

# La custodia de los animales de compañía en la Ley 17/2021

## *The custody of pets in Law 17/2021*

por

JOEL HARRY CLAVIJO SUNTURA

*Profesor contratado*

*Universidad Isabel (Burgos)*

*RESUMEN:* El presente trabajo tiene como finalidad analizar la determinación de la custodia de los animales de compañía, en función de los cambios implementados por el legislador en la Ley 17/2021, que se encuentran en vigencia desde el año 2022. En la nueva regulación, la norma sustantiva considera a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad. En ese marco, se estudia el convenio regulador, la autoridad judicial y la custodia de los animales de compañía, la custodia compartida y su inviabilidad por malos tratos a animales, la custodia de los hijos y la custodia de los animales de compañía en función del interés del menor, la determinación de la custodia en familias sin hijos, la causa de inclusión de los animales de compañía en la estructura familiar y la custodia. Entre las principales conclusiones, se establece que la custodia de los animales de compañía puede ser unilateral, o bien compartida. En ese contexto, los excónyuges tienen la posibilidad de consensuar la modalidad de custodia mediante el convenio regulador, de no ocurrir ello, será la autoridad judicial quién determine el régimen de custodia. No obstante, el legislador condiciona la aplicación de la custodia compartida en supuestos de amenazas o malos tratos a los animales de compañía, más no ocurre lo mismo con la custodia unilateral. Se encuentra pendiente de regulación la custodia de los animales de compañía en las parejas de hecho. En cuanto a la metodología de trabajo, se recurre a los métodos analítico, interpretativo y comparativo.

*ABSTRACT:* The aim of this paper is to analyze the judicial determination of the custody of pets according to the Law 17/2021, in force since 2022, which

*considers animal as living beings endowed with sensitivity. Within this framework, the regulatory agreement, the judicial authority and the custody of pets, the joint custody, and its unfeasibility due to mistreatment of animals, the custody of children and the custody of pets according to the interest of the minor, the determination of custody in families without children, the cause of inclusion of pets in the family structure and custody are studied. Among the main conclusions, it is established that the custody of pets can be sole or joint. In this regard the former spouses have the possibility of agreeing on the type of custody by means of a regulatory agreement, if this does not occur, the judge will determine the custody regime. However, the lawmaker conditions the application of joint custody in cases of threats or mistreatment of pets, but this is not the case with sole custody. Custody of pets in unmarried couples is pending regulation. As for the working methodology, the analytical, interpretative, and comparative methods are used.*

**PALABRAS CLAVE:** Animales de compañía, custodia unilateral, custodia compartida, convenio regulador, determinación judicial, progenitores, hijos.

**KEY WORDS:** *Children, joint custody, judicial determination, parents, pets, regulatory agreement, sole custody.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONVENIO REGULADOR.—III. LA AUTORIDAD JUDICIAL Y LA CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA.—IV. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y SU INVIABILIDAD POR MALOS TRATOS A ANIMALES.—V. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS Y LA CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN FUNCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR. 1. LA DETERMINACIÓN DE LA CUSTODIA EN FAMILIAS SIN HIJOS.—VI. LA CAUSA DE INCLUSIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN LA ESTRUCTURA FAMILIAR Y LA CUSTODIA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. JURISPRUDENCIA.—IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Los animales de compañía mientras la estructura familiar no se resquebraja comparten en el domicilio familiar espacio y tiempo con los hijos y cónyuges. No obstante, una vez que los cónyuges deciden terminar su relación formal en sede matrimonial, conlleva determinar a las partes no solo la custodia de los hijos, sino también decidir sobre el destino de las mascotas de compañía que forman parte de la familia desestructurada.

En ese sentido, resulta oportuno destacar que la presencia de los animales de compañía no es un tema nuevo en la estructura familiar, no son pocos los casos

donde se considera a la mascota como un integrante más de la familia. Tanto es así que inclusive ocupan una posición privilegiada en nuestra sociedad, toda vez que, viven cerca de sus cuidadores humanos, quienes se encargan de satisfacer sus necesidades de cuidado y sus deseos (DÍAZ VIDELA, 2017, 62).

La nueva configuración sobre la concepción de los animales como seres sintientes tiene repercusión no solo en la estructura familiar, sino también en la configuración de la familia multiespecie o interespecie, que se caracteriza por estar constituida por humanos y animales de compañía que se relacionan entre sí por un vínculo de afectividad que se forma de la convivencia en el mismo núcleo familiar (ESBORRAZ, 2023, 73).

De esta forma, se ha superado la concepción del derecho de los animales como un ejercicio de frivolidad (PELAYO, 1990, 543). Es más, la doctrina actual muestra su sorpresa, puesto que, términos como “sentience” o “sentient beings” no se encuentren integrados en el lenguaje técnico animal cuando se hace referencia a los animales (GÍMENEZ-CANDELA, 2018, 30). Lo propio ocurre en el ámbito de la administración de justicia, los jueces han comenzado a adaptar su arcaico razonamiento jurídico sobre el animal como “cosa” en consonancia con la evolución conceptual del animal que le otorga una trascendencia jurídica (OLIVERA OLIVA, 2019). En esa línea, se debe destacar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 9) de Valladolid, de 27 de mayo de 2019, que considera al animal doméstico como un ser dotado con cierta sensibilidad.

En ese marco, el ordenamiento jurídico español, en concreto el Código Civil (CC) hasta el año 2021 consideraba a los animales como “cosas”, regulación que ha sido derogada mediante la promulgación de la Ley 17/2021, en vigor desde el 5 de enero de 2022<sup>1</sup>. Al respecto, cabe puntualizar que se sigue la política de la Unión Europea previsto en el art. 13 del Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2010, documento que considera a los animales como seres sensibles, aunque en el caso español con cierto retraso a diferencia de otros Estados como Alemania cuya regulación dejó de considerar a los animales como “cosas” ya el año 1990<sup>2</sup>.

Sobre el tema, resulta oportuno resaltar que los animales como bien se afirma no pueden entrar en la categoría jurídica de sujetos de derecho, no obstante, se debe reconocer que constituyen una categoría especial distinta a la humana y la de los objetos y cosas (DE TORRES PEREA, 2020, 182).

Con la salvedad anterior, el art 333 bis del CC, como una de las principales novedades de la reforma en vigor desde el año 2022, considera a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad sobre los cuales se debe respetar su cualidad de ser sintiente<sup>3</sup>. De esta forma, el legislador ha logrado al menos parcialmente de forma temporal solucionar un conflicto que los tribunales de justicia tenían que resolver sin tener una regulación normativa actualizada (PEGUERO

CARRERO, 2022, 6). Esto significa, como se podrá constatar en el desarrollo del trabajo que todavía quedan vacíos legales por regular, relacionados a la custodia de los animales de compañía.

En esa línea, con relación a la finalidad del presente trabajo se analizará lo relacionado a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio. De forma concreta, el art. 90 del CC, que comprende el contenido del convenio regulador con relación al destino de los animales de compañía, el art. 91 del CC, que aborda el destino de los animales de compañía en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, el art. 94 bis del CC, que prevé la asignación de la custodia unilateral o compartida del animal de compañía, el régimen de visitas y las cargas que genera esta obligación, el art. 103, 1.<sup>a</sup> bis del CC, que establece que al determinar la custodia de los animales de compañía se debe preponderar el interés de los miembros de la familia, así como el bienestar animal, y el art. 92 del CC, que prevé la inaplicabilidad de la modalidad de custodia compartida en los supuestos de existencia de amenazas o malos tratos a los animales.

Esto significa, que en virtud de las modificaciones implementadas por el legislador el año 2021, en vigencia desde el año 2022, los excónyuges deben determinar la custodia de los animales de compañía, mediante un convenio regulador y en caso negativo será la autoridad judicial quien determine el destino de las mascotas.

