



INFORME JURÍDIC

Assumpte: Projecte de decret llei de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya en relació amb la violència vicària

Sol·licitant: Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació

1.- ANTECEDENTS

La Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació ha tramès a aquesta Assessoria Jurídica, en data 26 de novembre de 2021, el Projecte de decret llei de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya, en relació amb la violència vicària, i en data 27 de novembre de 2021 ha tramès una memòria justificativa de la necessitat extraordinària i urgent del Projecte de decret llei esmentat.

L'esmentat Projecte de decret llei ha d'ésser sotmès a informe dels serveis jurídics, de conformitat amb el que disposa l'article 38.3 de la Llei 13/2008, del 5 de novembre, de la presidència de la Generalitat i del Govern, en relació amb l'article 4.1.a) de la Llei 7/1996, de 5 de juliol, d'organització dels serveis jurídics de l'Administració de la Generalitat de Catalunya.

2.- CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Primera. Marc competencial i marc normatiu

De conformitat amb l'article 129 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (en endavant, EAC), correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de dret civil, excepte en les matèries que l'article 149.1.8 de la Constitució atribueix en tot cas a l'Estat. Aquesta competència inclou la determinació del sistema de fonts del dret civil de Catalunya.

L'article 149.1.8 de la Constitució estableix que l'Estat té competència exclusiva sobre "legislació civil, sens perjudici de la conservació, modificació i desenvolupament dels drets civils, forals o especials allà on n'hi hagi. En qualsevol cas, les regles relatives a l'aplicació i a l'eficàcia de les normes jurídiques, relacions jurídico-civils relatives a les formes del matrimoni, ordenació dels registres i instruments públics, bases de les obligacions contractuals, normes per a resoldre els conflictes de lleis i la determinació de les fonts del Dret, d'acord, en aquest darrer cas, amb les normes del dret foral o especial".

D'altra banda, tot i que no es tracta d'una norma competencial, també cal recordar en relació amb el dret civil, que l'article 5 de l'EAC reconeix que l'autogovern de Catalunya es fonamenta també en els drets històrics del poble català, en les seves institucions seculares i en la tradició jurídica catalana, que l'Estatut incorpora i actualitza a l'empara de l'article 2, la disposició transitòria segona i altres preceptes de la Constitució, dels quals deriva el reconeixement d'una posició singular de la Generalitat amb relació, entre altres, al dret civil.

D'acord amb l'article 110 de l'EAC, corresponen a la Generalitat, en l'àmbit de les seves competències exclusives, de manera íntegra, la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva. Així mateix, estableix aquest precepte que correspon únicament a la Generalitat l'exercici d'aquestes potestats i funcions, mitjançant les quals pot establir polítiques pròpies.

Cal recordar que, en exercici de l'avantddita competència exclusiva en matèria de dret civil, ja atribuïda per l'article 9.2 de l'Estatut de 1979, es va endegar un procés d'actualització del dret privat català, el qual va tenir una primera fase que va donar lloc a la Llei 13/1984, de 20 de març, que va establir una sèrie de modificacions en el text de la Llei 40/1960, de 21 de juliol, de la Compilació del Dret Civil de Catalunya, i al Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el Text Refós de la Compilació del Dret Civil de Catalunya. L'actualització del dret civil de Catalunya va continuar, posteriorment, en una segona fase, mitjançant l'instrument tècnic de les lleis especials.

A partir de 1991 el dret civil català va entrar paral·lelament en una tercera fase, la de les codificacions parcials, amb l'aprovació de la Llei 40/1991, de 30 de desembre, del Codi de Successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, i continuada per la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família, amb la voluntat de recollir, ordenar i sistematitzar la regulació sobre diverses matèries continguda en les lleis especials que s'havien anat promulgant.

Aquest procés codificador va tenir la seva culminació amb la promulgació de la Primera llei del Codi civil de Catalunya, aprovada per la Llei 29/2002, de 30 de desembre, i amb el qual es pretén recollir en únic text tota la legislació catalana existent, degudament desenvolupada i completada.

La Llei 29/2002, de 30 de desembre, ha establert l'estructura del Codi civil de Catalunya (en endavant, CcCat). D'acord amb l'article 3 d'aquesta llei, els llibres que componen el CcCat són els següents:

- a) Llibre primer, relatiu a les disposicions generals, que inclou les disposicions preliminars i la regulació de la prescripció i de la caducitat (la Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya, va establir l'estructura i la sistemàtica del Codi civil de Catalunya i va aprovar-ne el llibre primer).
- b) Llibre segon, relatiu a la persona i la família, que inclou la regulació de la persona física, les matèries compreses en el Codi de família i les lleis especials d'aquest àmbit (aprovat per la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família).

