

Instrucció 2/2022, per tal de donar difusió les modificacions operades en l'article 94 del Codi civil (CC) i dels articles 233.11.3 i 236-5 de la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya (CCCat) i en l'article 544 ter de la Llei d'Enjudiciament Criminal (LECrím).

1. Exposició de motius

En data 3 de juny de 2021 es va publicar al Butlletí Oficial de l'Estat (BOE) la Llei 8/2021, de 2 de juny, per la qual es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat a l'exercici de la seva capacitat jurídica, la qual va introduir importants reformes en matèria de dret de família.

El 2 de desembre de 2021 es va publicar al Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya (DOGC) el Decret llei 26/2021, de 30 de novembre, de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya en relació amb la violència vicària, mitjançant el qual es van modificar els articles del CCCat relatius a la guarda, estades i comunicacions dels fills o filles en els casos de violència masculista.

Així, l'exposició de motius d'aquest Decret llei, estableix que la violència vicària continua provocant víctimes, sense que les mesures establertes fins ara s'hagin mostrat prou efectives i que, per aquest motiu, cal introduir canvis legals per a evitar els casos d'infants que moren a mans del pare.

En aquest context, en data 7 de març de 2022 aquest director general d'Afers Penitenciaris va dictar la Instrucció 1/2022, sobre les afectacions que, en el desenvolupament de les comunicacions i visites i en el gaudiment dels permisos i sortides de les persones internes en centres penitenciaris, ha suposat la modificació de l'article 94 del Codi civil (CC) i dels articles 233.11.3 i 236-5 de la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya (CCCat), per tal de donar pautes d'actuació i d'adequar l'activitat d'execució penal a les previsions de la normativa civil esmentada.

No obstant, des de l'entrada en vigor de la Instrucció 1/2022 esmentada, s'han posat de manifest nombrosos dubtes sobre l'adequació de les obligacions establertes i, per aquest motiu, s'ha considerat necessària la revisió i reformulació de la Instrucció esmentada.

D'altra banda, en data 5 de juny de 2021 es va publicar al Butlletí Oficial de l'Estat (BOE), la Llei orgànica 8/2021, de 4 de juny, de protecció integral a la infància i l'adolescència davant de la violència, el preàmbul de la qual expressa que la protecció de les persones menors d'edat és una obligació prioritària dels poders públics, reconeguda a l'article 39 de la Constitució Espanyola (CE) i en diversos tractats internacionals, i que la violència sobre la infància i l'adolescència s'ha de combatre des d'una perspectiva integral, donant resposta extensa als seus factors de risc i conseqüències.

Aquesta llei introdueix modificacions en diferents normes i, als efectes que ens ocupen, escau assenyalar la nova redacció donada als apartats 6 i 7 de l'article 544 ter de la Llei d'Enjudiciament Criminal (LECrím).

2. Modificació article 94 del CC

La Llei 8/2021, de 2 de juny, per la qual es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat a l'exercici de la seva capacitat jurídica, va introduir importants reformes en matèria de dret de família i, en concret, respecte el dret de visites i comunicació amb fills o filles i nets o netes, en el marc dels processos de nul·litat, separació i divorci, va donar nova redacció a l'article 94 del CC, el qual estableix que:

“L'autoritat judicial ha de determinar el temps, la manera i el lloc en què el progenitor que no tingui amb ell els fills menors pot exercir el dret de visitar-los, comunicar-s'hi i tenir-los en la seva companyia.

Respecte dels fills amb discapacitat majors d'edat o emancipats que necessitin suport per prendre la decisió, el progenitor que no els tingui en la seva companyia pot sol·licitar, en el mateix procediment de nul·litat, separació o divorci, que s'estableixi la manera com s'ha d'exercir el dret que preveu el paràgraf anterior.