Esta regulación a todas luces novedosa en el ordenamiento jurídico español marca un antes y después sobre la concepción de los animales de compañía. No obstante, genera ciertas interrogantes con relación al bienestar de las mascotas de compañía, aspecto que será motivo de análisis en el presente trabajo.

La estructura del trabajo comienza con una breve introducción sobre el tema. Posteriormente, se estudia el convenio regulador y el destino de los animales de compañía. En sede judicial, se analiza la determinación judicial sobre el destino de los animales de compañía y la inaplicabilidad de la custodia compartida por malos tratos a animales de compañía. Luego, se estudia el interés del menor entre la custodia de los hijos y la custodia de los animales de compañía, así como la determinación de la custodia en familias sin hijos. Asimismo, se analiza la inclusión de los animales de compañía en la estructura familiar y la determinación de la custodia, para concluir con una serie de conclusiones sobre el tema investigado.

## II. EL CONVENIO REGULADOR

De conformidad a lo previsto en el inciso b) bis del numeral 1 del art. 90 del CC de la Ley 17/2021, la custodia de los hijos deja de ser una figura jurídica

exclusiva de los hijos, por cuanto, se establece de forma textual que el convenio regulador debe determinar:

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 las cargas asociadas al cuidado del animal.

En primer término, resulta sorprendente la equiparación de trato con relación a la custodia de los hijos y de las mascotas en el convenio regulador. No obstante, una vez que la norma sustantiva considera a los animales como seres vivos dotados de cierta sensibilidad, al legislador no le queda otra alternativa que adoptar una línea parecida a la que se ofrece para los hijos en común de los progenitores (CASAS DÍAZ y CAMPS I DIDELLET, 2019, 77).

Al respecto, el legislador recurre a la locución “el destino de los animales de compañía”, con la finalidad de establecer de forma sutil una diferencia entre la custodia de los hijos de la custodia de animales. En esa línea, se debe puntualizar que la custodia de los hijos preferentemente concluye una vez que los hijos adquieren la mayoría de edad. En cambio, el destino de los animales de compañía en sentido amplio comprende no solo la determinación de su custodia, sino que pueden ser entregados a un centro de acogida de animales.

En determinados casos inclusive son sacrificados por problemas de salud o problemas de comportamiento (DÍAZ VIDELA, 2017, 62). Lastimosamente, no solo ocurre ello, sino que también en ocasiones son abandonados a su suerte o en el mejor de los casos regalados a terceras personas. De esta forma, se infringe el deber moral que tienen los seres humanos de evitar el sufrimiento innecesario de los animales (PELAYO, 1990, 543).

No obstante, si bien no deja de ser cierto que el término “destino de los animales de compañía” conlleva una interpretación amplia que contempla casos de maltrato animal, en sentido estricto consideramos que su inclusión en la reforma normativa consiste en la determinación de su custodia, una vez que la familia se desestructura.

Se respalda esta afirmación, en virtud del reparto de los tiempos de convivencia que el legislador prevé. Esto significa, que los excónyuges en el convenio regulador deben consensuar si optarán por la custodia unilateral, o bien si alternarán la custodia de la mascota. De todas formas, consideramos que hubiera sido conveniente que el legislador en lugar de recurrir al término general “reparto de tiempo”, regule de forma expresa ambas modalidades de custodia.

Asimismo, llama la atención que el legislador haga referencia al cuidado de los animales de compañía si fuera necesario. Desde nuestro punto de vista, se interpreta el cuidado que requieren las mascotas de la siguiente forma:

— Primero. En sentido amplio, todos los animales de compañía requieren un cuidado, por cuanto, a pesar de su consideración como seres vivos dotados de cierta sensibilidad requieren acompañamiento y suministro de alimentos, entre otros. A diferencia de los hijos que, si bien en un principio requieren apoyo, paulatinamente se independizan hasta adquirir la capacidad plena de obrar. En virtud de ello, consideramos que, si bien se generan situaciones parecidas en cuanto a la configuración de la modalidad de custodia, la condición de un ser humano es diferente.

— Segundo. En sentido restringido, debido a factores naturales como la edad de la mascota, o por una enfermedad contraída, o por un accidente, es probable que requiera cuidados especiales además de los cuidados generales que se les debe otorgar por su condición.

En la misma línea, el cuidado de los animales de compañía genera la determinación de cargas asociadas que el legislador regula de forma expresa, se clasifican según su naturaleza de la siguiente forma:

— Primero. Las cargas deben ser asimiladas a una especie de pensiones alimenticias en favor de los animales de compañía, monto que debe ser prorrateado entre los excónyuges. Es una obligación que no se extingue por el transcurso del tiempo, por lo que, debe ser honrada hasta tanto la mascota permanezca con vida.

— Segundo. Las cargas deben ser asimiladas como una contribución adicional que se genera como consecuencia de una enfermedad del animal de compañía. En este caso, igualmente, cada parte debe asumir de forma proporcional los gastos de enfermedad que contempla el seguro médico y medicamentos, entre otros. Esta obligación se extiende hasta tanto el animal de compañía se rehabilite, a menos que de forma voluntaria las partes decidan mantener un seguro privado de atención médica.

En el ámbito jurisprudencial, la SAP de Navarra, de 9 de octubre de 2013, dispone que los cónyuges abonen a partes iguales lo relacionado a la alimentación y los gastos del veterinario. En la misma línea, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 7) de Vilanova y la Geltrú, de 06 de noviembre de 2019, concretamente dispone que las partes tienen la obligación de asumir a partes iguales los gastos de naturaleza obligatoria, así como los gastos del veterinario. Es decir, su contenido comprende tanto los gastos ordinarios como los gastos extraordinarios que conlleva el cuidado y la crianza de la mascota, que deben ser asumidos por ambos excónyuges de forma prorrateada. Por su parte, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 9) de Valladolid, de 27 de mayo de 2019 resuelve que los gastos considerados como no ordinarios que se refieren a la atención médica, vacunas y otros gastos extraordinarios, deben ser sufragados, a mitades entre los excónyuges. En cambio, la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Leganés (núm. 2), de 17 de marzo de 2020, únicamente,

señala que las partes deberán abonar por partes iguales los gastos sanitarios, veterinarios, vacunas y demás gastos extraordinarios.

Esto significa, que en el proceso de determinación de la custodia de las mascotas de compañía hay unos ejes vertebrales coincidentes con la custodia de los hijos; tales como la asignación de la modalidad de custodia, el régimen de visitas, el pago de pensión de alimentos, o bien la asunción de gastos extraordinario (DÍAZ VIDELA, 2017, 77). Al respecto, cabe puntualizar que los gastos no solo son extraordinarios, sino también ordinarios. Con esta salvedad, se debe destacar que el vínculo afectivo que se forma con los animales justifica la extensión analógica de estas instituciones jurídicas que son típicas de las relaciones con los menores de edad (ESBORRAZ, 2023, 75).

Por su parte, en la redacción de este inciso que contempla el contenido del convenio regulador, llama la atención que el legislador haga mención al interés general de los miembros de familia, motivo por el cual, cabe preguntarse si se prioriza el interés de los progenitores en detrimento del interés de los hijos, o bien si se debe compaginar el interés general de todos los integrantes de la familia desestructurada.

Desde nuestro punto de vista, consensuar el interés de todos los integrantes de la familia resulta una tarea complicada, por cuanto, hay que recordar que los hijos pueden expresar sus deseos, más no tienen un poder de decisión sobre el contenido del convenio regulador con relación a la determinación de la custodia de los animales de compañía. A pesar de ello, consideramos que debe preponderar el interés superior del menor, regulado no solo en el derecho sustantivo, sino también en los arts. 3, 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, documento que además ha sido ratificado no solo por el ordenamiento jurídico español, sino por la mayoría de los Estados a nivel internacional. No obstante, surge la siguiente interrogante ¿Cuál es el mecanismo para hacer prevalecer en este caso el interés del menor? Al tratarse del convenio regulador, será la autoridad judicial de conformidad con lo establecido en el art. 91 del CC, quién verifique si se han tomado en cuenta los deseos de los hijos.