- c) Llibre tercer, relatiu a la persona jurídica, que inclou la regulació de les associacions i de les fundacions (aprobat per la Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques).
- d) Llibre quart, relatiu a les successions, que inclou la regulació de les matèries contingudes en el Codi de successions per causa de mort i en les altres lleis especials d'aquest àmbit (aprobat per la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions).
- e) Llibre cinquè, relatiu als drets reals, que inclou la regulació d'aquesta matèria aprovada pel Parlament (aprobat per la Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals).
- f) Llibre sisè, relatiu a les obligacions i els contractes, que inclou la regulació d'aquestes matèries, comprènent-hi els contractes especials i la contractació que afecta els consumidors (la Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè, estableix l'estructura del llibre sisè, regula els contractes de compravenda, de mandat i de permuta, i la modificació i la incorporació dels contractes regulats per lleis especials, i substitueix la Compilació del dret civil de Catalunya).

En el que ara interessa, cal fer notar que el Codi civil de Catalunya (en endavant, CcCat), de manera específica (com ja va apuntar el preàmbul de la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família), en la línia de la Llei 5/2008, del 24 d'abril, del dret de les dones a erradicar la violència masclista, i amb la consciència de la lluita contra aquesta violència, exclou de tota participació en la guarda el progenitor contra el qual hi hagi sentència ferma o mentre hi hagi indicis fonamentats de violència familiar o masclista (article 233-11.3 del CcCat¹), alhora que s'estableix explícitament la supervisió de les relacions personals en situacions de risc (article 233-13.2 del CcCat²). Així mateix, en el marc de les mesures provisionals que preveu l'article 233-1 del CcCat, l'apartat 2 estableix que: "En cas de violència familiar o masclista, l'autoritat judicial competent ha d'adoptar, a més de les mesures que estableix l'apartat 1, les que estableix la legislació específica."

La Llei 5/2008, del 24 d'abril, del dret de les dones a erradicar la violència masclista, estableix a l'article 4 (en la redacció donada per la Llei 17/2020, del 22 de desembre) que "la violència masclista es configura per una continuïtat de situacions en què interactuen cadascuna de les formes de violència masclista amb els diferents àmbits en què es produeixen" (apartat 1). Al seu torn, l'apartat 2, disposa que la violència masclista es pot exercir de manera puntual o de manera reiterada d'alguna de les formes que relaciona (violència física, psicològica, sexual, obstètrica i vulneració de drets sexuals i reproductius, econòmica, digital, de segon ordre, i vicària), i estableix, a la lletra h), que la violència vicària "consisteix en qualsevol tipus de violència exercida contra els fills i filles

¹ "3. En interès dels fills, no es pot atribuir la guarda al progenitor contra el qual s'hagi dictat una sentència ferma per actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes. En interès dels fills, tampoc no es pot atribuir la guarda al progenitor mentre hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes."

² "2. Si hi ha una situació de risc social o perill, es pot confiar la supervisió de la relació a la xarxa de serveis socials o a un punt de trobada familiar."

amb la finalitat de provocar dany psicològic a la mare". I l'apartat 3 disposa que "S'entén que les diverses formes de violència masclista són també violència contra la dona quan s'exerceixin amb l'amenaça o la causació de violència física o psicològica contra el seu entorn afectiu, especialment contra els fills i filles o altres familiars, amb la voluntat d'afligir la dona."

Per la seva banda, la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere, l'objecte de la qual és "actuar contra la violència que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia" (article 1.1), preveu que "la violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero" (article 1.4). I l'article 66 preveu que "El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpaado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensió, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpaado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución."

La Llei estatal 8/2021, de 2 de juny, per la qual es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica, va donar una nova redacció a l'article 94 del Codi civil espanyol, per garantir una major seguretat a les persones menors d'edat³.

³ L'article 94 estableix:

"La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior.

La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar.

A l'àmbit internacional, cal notar que el Conveni del Consell d'Europa sobre prevenció i lluita contra la violència envers la dona i la violència domèstica, aprovat a Istanbul l'11 de maig de 2011 i ratificat per Espanya el 2014 (BOE núm. 137, de 6 de juny de 2014), preveu a l'article 31:

“Artículo 31. Custodia, derecho de visita y seguridad.

1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.
2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.”

Així mateix, l'article 5.2 del referit Conveni preveu que:

“2. Las Partes tomarán las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales.”