L'autoritat judicial ha d'adoptar la resolució que preveuen els paràgrafs anteriors, amb l'audiència prèvia del fill i del Ministeri Fiscal. Així mateix, l'autoritat judicial pot limitar o suspendre els drets que preveuen els paràgrafs anteriors si es donen circumstàncies rellevants que així ho aconsellin o s'incompleixen de manera greu o reiterada els deures imposats per la resolució judicial.

No és procedent l'establiment d'un règim de visita o estada, i si n'hi ha s'ha de suspendre, respecte del progenitor que estigui incurs en un procés penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i la indemnitat sexual de l'altre cònjuge o els seus fills. Tampoc és procedent quan l'autoritat judicial adverteixi, de les alegacions de les parts i les proves practicades, l'existència d'indicis fundats de violència domèstica o de gènere. No obstant això, l'autoritat judicial pot establir un règim de visita, comunicació o estada en una resolució motivada en l'interès superior del menor o en la voluntat, els desitjos i les preferències del major amb discapacitat necessitat de suports i amb l'avaluació prèvia de la situació de la relació paternofamiliar.

No és procedent en cap cas l'establiment d'un règim de visites respecte del progenitor en situació de presó, provisional o per sentència ferma, acordada en un procediment penal pels delictes que preveu el paràgraf anterior.

Igualment, l'autoritat judicial pot reconèixer el dret de comunicació i visita que preveu l'apartat segon de l'article 160, amb l'audiència prèvia dels progenitors i de qui l'hagi sol·licitat per la seva condició de germà, avi, parent o propparent del menor o del major amb discapacitat que necessiti suport per prendre la decisió, que han de prestar el seu consentiment. L'autoritat judicial ha de resoldre tenint sempre present l'interès del menor o la voluntat, els desitjos i les preferències del major amb discapacitat.”

3. Modificació de l'article 233.11.3 i 236-5 del llibre segon del CCCat

El Decret Llei 26/2021, de 30 de novembre, de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya en relació amb la violència vicària, va modificar els articles del CCCat relatius a la guarda, estades i comunicacions dels fills o filles en els casos de violència masclista i per tal

de prohibir l'atribució de la guarda, les estades, les relacions i les comunicacions entre els fills i filles i el pare en els casos de violència vicària masculista.

Així, als efectes que ens ocupen, cal prendre en consideració la nova redacció donada als articles 233.11 i 236.5 del llibre segon del CCCat:

“Article 233-11. Criteris per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda

1. Per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda, cal tenir en compte les propostes de pla de parentalitat i, en particular, els criteris i les circumstàncies següents ponderats conjuntament:

a) La vinculació afectiva entre els fills i filles i cadascun dels progenitors, i també les relacions amb les altres persones que conviuen a les llars respectives.

b) L'aptitud dels progenitors per a garantir el benestar dels fills i filles i la possibilitat de procurar-los un entorn adequat, d'acord amb llur edat.

c) L'actitud de cadascú dels progenitors per a cooperar amb l'altre a fi d'assegurar la màxima estabilitat als fills i filles, especialment per a garantir adequadament les relacions d'aquests amb tots dos progenitors.

d) El temps que cadascun dels progenitors havia dedicat a l'atenció dels fills i filles abans de la ruptura i les tasques que efectivament exercia per a procurar-los el benestar.

e) L'opinió expressada pels fills i filles.

f) Els acords en previsió de la ruptura o adoptats fora de conveni abans d'iniciar-se el procediment.

g) La situació dels domicilis dels progenitors, i els horaris i les activitats dels fills i filles i dels progenitors.

2. En l'atribució de la guarda, no es poden separar els germans i les germanes, llevat que les circumstàncies ho justifiquin.

3. En interès dels fills i filles, no es pot atribuir la guarda al progenitor, ni es pot establir cap règim d'estades, comunicació o relació, o si existeixen s'han de suspendre, quan hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masculista. Tampoc no es pot atribuir la guarda al progenitor, ni es pot establir cap règim d'estades, comunicació o relació, o si existeixen s'han de suspendre, mentre es trobi incurs en un procés penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i la indemnitat sexual de l'altre progenitor o els seus fills o filles, o estigui en situació de presó per aquests delictes i mentre no s'extingeixi la responsabilitat penal.