De igual forma, el legislador también prevé que se debe tomar en cuenta el bienestar de los animales. En esa línea, en el convenio regulador en caso de que exista consenso, la determinación del bienestar de los animales se deja a criterio de los excónyuges y de los hijos. Al respecto, en el numeral 2 del art. 90 del CC, se prevé que si los acuerdos de los cónyuges: "... fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado...". Esto significa, que las partes tienen la posibilidad de enmendar el supuesto perjuicio ocasionado en contra del animal.

Sin embargo, el mismo numeral 2 del art. 90 del CC, concretamente en el cuarto párrafo se prevé:

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el letrado de la Administración de Justicia o notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial... para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

Es decir, que en caso de que las partes no enmienden lo observado inicialmente, se rechaza el documento. No obstante, los excónyuges tienen una tercera oportunidad para precautelar el bienestar de los animales de compañía en el contenido del convenio regulador, una vez que ello ocurra, pueden acudir ante la autoridad judicial para la aprobación del documento.

En el supuesto de que las partes hagan caso omiso y no precautelen el bienestar de las mascotas de compañía, o bien exista desacuerdo entre los cónyuges será la autoridad judicial quien determine en función de su bienestar, si se asigna la custodia unilateral o compartida de las mascotas de compañía.

Al respecto, siempre que se haya construido un vínculo afectivo entre los hijos y la mascota resulta aconsejable en función del interés de ambos que la modalidad de custodia a adoptarse coincida, especialmente, porque son los principales afectados por la desestructuración de la familia. En ese sentido, resulta oportuno recordar que son los excónyuges quienes deciden la separación y/o divorcio de la familia, en algunos casos en contra de la voluntad de los hijos. Al respecto, la SAP de Segovia de 24 de marzo de 2015, aunque sigue la normativa anterior a la reforma recomienda a las partes consensuar sobre los animales de compañía, por cuanto, les une un vínculo afectivo profundo, o bien se resalta el vínculo afectivo del animal de compañía con una de las partes, como se afirma en la SAP de Barcelona de 19 de febrero de 2021.

Por último, el numeral 3 del art. 90 del CC prevé que:

Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Asimismo, podrá modificarse el convenio o solicitarse modificación de las medidas sobre los animales de compañía si se hubieran alterado gravemente sus circunstancias.

Las medidas que hubieran sido convenidas ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.

Esto significa, que el contenido del convenio regulador no es definitivo, al respecto, conviene preguntarse ¿Cuáles son las circunstancias que pueden influir para que lo determinado en favor del bienestar de los animales de compañía con la relación a la modalidad de custodia se modifique?

Desde nuestro punto de vista, hay circunstancias directas e indirectas relacionadas al bienestar del animal:

Por una parte, las circunstancias directas tienen relación con el estado de la mascota, es probable que debido a la edad de la mascota adquiera una enfermedad degenerativa que requiera un cuidado especial. En ese sentido, se debe valorar si ambos excónyuges se encuentran en la posibilidad de brindar al animal de compañía el cuidado que la enfermedad requiera, no nos referimos al aspecto económico, sino a la disponibilidad de tiempo y ocupación de los excónyuges. En esa línea, se presentan dos opciones:

— Primero. Modificar la custodia compartida por la custodia unilateral del animal de compañía en favor del excónyuge que tenga mejor disponibilidad de tiempo.

— Segundo. Modificar la custodia unilateral asignada a uno de los excónyuges por un régimen de visitas.

En ambos casos, no es determinante que solo un excónyuge tenga una fuente de trabajo y el otro se encuentre desempleado, sino que se debe valorar también la ocupación de los excónyuges. En ese sentido, si uno de los excónyuges tiene formación médica o relacionada al ámbito sanitario es probable que su formación y conocimientos contribuyan a brindarle a la mascota —en la medida de lo posible— la calidad de vida que su enfermedad permita.

Por otra parte, las circunstancias indirectas tienen relación con los hijos, o bien con los excónyuges:

Primero. Si los hijos adquieren la mayoría de edad es probable que se independicen, o cambien de residencia por motivos de estudio. En ese sentido, conviene valorar si se ratifica la modalidad de custodia adoptada en favor de los excónyuges, por ejemplo, si se optó por la custodia unilateral de los hijos y la custodia unilateral de la mascota en favor del mismo excónyuge, al quedar sin efecto la custodia unilateral de los hijos, el excónyuge no custodio se encuentra facultado para solicitar la asignación de la custodia unilateral, o bien la asignación de la custodia compartida.

Segundo. Si uno de los excónyuges cambia de residencia, por ejemplo, por motivos de orden laboral, conviene valorar si se ratifica o se modifica la modalidad de custodia adoptada, es probable que debido a la distancia con el lugar de residencia del otro excónyuge resulte improbable ejercer la custodia compartida del animal de compañía, por lo que, en este caso la alternativa radica en modificar la custodia compartida por la custodia unilateral con un régimen de visitas a

favor del excónyuge no custodio, o bien si inicialmente tenía asignada la custodia unilateral de la mascota, se modificará la custodia, por un régimen de visitas. En estos supuestos la frecuencia del régimen de visitas dependerá de la distancia entre los lugares de residencia de los excónyuges.

### III. LA AUTORIDAD JUDICIAL Y LA CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA

Una vez que los excónyuges concluyen de forma satisfactoria o insatisfactoria la configuración del convenio regulador, de acuerdo con lo previsto en las reformas al Código Civil el año 2021, que se encuentran en vigencia desde el año 2022, el primer párrafo del art. 91 del CC, prevé que:

En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, el destino de los animales de compañía, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Esto significa que, en los procesos de nulidad, separación o divorcio, la autoridad judicial será quien ratifique el contenido del convenio regulador, o bien determine en caso de desacuerdo entre los cónyuges la modalidad de custodia a adoptarse con relación a los animales de compañía. Es decir, que el juez —aunque en este caso concreto la norma no lo establece de forma textual— se encuentra facultado para determinar la custodia exclusiva o la custodia compartida de los animales de compañía.

No obstante, el nuevo art. 94 bis del CC establece 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 del 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.

De esta forma, el legislador, aunque no de forma expresa prevé que el juez puede determinar la custodia unilateral, o bien la custodia compartida de la

mascota. Igualmente, establece que el excónyuge no custodio si se opta por la custodia unilateral tiene derecho a la asignación de un régimen de visitas. Sin embargo, se tiene la impresión de que el legislador no se encuentra convencido sobre la aplicación de la custodia compartida, puesto que, señala que se determinará la forma en la que el cónyuge que no se ha beneficiado con la custodia tenga relación con la mascota. De una interpretación textual de esta regulación, se entiende que solo procede la aplicación de la custodia unilateral. No obstante, consideramos que debe primar una interpretación amplia en virtud de la primera parte de este artículo que establece que el juez atribuirá la custodia a uno o ambos cónyuges.

En el ámbito judicial, ya antes de la reforma existen fallos que determinan la aplicación de la custodia compartida, entre otras, la SAP de Barcelona de 10 de julio de 2014, la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (núm. 9), de 14 de marzo de 2018, la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Valladolid (núm. 2), de 7 de octubre de 2020, adoptan esta modalidad de custodia, en virtud de que, los animales domésticos son seres vivos, aunque sin apartarse del todo de la concepción del animal como cosa prevista en la regulación hasta el año 2021. Motivo por el cual, se debe reconocer que prepondera la concepción del animal como cosa, entre otras, la SAP de Madrid de 28 de febrero de 2019.

