ocurre con ellos en caso ausencia de disposición expresa o, por ejemplo, en caso de que más de un heredero reclame el animal sin acuerdo unánime sobre el destino del mismo, o incluso que se dé la descorazonadora situación de que ningún heredero lo reclame. Todo ello con el objetivo de evitar una eventual situación de desamparo o desprotección de los animales, amén de procurar su protección y bienestar.

Por último, y por su relevancia para la materia, hubiese sido deseable que el legislador hubiera ofrecido una definición de animal de compañía. Sin embargo, no ha sido así. Y ello a pesar de que en la Proposición de Ley sí que se llegó a realizar una definición de animal de compañía, si bien basada en la función de acompañamiento, criterio que no compartimos. En nuestra opinión, el legislador debería haber llevado a cabo una enumeración de animales que pueden ser

o no considerados como animales domésticos, en la línea seguida por algunas Comunidades Autónomas, como Murcia, adoptando un criterio basado en especies. Ante la ausencia de tal definición, para poder dilucidar si un determinado animal puede ser o no considerado animal de compañía, no nos quedará más remedio que seguir acudiendo a la correspondiente regulación autonómica, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello conlleva.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B.: "Algunas claves de la reforma del Estatuto Jurídico Civil del animal en España", d.A. *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 3, 2018.

ALONSO GARCÍA, E.: "El bienestar de los animales como seres sensibles-sintientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español", *Diario La Ley*, 2018.

BENTHAM, J.: *Introduction to the principles of morals and legislation*, Londres, 1789 (una versión en abierto puede consultarse en https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-1/#lf0872-01_head_028).

BRELS, S.: "El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001", d.A. *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 3, núm. 2, 2012.

CASTRO ÁLVAREZ, C.: *Los animales y su estatuto jurídico. Protección y utilización de los animales en el Derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.:

- *Crisis familiares y animales domésticos*, Reus, 2019.
- "¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España", d.A. *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 12, núm. 2, 2021.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia", en AA.VV.: *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2022.

GIMÉNEZ CANDELA, T.:

- "Brexit y los animales: el legado del Reino Unido al Derecho Animal", d.A. *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 7, núm. 3, 2016.
- "Cultura y maltrato animal", d.A. *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 3, 2019.

KUNDERA, M.: *La insoponible levedad del ser*, Tusquets Editores, 1989.

DE TORRES PEREA, J. M.: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: De su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus, 2020.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, G.: "Convenios reguladores y animales domésticos", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007.

LÓPEZ TUR, T.: "La guarda y custodia de los animales de compañía", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 18-19, 2021.

PITTALIS, M.: "Cessation of non-marital cohabitation and shared custody of pets", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 1, 2019.

ROGEL VIDE, C.: *Personas, animales y derechos*, Reus, 2018.

RUY HENRÍQUEZ: "Importancia de la distinción cartesiana entre el hombre y los animales", *Ingenium, Revista de historia del pensamiento moderno*, núm. 3, 2010.

VÁZQUEZ MUIÑA, T.: "Animales y crisis de pareja. El régimen de la comunidad de bienes y el derecho de visita", *Actualidad Civil*, núm. 12, 2021.

VIVAS TESÓN, I.:

- "Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 21, 2019.
- "Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022.