4. Excepcionalment, l'autoritat judicial pot establir, de forma motivada, un règim d'estades, relació o comunicacions en interès de la persona menor, un cop escoltada, si té capacitat natural suficient.”

Article 236-5. Denegació, suspensió i modificació de les relacions personals

“1. L'autoritat judicial pot denegar o suspendre el dret dels progenitors o de les altres persones a què fa referència l'article 236-4.2 a tenir relacions personals amb els fills o filles, i també en pot variar les modalitats d'exercici, si incompleixen llurs deures o si la relació pot perjudicar l'interès dels fills o filles.

2. L'entitat pública competent pot determinar com s'han de fer efectives les relacions personals amb les persones menors desamparades i, fins i tot, suspendre-les si convé a l'interès d'aquestes.

3. El progenitor i les altres persones a què fa referència l'article 236-4.2, quan hi hagi indicis fonamentats que han comès actes de violència familiar o masclista, no tenen dret a relacionar-se personalment amb els fills o filles. Tampoc hi poden establir relacions personals mentre es trobin incursos en un procés penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i la indemnitat sexual de l'altre progenitor o dels seus fills o filles, o en situació de presó per aquests delictes i mentre no s'extingeixi la responsabilitat penal.

4. Excepcionalment, l'autoritat judicial pot establir, de forma motivada, un règim d'estades, relació o comunicacions en interès de la persona menor, un cop escoltada, si té capacitat natural suficient”.

4. Modificació article 544 ter LECrim

La Llei Orgànica 8/2021, de 4 de juny, de protecció integral a la infància i l'adolescència davant de la violència, atén el dret dels nens, nenes i adolescents de no ser objecte de cap forma de violència. Aquesta norma, entre d'altres qüestions, va modificar els apartats 6 i 7 de l'article 544 ter de la LECrim, el qual ha quedat redactat de la manera següent:

“Article 544 ter

1. El jutge d'instrucció ha de dictar una ordre de protecció per a les víctimes de violència domèstica en els casos en què, havent-hi indicis fundats de la comissió d'un delicte o falta contra la vida, integritat física o moral, llibertat sexual, llibertat o seguretat d'alguna de les persones esmentades a l'article 173.2 del Codi penal, en resulti una situació objectiva de risc per a la víctima que requereixi l'adopció d'alguna de les mesures de protecció regulades en aquest article.

2. L'ordre de protecció l'ha de dictar el jutge d'ofici o a instància de la víctima o persona que hi tingui alguna de les relacions que indica l'apartat anterior, o del Ministeri Fiscal. Sens perjudici del deure general de denúncia que preveu l'article 262 d'aquesta Llei, les entitats o els organismes assistencials, públics o privats, que tinguin coneixement d'algun dels fets esmentats a l'apartat anterior han d'assabentar-ne immediatament el jutge de guàrdia o el Ministeri Fiscal a fi que es pugui incoar o instar el procediment per a l'adopció de l'ordre de protecció.

3. L'ordre de protecció es pot sol·licitar directament davant l'autoritat judicial o el Ministeri Fiscal, o bé davant les forces i els cossos de seguretat, les oficines d'atenció a la víctima o

els serveis socials o institucions assistencials dependents de les administracions públiques. Aquesta sol·licitud ha de ser remesa de forma immediata al jutge competent. En cas que se suscitin dubtes sobre la competència territorial del jutge, ha d'iniciar i resoldre el procediment per a l'adopció de l'ordre de protecció el jutge davant el qual s'hagi sol·licitat, sens perjudici de remetre posteriorment les actuacions a qui sigui competent.

Els serveis socials i les institucions abans esmentades han de facilitar a les víctimes de la violència domèstica a les quals hagin de prestar assistència la sol·licitud de l'ordre de protecció, i amb aquesta finalitat han de posar a la seva disposició informació, formularis i, si cal, canals de comunicació telemàtics amb l'Administració de justícia i el Ministeri Fiscal.