De igual forma, se regula la determinación de las cargas asociadas que genera el cuidado de la mascota, que son asimilables a una especie de pensión alimenticia. No obstante, se observa el hecho de que se incluya el término “asociadas”, puesto que, se tiene la impresión de que el legislador tiene como finalidad regular los gastos adicionales, que pueden ser interpretados como los gastos médicos, aspecto que desnaturaliza la esencia de las pensiones alimenticias, toda vez que, los animales de compañía al igual que los hijos necesitan ser alimentados, obligación que deben asumir los excónyuges.

En esa línea, se establece la asignación de la custodia de los animales de compañía, no significa que los gastos que conlleva su crianza sean asumidos únicamente por el progenitor no custodio, por lo que, la opción recomendable en estos casos es distribuir los gastos entre ambos excónyuges, de esta forma, no se utilizará a la mascota como instrumento para obtener un beneficio económico adicional.

La última parte de este artículo vincula la custodia de las mascotas con la titularidad dominical y el registro de identificación de animales, desde nuestro punto de vista, una vez que su consideración como seres vivos ha adquirido otra dimensión, motiva a entender que todavía nos encontramos en un periodo de mutación normativa sobre la regulación de la custodia de los animales, puesto que, al hacer referencia a la titularidad dominical o al registro de identificación animal, se tiene la impresión de que no se termina de desvincular la considera-

ción de las mascotas como cosas, a menos que la intención del legislador sea la de equiparar la función del registro de identificación animal con el registro civil. De todas formas, resulta *sui generis* esta comparación, por cuanto, en el caso de la custodia de los hijos no es necesario hacer partícipe al registro civil en lo que respecta la asignación de la custodia.

En el mismo sentido, con relación a las modalidades de custodia de los animales de compañía, el legislador establece en el art. 103, 1.<sup>a</sup> bis del CC lo siguiente:

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.

Es decir, que si bien no se regula de forma expresa la custodia exclusiva y la custodia compartida, se asume que se puede optar por una de ambas modalidades, por cuanto, se prevé que los animales de compañía pueden ser confiados a uno o a ambos cónyuges, e igualmente, se asume que la autoridad judicial se encuentra facultada para establecer un régimen de visitas. Sin embargo, de la regulación establecida con relación al régimen de visitas de una interpretación literal se entiende que solo comprende a la custodia unilateral, puesto que, se prevé que la autoridad judicial determinará la forma en que el cónyuge no custodio tenga contacto con la mascota.

En ese sentido se pronuncia la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, de 27 de mayo de 2019, que establece un régimen de visitas para el cónyuge no custodio en función del bienestar de la mascota de compañía. En cuanto al interés de los miembros de la familia, en este caso resulta oportuno resaltar que se prepondera el interés del animal de compañía en detrimento del interés de los excónyuges.

Al respecto, llama la atención que la reforma normativa no incluya a las parejas de hecho en la regulación que comprende la determinación judicial de la custodia de los animales de compañía. En ese sentido, bien se afirma que el sistema normativo de los animales de compañía en lo relacionado a las parejas de hecho se encuentra obsoleto, toda vez que, no existe una regulación específica sobre la custodia de las mascotas (OLIVERA OLIVA, 2021, 195).

Por este motivo, su acción procesal se limita al contenido del convenio regulador, motivo por el cual, surge la siguiente interrogante ¿Qué ocurre en el supuesto de que no logren consensuar sobre la modalidad de custodia? De una u otra forma, le corresponde a la autoridad judicial resolver la falta de consenso. Así pues, las alternativas de solución son las siguientes:

— Primero. La pareja de hecho puede recurrir a la autoridad judicial, con la finalidad de ejercer su derecho propietario sobre la mascota, aspecto que significa un retroceso en la nueva visión que se tiene sobre los animales en la norma sustantiva.

— Segundo. La pareja de hecho por analogía puede recurrir a la aplicación del art. 91 del CC, que establece que, en los procesos de nulidad, separación o divorcio, se debe determinar el destino de los animales de compañía. Sobre el tema, consideramos que, al tratarse la unión de hecho como una figura jurídica equiparable al matrimonio, lo más factible es que se recurra a la regulación prevista para quienes han contraído nupcias, con el objetivo de destrabar el limbo jurídico que existe en la actualidad.

No obstante, en uno y otro caso, lo más aconsejable es que el legislador incluya en la regulación normativa la figura jurídica de la unión de hecho en los procesos de determinación judicial sobre la custodia de los animales de compañía, caso contrario se corre el riesgo de que se emitan resoluciones judiciales discrecionales amparadas en la laguna jurídica que existe sobre esta figura jurídica.

Por su parte, conviene resaltar los mecanismos que tiene la autoridad judicial para determinar la custodia de los animales de compañía. En esa línea, en supuestos de confrontación entre las partes, además de la argumentación jurídica de los excónyuges para beneficiarse con la asignación de la custodia de la mascota, el juez debe constatar de forma presencial la relación del animal con los litigantes (LÓPEZ TUR, 2021, 81).

Es decir, que la autoridad judicial mediante reconocimiento judicial podrá comprobar *in situ* el estado del animal, así como sus reacciones cuando se encuentra en compañía de cada uno de los integrantes de la familia. Por ejemplo, si reacciona con temor o no se alegra por la presencia de uno de los cónyuges, lo más factible es que no se beneficie con ninguna de las modalidades de custodia, sino que se le asigne un régimen de visitas. Es decir, el comportamiento animal resulta gravitante para que el juez determine su bienestar y su destino en casos de controversia. No obstante, en caso de duda, resulta aconsejable recurrir a un especialista en psicología de los animales, o bien a un veterinario, con la finalidad de obtener un criterio técnico objetivo especializado.

En contra de ello (LÓPEZ TUR, 2021, 81), sostiene que el objetivo del reconocimiento judicial consiste en observar el comportamiento del animal con los propietarios no para valorar con quien debe quedarse el animal, sino para valorar la vinculación con el animal.

No compartimos esta postura, puesto que, si el reconocimiento judicial únicamente tiene como finalidad la comprobación del vínculo afectivo que existe entre el animal y los cónyuges, entonces surge la siguiente interrogante ¿A quién le correspondería determinar el régimen de custodia aplicable?

Sobre el tema, la jurisprudencia menor mediante la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Murcia de 21 de junio de 2019, sobre el reconocimiento judicial efectuado, sostiene que no consta que el animal tenga afecto alguno hacía el cónyuge, por cuanto, durante la actividad de reconocimiento ha estado nervioso y temeroso cuando intentaba acariciarlo, en virtud de ello, decide conceder la propiedad del animal de compañía a la cónyuge.

Al respecto, conviene puntualizar que la resolución judicial es anterior a la reforma normativa del año 2021. No obstante, como antecedente conviene hacer referencia a la SAP de Barcelona de 10 de julio de 2014, que si bien fundamenta su fallo en función de la consideración legal de los animales como bienes muebles ya en ese entonces resalta que los animales son seres vivos.

No obstante, queda evidente que el reconocimiento judicial no solo persigue comprobar si el animal tiene afecto hacía el cónyuge, sino que en base a ello resuelve concederle la propiedad a la cónyuge, aspecto que luego de la reforma normativa se asimila a la asignación de la custodia unilateral de la mascota.

En esa línea, no queremos desmerecer que el bienestar de los animales de compañía en casos de controversia no se limita a la argumentación procesal de las partes, sino que requiere comprobar de forma directa los lazos emocionales que existen entre el perro y sus propietarios como bien sostiene la SAP de Málaga, de 24 de noviembre de 2016.

En ese sentido, la actitud de los cónyuges es un elemento de convicción para que la autoridad judicial determine la modalidad de custodia. Motivo por el cual, quien en los hechos haya ejercido una actitud responsable con relación al cuidado de la mascota se convierte en potencial candidato para beneficiarse con la asignación de la custodia exclusiva. En ese sentido, se pronuncia la SAP de Madrid de 20 de abril de 2018, que dispone la custodia unilateral del animal de compañía.

No obstante, de conformidad a lo decidido en la SAP de Málaga de 24 de noviembre de 2016, en la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 7 de octubre de 2021, así como, en la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Valladolid de 27 de mayo de 2019, si se demuestra que ambos cónyuges han actuado como corresponsables y co-cuidadores del animal de compañía, se considera factible la aplicación del régimen de custodia compartido.

Asimismo, conviene preguntarse si el reconocimiento judicial realizado por el juez es suficiente para adoptar una decisión con relación a la asignación de la custodia de los animales de compañía. Sin desmerecer la postura del juez al igual que acontece con la custodia de los hijos, resulta conveniente que se requiera un informe al equipo técnico judicial, por lo que, este cuerpo adscrito a los juzgados debe ser integrado también por un especialista en psicología de animales, o bien por un veterinario siempre que el caso lo requiera.

Otro aspecto que la autoridad judicial debe tomar en cuenta al momento de determinar la modalidad de custodia aplicable es el domicilio futuro de los excónyuges, puesto que, es probable que la comunidad de propietarios del edificio donde se empadronen y establezcan su residencia los excónyuges prohíba criar animales de compañía, motivo por el cual, no solo se debe valorar la predisposición de las partes, sino también los medios para hacer efectivo el régimen de custodia (CASAS DÍAZ y CAMPS I DIDELLET, 2019, 81).

Al respecto, conviene puntualizar que si bien es importante que los excónyuges cuenten con un domicilio que la mascota pueda también considerar como su hogar, no debería convertirse en una limitación para optar por su custodia. En ese sentido, la custodia compartida flexible se convierte en una opción, porque si bien no es una opción ideal que las mascotas no tengan acceso al domicilio del excónyuge afectado, se puede fijar un punto de encuentro neutral para que se pueda hacer efectivo el contacto entre el excónyuge y la mascota. En el peor de los escenarios para el progenitor que tiene prohibido tener a una mascota en su domicilio, se puede recurrir a un régimen ampliado de visitas. No obstante, consideramos que son medidas provisionales hasta tanto el excónyuge afectado cambie de domicilio salvo que sea propietario de la vivienda.

A modo de ejemplo, conviene resaltar la resolución de la SAP de Barcelona de 19 de febrero de 2021, que dispone la adopción del régimen compartido de custodia de fines de semana alternos hasta tanto la parte demandante acredite que tiene una vivienda en condiciones para albergar al animal de compañía.

Por su parte, otro aspecto que llama la atención en este artículo es la implementación de medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno de los cónyuges con relación a los animales de compañía. Se tiene la impresión de que el legislador tiene cierta desconfianza sobre el ejercicio de la custodia de los animales de compañía, motivo por el cual, decide implementar la aplicación de medidas cautelares. No obstante, cabe preguntarse si no es más factible prohibir que el excónyuge sospechoso se beneficie con la asignación de la custodia compartida, o bien con la asignación de un régimen de visitas.

Desde nuestro punto de vista, somos partidarios de esta postura, por cuanto, durante el desarrollo del proceso la autoridad judicial en base a los antecedentes de la familia ha tenido el tiempo necesario para comprobar la conducta anterior de los excónyuges. Esto significa, que si el juez detecta un riesgo que pueda afectar al bienestar de la mascota lo más conveniente es restringir el contacto entre la mascota y el excónyuge.

A pesar de lo anterior, consideramos que su regulación es más propia del derecho adjetivo que del derecho sustantivo. No obstante, la adopción de medidas cautelares tiene como finalidad evitar el posible secuestro de la mascota o bien que se atente contra su integridad. Al respecto, resulta oportuno hacer referencia

a la SAP de Málaga de 14 de mayo de 2018, puesto que, durante la sustanciación del proceso el recurrido se llevó al animal de compañía.

En cuanto al tipo de medidas cautelares, estas pueden ser personales y reales. Esto significa, que una tercera persona puede garantizar la conducta del excónyuge, o bien el propio excónyuge puede garantizar con un bien que mantendrá una conducta apropiada. En uno y otro caso, pensamos que la aplicación de medidas cautelares desnaturaliza la finalidad de la custodia de los animales de compañía. La finalidad intrínseca de las medidas cautelares se encuentra ligada al ámbito de las obligaciones contractuales, más no con el derecho de familia.

#### IV. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y SU INVIABILIDAD POR MALOS TRATOS A ANIMALES

Otro de los cambios que adopta el legislador con relación a la custodia de los animales de compañía comprende la regulación sobre los requisitos para determinar la custodia compartida. En esa línea, analizaremos el numeral 7 del art. 92 del CC, que establece de forma textual lo siguiente:

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores 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.

Sin duda, resulta novedoso que la norma sustantiva incluya la existencia de amenazas o malos tratos a animales para determinar la factibilidad del régimen compartido. No obstante, consideramos que en función de las modalidades de custodia de los hijos que regula el ordenamiento jurídico se genera cierta suspicacia, puesto que, se vincula los malos tratos a animales únicamente con relación a la custodia compartida y no así con relación a la custodia unilateral.

En virtud de ello, nos preguntamos si al castigar al maltratador con la inaplicabilidad de la custodia compartida procede de forma automática la aplicación de la custodia unilateral. Desde nuestro punto de vista, la sanción en caso de comprobarse que existe maltrato animal debe concebirse en función de ambas modalidades de custodia. Por ello, consideramos que el legislador debe hacer extensiva de forma concreta la regulación sobre el maltrato animal también para la custodia unilateral. Al respecto, no sin razón se afirma que, en el mundo del

derecho la protección de los animales no evita que la regulación ciertos derechos en el ordenamiento jurídico resulte incómoda (PELAYO, 1990, 555).

Por su parte, se debe destacar que el numeral 7 del art. 92 del CC, que es objeto de análisis regula no solo la existencia de maltrato animal, sino también la amenaza de causarlos. Esto significa, que se castiga no solo la violencia física ejercida en contra de las mascotas, sino también la violencia psicológica en contra de terceros, que en este son uno de los cónyuges y/o los hijos menores de edad. La violencia psicológica se considera una especie de maltrato animal indirecto que conlleva un acto de omisión de cuidado o de atención a las necesidades del animal, que pone en riesgo su integridad o su vida (GARCÍA SOLÉ, 2010).

En cuanto a la forma de probar los supuestos de violencia, será necesario recurrir a la opinión de un especialista que valore las reacciones del animal, o bien a un veterinario para que compruebe la existencia de violencia física en contra de la mascota. De igual forma, el juez se encuentra facultado para recurrir a declaraciones testificales, con la finalidad de contar con más elementos de prueba que puedan corroborar la existencia de maltrato animal, tal como se evidencia en la SAP de Oviedo de 21 de junio de 2017, que recurre a la declaración de una testigo para comprobar que el can era golpeado por su propietaria.

Igualmente, el legislador hace referencia a la finalidad de la amenaza o el maltrato animal consumado, que consiste en controlar o victimizar a cualquiera de las personas que forman parte de la estructura familiar. En ese sentido, nos preguntamos si el legislador hace referencia al cónyuge y los hijos, o bien solamente al cónyuge. De una interpretación amplia, entendemos que comprende a todos los actores. No obstante, hubiera sido conveniente que se haga referencia de forma concreta a la figura de los cónyuges y los hijos.

Sobre el tema, resulta oportuno realizar una apreciación puntual con relación al maltrato animal consumado y a la amenaza o tentativa de causar daño a la mascota. En un supuesto de maltrato comprobado se descarta para el maltratador la asignación de la custodia compartida, que nosotros consideramos debería ser extensiva a la custodia unilateral.