4. Un cop rebuda la sol·licitud d'ordre de protecció, el jutge de guàrdia, en els supòsits esmentats a l'apartat 1 d'aquest article, ha de convocar a una audiència urgent la víctima o el seu representant legal, el sol·licitant i el presumpte agressor, assistit, si s'escau, d'un advocat. Així mateix, hi ha de ser convocat el Ministeri Fiscal.

Aquesta audiència es pot substanciar simultàniament amb la prevista a l'article 505 quan sigui procedent convocar-la, amb l'audiència regulada a l'article 798 en les causes que es tramitin d'acord amb el procediment previst al títol III del llibre IV d'aquesta Llei o, si s'escau, amb l'acte del judici de faltes. Quan excepcionalment no sigui possible celebrar l'audiència durant el servei de guàrdia, el jutge davant del qual s'hagi formulat la sol·licitud l'ha de convocar en el termini més breu possible. En qualsevol cas l'audiència s'ha de celebrar en un termini màxim de setanta-dues hores des de la presentació de la sol·licitud.

Durant l'audiència, el jutge de guàrdia ha d'adoptar les mesures oportunes per evitar la confrontació entre el presumpte agressor i la víctima, els seus fills i la resta de membres de la família. A aquest efecte ha de disposar que en aquesta audiència la declaració es faci per separat.

Un cop celebrada l'audiència, el jutge de guàrdia ha de resoldre mitjançant una interlocutòria el que sigui procedent sobre la sol·licitud de l'ordre de protecció, així com sobre el contingut i la vigència de les mesures que incorpori. Sens perjudici d'això, el jutge d'instrucció pot adoptar en qualsevol moment de la tramitació de la causa les mesures previstes a l'article 544 bis.

5. L'ordre de protecció confereix a la víctima dels fets esmentats a l'apartat 1 un estatut integral de protecció que comprèn les mesures cautelars d'ordre civil i penal que preveu aquest article i les altres mesures d'assistència i protecció social que estableix l'ordenament jurídic. L'ordre de protecció es pot fer valer davant qualsevol autoritat i administració pública.

6. Les mesures cautelars de caràcter penal poden consistir en qualsevol de les que preveu la legislació processal criminal. Els seus requisits, contingut i vigència són els que estableix amb caràcter general aquesta Llei. El jutge d'instrucció les ha d'adoptar atenent la necessitat de protecció integral i immediata de la víctima i, si s'escau, de les persones sotmeses a la seva pàtria potestat, tutela, curatela, guarda o acolliment.

7. Les mesures de naturalesa civil les ha de sol·licitar la víctima o el seu representant legal, o bé el Ministeri Fiscal quan hi hagi fills menors o persones amb la capacitat judicialment modificada, i se n'ha de determinar el règim de compliment i, si escau, les mesures

complementàries que siguin necessàries, sempre que no hagin estat prèviament acordades per un òrgan de l'ordre jurisdiccional civil, i sense perjudici de les mesures previstes a l'article 158 del Codi civil. Quan hi hagi menors o persones amb discapacitat necessitades d'especial protecció que convisquin amb la víctima i en depenguin, el jutge s'ha de pronunciar en tot cas, fins i tot d'ofici, sobre la pertinença de l'adopció de les mesures esmentades. Aquestes mesures poden consistir en la manera com s'ha d'exercir la pàtria potestat, l'acolliment, la tutela, la curatela o la guarda de fet, l'atribució de l'ús i gaudi de l'habitatge familiar, determinar el règim de guarda i custòdia, suspensió o manteniment del règim de visites, comunicació i estada amb els menors o persones amb discapacitat necessitades d'especial protecció, el règim de prestació d'aliments, així com qualsevol disposició que es consideri oportuna a fi d'apartar-los d'un perill o d'evitar-los perjudicis.