En el caso de una amenaza o tentativa no consumada consideramos que, si bien la finalidad radica en el ejercicio de un chantaje emocional, de todas formas, el legislador castiga la intención con la inaplicabilidad del régimen compartida. En virtud de ello, se concluye que el legislador con relación al maltrato animal y la determinación de la custodia no distingue entre acto consumado y mera tentativa, sino que se enfoca en prohibir la aplicación de la custodia compartida.

La finalidad del chantaje emocional en forma de amenaza consiste en presionar al otro cónyuge a aceptar la aplicación de la custodia compartida sobre los hijos menores de edad. Sin embargo, bien puede servir también para que el otro cónyuge desista de solicitar la aplicación de la custodia unilateral en su favor. Desde nuestro

punto de vista, tiene más sentido que el progenitor que recurre a la amenaza pretenda beneficiarse con la custodia unilateral y no así de la custodia compartida, salvo que, por circunstancias concretas como la profesión u ocupación no tenga suficiente disponibilidad de tiempo para asumir la custodia y el cuidado de la mascota.

Asimismo, la amenaza también puede ser ejercida de forma directa en contra de los hijos cuando tienen suficiente juicio, o bien con mayor relevancia cuando tienen 12 años, por cuanto, a partir de esta edad tienen el derecho a ser oídos de forma directa por los administradores de justicia<sup>4</sup>. Esto significa, que el progenitor infractor recurrirá a este medio, con la finalidad de presionar a los hijos para que expresen su predisposición para convivir con él mediante la aplicación de la custodia unilateral, o bien mediante la asignación de la custodia compartida.

En cuanto al derecho adjetivo surge una interrogante con relación al procedimiento iniciado en contra de uno de los excónyuges por maltrato animal. En ese sentido, en virtud del principio de inocencia, hasta tanto no exista una sentencia no se puede presumir la culpa del supuesto maltratador. No obstante, resulta improbable que la autoridad judicial disponga la suspensión del proceso sobre la determinación de la custodia de los animales de compañía hasta que concluya el proceso incoado por maltrato animal, por lo que, se recomienda adoptar medidas provisionales sujetas a cambio en caso de que se compruebe la culpabilidad o inocencia del demandado.

Al respecto, en caso de que las medidas provisionales coincidan con la sentencia sobre el caso de maltrato animal, las partes no resultarán afectadas, toda vez que, se confirmarán las medidas adoptadas. En cambio, si las resoluciones judiciales no coinciden, una de las partes resultará perjudicada, por ejemplo, si como medida provisional se dispone que el supuesto cónyuge maltratador de animales no se beneficie con la custodia de los hijos y luego se resuelve su sobreseimiento en la causa por maltrato animal, se asume que ha sido injustamente prohibido de beneficiarse con la custodia del animal de compañía durante el margen de tiempo de espera hasta la resolución definitiva. Sin duda, el riesgo de que la medida provisional y la medida definitiva no coincidan se encuentra latente. Sin embargo, se recomienda que el legislador condicione la inaplicabilidad de la custodia compartida por maltrato animal a la existencia de una sentencia condenatoria, hasta tanto ello no ocurra, la autoridad judicial tiene un margen de discrecionalidad para determinar la modalidad custodia de los animales de compañía.

## V. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS Y LA CUSTODIA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN FUNCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR

Desde la regulación de la custodia de los animales de compañía, la custodia de los hijos ha perdido su exclusividad. Sin embargo, resulta oportuno puntuali-

zar que las medidas que se adoptan sobre los animales de compañía tienden a ser vitalicias, debido a que su esperanza de vida a diferencia de los hijos es significativamente menos longeva (CASAS DÍAZ y CAMPS I DIDELLET, 2019, 80).

Así pues, queda reflejado que nos encontramos en dos contextos que son parecidos, pero no iguales. No obstante, debemos puntualizar que el interés del menor se debe tomar en cuenta no solo en función de la custodia de los hijos, sino también en función de la custodia de los animales de compañía. En apariencia, la solución óptima se concreta si ambas modalidades de custodia coinciden.

En ese marco, se afirma que las autoridades judiciales en el caso de las familias desestructuradas que tienen una mascota se decantan por la misma modalidad de custodia tanto para los hijos como para las mascotas. Sin embargo, se resalta que a pesar de que se crea un vínculo entre los excónyuges con la mascota, prevalece el interés del menor, en función del beneficio que la mascota le concede (ALCÁZAR JIMÉNEZ, 2018).

No obstante, el interés del menor es variable, en función de las características de cada una de las siguientes alternativas que a continuación presentamos:

-Primero. La custodia compartida de los hijos y la custodia compartida de los animales de compañía. Esta alternativa es la que menos resquebraja la estructura familiar disuelta, por cuanto, los excónyuges alternan la convivencia con sus hijos y con los animales de compañía. En cuanto al interés del menor, los hijos alternan la convivencia no solo con los progenitores, sino también con sus animales de compañía. Por lo que, el tiempo de convivencia de los hijos con los animales de compañía representa aproximadamente un 50%.

-Segundo. La custodia unilateral de los hijos y la custodia compartida de los animales de compañía. Esta modalidad asigna la custodia exclusiva de los hijos a uno de los progenitores. En cambio, se alterna la convivencia con los animales de compañía. En función del tiempo de convivencia de los hijos con sus mascotas, al igual que en el primer caso representa aproximadamente un 50%.

-Tercero. La custodia compartida de los hijos y la custodia unilateral de los animales de compañía. En este caso, si bien se alterna la convivencia con los hijos, no ocurre lo mismo con la custodia de los animales de compañía, porque solo uno de ellos asume la custodia exclusiva de los animales de compañía. En cuanto al tiempo de convivencia de los hijos con las mascotas de compañía, al igual que en los dos anteriores casos representa aproximadamente un 50%.

-Cuarto. La custodia unilateral de los hijos y la custodia unilateral de los animales de compañía. Esta alternativa siempre y cuando sea el mismo progenitor quien se beneficie tanto con la custodia de los hijos como con la custodia de los animales es la que representa un mayor beneficio para los hijos en función de tiempo. Por cuanto, representa más del 50%, toda vez que, el progenitor que tenga asignado un régimen de comunicación con sus hijos y con sus mascotas se

limitará a tener un contacto exclusivo durante los fines de semana y en ocasiones extensivo a determinados días laborales. Al respecto, la SAP de Toledo, de 22 de septiembre de 2021, determina la coincidencia de la custodia de los animales de compañía y de la custodia exclusiva/unilateral de los hijos.

Lo paradójico de esta alternativa se presenta en el supuesto de que la custodia exclusiva de los hijos se asigne a uno de los progenitores y la custodia de los animales de compañía al otro progenitor. En este caso, los hijos son los más perjudicados con esta asignación, por cuanto, la convivencia con sus mascotas se restringirá a un periodo de visitas durante los fines de semana tal como resuelve la SAP de León de 25 de noviembre de 2011, o bien entre los días laborales en función de sus actividades y su tiempo libre.

El común denominador de cada una de las alternativas propuestas se encuentra en la determinación del interés del menor en función del tiempo de convivencia con los animales de compañía. Sobre el tema, consideramos que resulta imprescindible el contacto físico con los animales, porque a diferencia de la custodia de los hijos, el contacto con los animales no puede ser reemplazado ni complementado mediante la utilización de recursos virtuales. Por lo que, el bienestar de los animales de compañía en función del interés del menor se valora por el contacto presencial con los hijos de la familia desestructurada.

Sobre el tema, se afirma de forma correcta que el bienestar de los animales de compañía no relega a un segundo plano el interés de los hijos, puesto que, las medidas que se adoptan con relación a las mascotas de compañía se encuentran compaginadas con la situación que resulta más favorable para los hijos, toda vez que, tienen una vinculación especial (PEGUERO CARRERO, 2022, 16).

Por su parte, conviene resaltar que la custodia de los animales de compañía al igual que la custodia de los hijos debe ser ejercida por uno de los excónyuges si es un régimen unilateral, o bien por ambos si es un régimen compartido. La custodia de los animales de compañía no implica que los hijos asuman esta responsabilidad en función del interés del menor. Esto significa, que los excónyuges no pueden delegar el ejercicio de la custodia de las mascotas a los hijos, salvo determinados actos usuales correspondientes a su ejercicio como la alimentación, por cuanto, la custodia es concedida a título personal y la responsabilidad por los actos causados por los animales de compañía debe ser asumida por los excónyuges.

## 1. LA DETERMINACIÓN DE LA CUSTODIA EN FAMILIAS SIN HIJOS

En el supuesto de los excónyuges que no tienen hijos la custodia de los animales adquiere mayor relevancia. En ese sentido, se presentan las siguientes alternativas de solución:

Primero. Se allana la determinación de la custodia de los animales de compañía, porque no se tiene que consensuar sobre la asignación de la custodia de los hijos. Es así, que las partes sin tener que recurrir a la determinación judicial logran consensuar la modalidad de custodia en el convenio regulador.

Segundo. Se complica la determinación de la custodia de los animales de compañía debido a la falta de consenso. Toda vez que, las partes a su turno quieren beneficiarse con la custodia unilateral, o bien uno de los excónyuges con la custodia unilateral y el otro con la custodia compartida.

No obstante, en ambos supuestos la custodia de los animales de compañía merece un análisis especial, puesto que, se asume que reemplazan la figura de los hijos en una estructura familiar que decide por voluntad propia no tener hijos, o bien lo que es más dramático debido a otros motivos como la infertilidad de uno de los excónyuges.

En ese marco, se puede afirmar que el interés del menor es absorbido por el interés de la mascota. Sin embargo, los excónyuges deben asumir que la mascota no es un instrumento, por lo que, debe preponderar el bienestar del animal de compañía. En esa línea, la conducta de los cónyuges con la mascota durante la convivencia es un parámetro para determinar su bienestar con relación a la determinación de la modalidad apropiada de custodia.

## VI. LA CAUSA DE INCLUSIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN LA ESTRUCTURA FAMILIAR Y LA CUSTODIA

Los hijos forman parte de la estructura familiar por decisión de ambos progenitores, en su gran mayoría debido a una planificación familiar, motivo por el cual, ambos son titulares y ejercen la patria potestad de forma conjunta durante la convivencia común. En cambio, la inclusión de los animales de compañía en la estructura familiar ocurre por diferentes motivos, entre otros, porque los cónyuges los quieren tener como compañía, por el apego, cariño o simpatía de los cónyuges hacia un determinado animal, porque su inclusión les reporta beneficios, o bien por haber sido un obsequio para los hijos (SÁEZ OLMOS, CARAVACA LLAMAS y CANO, 2022, 5). Al respecto, aunque se afirma que los cónyuges no se encuentran autorizados sin la autorización del otro a realizar cruzamientos con la finalidad de enajenar a sus crías con la finalidad de lucrar (ESBORRAZ, 2023, 78), desde nuestro punto de vista, la inclusión de los animales de compañía en la estructura familiar con fines de lucro desnaturaliza la esencia de la figura jurídica de la custodia.

En esa línea, si el menor ha recibido como obsequio una mascota, se asume que el régimen de custodia de los hijos debe coincidir con la modalidad de custodia

de la mascota. Esto significa, que se prepondera el interés del menor en función de la causa que motivó la inclusión de la mascota en la familia y no así en quién fue el causante. Por lo que, con la finalidad de sobreponer el interés de los progenitores al interés del menor, en supuestos en los cuales exista confrontación de intereses entre las partes, no se considera como argumento válido que hayan sido ambos o uno solo de los cónyuges los responsables del obsequio para direccionar la asignación de la custodia de los animales de compañía en favor de uno de los excónyuges.

Por su parte, cuando se cría un animal de compañía en el hogar familiar por voluntad de ambos cónyuges o por el apego o simpatía a una determinada mascota por parte de uno de los cónyuges, la disyuntiva radica en determinar si debe prevalecer el interés de los cónyuges o el interés del menor. En este caso, consideramos que se debe tomar en cuenta la relación de los hijos con la mascota como criterio prioritario al momento de determinar el régimen de custodia, puesto que, la mascota forma parte de la estructura familiar no como un objeto de pertenencia de los cónyuges, sino como un integrante de la familia con características especiales que requiere supervisión y acompañamiento. Sin embargo, en el caso de que al menor le sea indiferente la existencia del animal de compañía en su entorno familiar, se debe priorizar el bienestar de la mascota en función de la relación con los excónyuges, consecuentemente, en base a ello se determinará si es factible su custodia unilateral, o bien la custodia compartida.

Sobre el tema, hay que puntualizar que tanto los hijos como los animales de compañía se encuentran de forma involuntaria ante la desestructuración de la familia, sin embargo, son los más afectados, puesto que, repentinamente tienen que afrontar la separación de sus seres queridos. Además, se suma el hecho de que no tienen capacidad ni autonomía plena para decidir su modalidad de custodia, aunque, conviene puntualizar que, si bien el menor tiene derecho a ser oído de forma directa a partir de los 12 años o siempre que tenga suficiente juicio, su opinión no resulta vinculante para el juez. Por todo ello, con la finalidad de paliar o no agravar el sufrimiento de los hijos menores de edad, al determinar la modalidad de custodia de los animales de compañía, se debe priorizar el beneficio de los hijos, que representa compaginar su modalidad de custodia con la custodia de los animales de compañía.

En el ámbito jurisprudencial, SAP de Málaga de 14 de mayo de 2018, afirma que no es relevante si el can fue comprado o donado a favor de una de las partes, sino que prepondera el vínculo afectivo entre el animal de compañía y las partes.

En cuanto al ejercicio de la custodia de los animales de compañía, en función de sus características se recomienda que el sistema adoptado no sea rígido, por cuanto, a diferencia de la custodia de los hijos, es una modalidad de custodia atípica, toda vez que, requiere cierto tipo de cuidados que contemplan desde el acompañamiento hasta la alimentación.

No obstante, esto no significa que se restrinja su consideración como un miembro más de la familia, inclusive se afirma que los animales de compañía se ubican en un ámbito familiar en el territorio de la parentalidad (CASAS DÍAZ y CAMPS I DIDELLET, 2019, 59). Al respecto, conviene puntualizar que las funciones de parentalidad no son asumidas solo por los cónyuges, sino también por los hijos quienes no en pocos casos asumen un rol protector hacia las mascotas que forman parte de su estructura familiar.

En el ámbito jurisprudencial, se observa la implementación de un sistema flexible de visitas en la resolución de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 9) de Valladolid, de 27 de mayo de 2019, que determina la custodia compartida del animal de compañía con un periodo de alternancia de seis meses a cada uno de los excónyuges, con la posibilidad de que cada uno pueda disfrutar la compañía de la mascota al menos un fin de semana cada mes siempre y cuando comunique su intención al menos con una semana de antelación. En la misma línea, se pronuncia la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Leganés (núm. 2), de 17 de marzo de 2020, que resuelve la aplicación del régimen compartido por periodos de tres meses.

## VII: CONCLUSIONES

I. La norma sustantiva incluye como principal novedad normativa en los cambios implementados el año 2021, la consideración de los animales como seres vivos dotados de sensibilidad, regulación vigente desde el año 2022. Aspecto que conlleva la regulación de la custodia de los animales de compañía en casos de desestructuración familiar.

II. De las modificaciones incluidas por el legislador en el Código Civil al contenido del convenio regulador, aunque no se regula de forma expresa, se deduce que los excónyuges en primer término se encuentran facultados para optar por la custodia exclusiva/unilateral, o bien por la custodia compartida de los animales de compañía.