Quan es dicti una ordre de protecció amb mesures de contingut penal i hi hagi indicis fundats que els fills i filles menors d'edat hagin presenciat, sofert o conviscut amb la violència a la qual es refereix l'apartat 1 d'aquest article, l'autoritat judicial, d'ofici o a instància de part, ha de suspendre el règim de visites, estada, relació o comunicació de l'inculpat respecte dels menors que en depenguin. No obstant això, a instància de part, l'autoritat judicial pot no acordar la suspensió mitjançant resolució motivada en l'interès superior del menor i prèvia avaluació de la situació de la relació paternofilial.

Les mesures de caràcter civil contingudes a l'ordre de protecció tenen una vigència temporal de trenta dies. Si dins d'aquest termini s'incoa a instància de la víctima o del seu representant legal un procés de família davant la jurisdicció civil, les mesures adoptades segueixen en vigor durant els trenta dies següents a la presentació de la demanda. En aquest termini les mesures les ha de ratificar, modificar o deixar sense efecte el jutge de primera instància que sigui competent.

8. L'ordre de protecció ha de ser notificada a les parts, i comunicada pel secretari judicial immediatament, mitjançant un testimoni íntegre, a la víctima i a les administracions públiques competents per a l'adopció de mesures de protecció, siguin aquestes de seguretat o d'assistència social, jurídica, sanitària, psicològica o de qualsevol altra mena. A aquest efecte s'ha d'establir reglamentàriament un sistema integrat de coordinació administrativa que garanteixi l'agilitat d'aquestes comunicacions.

9. L'ordre de protecció implica el deure d'informar permanentment la víctima sobre la situació processal de l'investigat o encausat, així com sobre l'abast i la vigència de les mesures cautelars adoptades. En particular, la víctima ha de ser informada en tot moment de la situació penitenciària del presumpte agressor. A aquest efecte s'ha de donar compte de l'ordre de protecció a l'Administració penitenciària.

10. L'ordre de protecció ha de ser inscrita en el Registre Central per a la Protecció de les Víctimes de la Violència Domèstica i de Gènere.

11. En els casos en què durant la tramitació d'un procediment penal en curs sorgeixi una situació de risc per a alguna de les persones vinculades amb l'investigat o encausat per alguna de les relacions indicades a l'apartat 1 d'aquest article, el jutge o el tribunal que conegui de la causa pot disposar l'ordre de protecció de la víctima d'acord amb el que estableixen els apartats anteriors..”

En conseqüència;

Disposo

Traslladar als professionals als professionals d'execució penal la informació sobre les modificacions normatives operades per tal que es tinguin en compte en el moment de valorar les comunicacions i les sortides del centre de les persones internes que es trobin incurses en un procés penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i la indemnitat sexual de l'altre progenitor o els seus fills o filles, o estigui en situació de presó per aquests delictes i mentre no s'extingeixi la responsabilitat penal.

Disposició derogatòria

Queda derogada la Instrucció 1/2022, sobre les afectacions que, en el desenvolupament de les comunicacions i visites i en el gaudiment dels permisos i sortides de les persones de les persones internes en centres penitenciaris, ha suposat la modificació de l'article 94 del Codi civil (CC) i dels articles 233.11.3 i 236-5 de la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya (CCCat)

Disposició final

La present Instrucció entrarà en vigor des de la seva signatura.

S'ha de llegir en la primera reunió del Consell de Direcció que tingui lloc després de rebre-la, perquè se'n tingui constància, i s'ha de donar difusió en els termes que estableix l'ordinal segon de la Disposició Transitòria Tercera del Decret 329/2006, de 5 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament d'organització i funcionament dels serveis d'execució penal a Catalunya.

En cas de dubte o necessitat d'interpretació, s'ha d'adreçar la consulta a la Subdirecció General de Centres i Gestió Penitenciària o a la Subdirecció General de Programes de Rehabilitació i Sanitat de la Direcció General d'Afers Penitenciaris, segons correspongui per qüestió de matèria.

Barcelona, (a la data de la signatura electrònica)

El director general

Cesar Galvan Romero