III. En el supuesto de que los excónyuges no logren consensuar sobre la modalidad de custodia de los animales de compañía, se recurre a la autoridad judicial, con la finalidad de que asigne la custodia a uno de los cónyuges de forma unilateral, o bien a ambos de forma alternada. En el proceso de determinación judicial, el juez se encuentra facultado para realizar las actuaciones procesales que considere necesario para precautelar el bienestar de los animales de compañía.

IV. La norma sustantiva no incluye de forma expresa a las parejas de hecho en la determinación judicial de la custodia de los animales de compañía. Por lo que, las

personas registradas como parejas de hecho, únicamente pueden remitirse al convenio regulador para consensuar sobre la modalidad de custodia de sus mascotas.

V. El legislador prohíbe la aplicación de la custodia compartida de los animales de compañía en los supuestos en los cuales se compruebe que ha sido objeto de amenazas o maltrato. Sin embargo, se observa que únicamente se sanciona la inaplicabilidad del régimen compartido y no así de la custodia unilateral, motivo por el cual, se tiene la impresión de que la custodia unilateral tiene una cierta prerrogativa al momento de determinar su aplicación.

VI. En función del interés del menor, se recomienda que coincidan la custodia de los hijos y la custodia de los animales de compañía. No obstante, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, es probable que la custodia de los hijos y la custodia de los animales de compañía no coincidan. Por lo que, el tiempo de convivencia de los hijos con la mascota se convierte en el principal parámetro para valorar su beneficio, puesto que, el contacto presencial resulta irremplazable.

VII. La causa o motivo que originó la inclusión de los animales de compañía en la estructura familiar es un factor para tomar en cuenta al momento de determinar su custodia en función del resultado de la causa. Por lo que, se debe priorizar el interés del menor no solo como destinatario de la inclusión de la mascota en la familia, sino por la relación que construye con ellos durante el tiempo de convivencia.

VIII. La determinación de la custodia de los animales de compañía, a diferencia de la custodia de los hijos contempla medidas vitalicias debido a que la esperanza de vida de los animales de compañía no se asemeja a la vida de los seres humanos. No obstante, esto no significa que de acuerdo con las circunstancias no se pueda modificar el régimen de custodia de las mascotas.

IX. En virtud del análisis realizado, se evidencia que la situación jurídica de los animales de compañía ha adquirido otra dimensión no solo en cuanto a su consideración como seres vivos dotados de cierta sensibilidad, sino con relación a la determinación de su custodia. No obstante, al ser un tema relativamente nuevo en el ámbito civil español, consideramos que existe un margen de mejora en la regulación sustantiva y adjetiva.

X. La determinación de la custodia de los animales de compañía al igual que la custodia de los hijos conlleva la determinación de cargas que son una especie de pensiones alimenticias, se dividen en cargas ordinarias que comprende la alimentación de la mascota y cargas extraordinarias que representan los gastos médicos y las vacunas.

XI. La determinación de la custodia de los animales de compañía se encuentra en una fase intermedia de mutación, por cuanto, comprende únicamente a la figura jurídica del matrimonio, no así a las uniones de hecho. Motivo por el cual, hasta tanto la normativa no regule de forma expresa la custodia de los

animales de compañía de las parejas de hecho será aplicable por analogía la regulación actual que comprende a quienes han contraído matrimonio.

## VIII. JURISPRUDENCIA

- SAP de León de 25 de noviembre de 2011.
- SAP de Navarra de 9 de octubre de 2013.
- SAP de Barcelona de 10 de julio de 2014.
- SAP de Segovia de 24 de marzo de 2015.
- SAP de Málaga de 24 de noviembre de 2016.
- SAP de Oviedo de 21 de junio de 2017.
- SAP de Madrid de 20 de abril de 2018.
- SAP de Málaga de 14 de mayo de 2018.
- SAP de Madrid de 28 de febrero de 2019.
- SAP de Barcelona de 22 de enero de 2021.
- SAP de Barcelona de 19 de febrero de 2021.
- SAP de Toledo de 22 de septiembre de 2021.
- Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (núm. 9), de 14 de marzo de 2018.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 9) de Valladolid, de 27 de mayo de 2019.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 4) de Murcia, de 21 de junio de 2019.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (núm. 7) de Vilanova y la Geltrú, de 06 de noviembre de 2019.
- Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Valladolid (núm. 2), de 7 de octubre de 2020.
- Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Leganés (núm. 2), de 17 de marzo de 2020.
- Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Madrid (núm. 11), de 7 de octubre de 2021.

## IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÁZAR JIMÉNEZ, M. N., *La custodia compartida en el supuesto de modificación de medidas definitivas en un procedimiento de divorcio*. Edit. Universidad de Jaén, 2018.
- CASAS DÍAZ, L., y CAMPS I DIDELLET, X., “Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía”, *Revista dA Derecho Animal (Forum of animal Law Studies)*, vol. 10, núm. 1, 2019, pp. 76–83.

- 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.
- DÍAZ VIDELA, M., “¿Qué es una mascota? Objetos y miembros de la familia”. *Revista Ajayu de Psicología*, vol. 15, núm. 1, 2017, pp. 53–69.
- ESBORRAZ, D. F., “El nuevo régimen jurídico de los animales en las codificaciones civiles de Europa y América”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 44, 2023, pp. 51–90.
- GARCÍA SOLÉ, M., “El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección”, *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, núm. 8, 2010, pp. 36–43.
- GÍMENEZ-CANDELA, M., “The de – objectification of animals in the Spanish civil code”, *Revista dA Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 9, núm. 3, 2018, pp. 28–47.
- LÓPEZ TUR, T., “La guarda y custodia de los animales de compañía”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 18-19, 2021, pp. 73–94.
- 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, *Revista dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 10, núm. 4, 2019.
- 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”, *Revista dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 12, núm. 2, 2021, pp. 190–198.
- OLIVERA OLIVA, M., *Los animales de compañía en las crisis de pareja*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2022.
- PEGUERO CARRERO, B., “Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021 de 15 de diciembre de 2021”, *Revista Diario La Ley*, núm. 10177, 2022.
- PELAYO CONZALEZ-TORRE, A., “Sobre los derechos de los animales”, *Revista anuario de filosofía del derecho*, núm. 7, 1990, pp. 543–556.
- SÁEZ OLMOS, J., CARAVACA LLAMAS, C. y CANO, J., “La custodia de las mascotas: nuevo escenario en la mediación familiar”, *Revista mediaciones sociales*, vol. 21, 2022, pp. 1-10.

## NOTAS

<sup>1</sup> Véase 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. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-20727> Igualmente, la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales en el numeral 2 del art. 1 sobre el objeto y ámbito de aplicación prevé que: “Se entiende por derechos de los animales su derecho al buen trato, respeto y protección, inherentes y derivados de su naturaleza de seres sintientes...”. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-7936> Sobre el tema, llama la atención que el ordenamiento jurídico español con anterioridad en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal tipificó en el art. 337 el maltrato animal a los animales domésticos. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>

<sup>2</sup> El Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 90a Tiere establece lo siguiente: “Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist”. En esa línea, el año 2002 se eleva a rango constitucional la protección de los animales. Así pues, la Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. art 20<sup>a</sup> prevé que: “Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung”.

<sup>3</sup> Al respecto conviene hacer referencia de forma textual a los dos primeros numerales del art. 333 bis del CC, que establece lo siguiente:

“1. 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 o con las disposiciones destinadas a su protección.

2. El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y 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”.

<sup>4</sup> Sobre el tema, conviene complementar que el art. 770. 1. 4.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que: “...Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad...”. Por su parte, el numeral 6 del art. 92 del CC, prevé que el juez debe oír a los menores que tengan suficiente juicio.

*Trabajo recibido el 13 de junio de 2023 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2023*