Segona. El pressupòsit habilitant, els límits materials i el control dels decrets llei

Pel que fa als decrets llei, l'article 64 de l'EAC estableix el següent:

- “1. En cas d'una necessitat extraordinària i urgent, el Govern pot dictar disposicions legislatives provisionals sota la forma de decret llei. No poden ser objecte de decret llei la reforma de l'Estatut, les matèries que són objecte de lleis de desenvolupament bàsic, la regulació essencial i el desenvolupament directe dels drets reconeguts per l'Estatut i per la Carta dels drets dels deures dels ciutadans de Catalunya i el pressupost de la Generalitat.
2. Els decrets llei resten derogats si en el termini improrrogable dels trenta dies subsegüents a la promulgació no són validats expressament pel Parlament després d'un debat i una votació de totalitat.
3. El Parlament pot tramitar els decrets llei com a projectes de llei pel procediment d'urgència, dins el termini establert per l'apartat 2.”

També l'article 38 de la Llei 13/2008, del 5 de novembre, de la presidència de la Generalitat i del Govern, preveu que el Govern, en cas d'una necessitat extraordinària i

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.

Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad.”

urgent, pugui dictar disposicions legislatives provisionals, sota la forma de decret llei, en els termes de l'article 64 de l'Estatut.

Pel que fa als requisits que han de concórrer per poder dictar un decret llei, ens trobem, a banda de la concurrència del pressupòsit habilitant (necessitat extraordinària i urgent), que el decret llei no pot tenir per objecte les matèries excloses pel dit article 64 EAC i haurà de ser validat pel Parlament de Catalunya, convalidació aquesta que, com recorda la jurisprudència constitucional, no modifica la naturalesa jurídica del decret llei, això és, el decret llei no es transforma en llei formal sinó que la convalidació atribueix vigència definitiva a una norma amb força de llei que fins llavors tenia una vigència provisional.

Pel que fa a la justificació de l'extraordinària i urgent necessitat de la iniciativa, el Tribunal Constitucional (entre d'altres STC 48/2015, de 5.3.2015 i la de 19.2.2015) conclou que, amb independència del marge d'apreciació política per part del Govern es constata un límit jurídic a l'actuació mitjançant decret llei: en primer lloc, la identificació pel Govern de manera explícita i raonada, de la concurrència de la situació d'extraordinària i urgent necessitat; la connexió de sentit o relació d'adequació entre el pressupòsit habilitant i les mesures que es contenen en la norma, de manera que han de guardar una relació directa o de congruència amb al situació que es tracta d'afrontar; i per últim, l'examen de la concurrència del pressupost habilitant i l'extraordinària i urgent necessitat, que han de quedar reflectits en l'exposició de motius i en la memòria que acompanyi el projecte de decret llei.

El Consell de Garanties Estatutàries té declarat, respecte als requisits del caràcter extraordinari i urgent, al fonament jurídic segon del seu Dictamen 1/2012:

“el caràcter extraordinari ha estat acceptat quan està connectat a situacions fàctiques amb una especial transcendència o repercussió en l'àmbit econòmic o social» i que la urgència «es vincula a la impossibilitat d'implementar el contingut de la regulació o, en altres paraules d'assolir la finalitat desitjada o cercada mitjançant el procediment parlamentari comú previst per a la resta d'iniciatives legislatives”

Com s'ha dit, el primer requisit que estableix l'article 64 EAC és la concurrència del pressupòsit habilitant per tal que el Govern pugui dictar el decret llei, això és, que es doni el cas d'una necessitat extraordinària i urgent.

D'acord amb la jurisprudència constitucional, la competència per apreciar, amb un marge raonable, si ens trobem davant una situació extraordinària i urgent correspon al Govern.

També ha matisat la jurisprudència constitucional (STC 29/1982, de 31 de maig) que l'extraordinària i urgent necessitat no es pot concretar en una clàusula tan genèrica que doni al Govern un marge d'apreciació tan ampli que no tingui cap tipus de restricció. De manera que el Tribunal Constitucional també controla el correcte exercici d'aquest judici polític del Govern, a fi de garantir que aquest fa un ús del decret llei adequat a la Constitució.

Així, no es pot dictar un decret llei davant qualsevol necessitat, sinó que ha de ser una necessitat extraordinària i urgent, de manera que *“no pueda ser atendida por el procedimiento legislativo de urgencia”* (entre d'altres, STC 29/1982, de 31 de maig, FJ 3;

STC 6/1983, de 4 de febrer, FJ 5; STC 189/2005, de 7 de juliol, FJ 3; i STC 329/2005, de 15 de desembre). En aquest mateix sentit, i com ha assenyalat el Consell Consultiu (DCC 292, de 8 d'abril de 2009, F II), *“ha de tractar-se d'una mesura improrrogable en el temps que no es pot satisfer pel procediment parlamentari d'urgència o ordinari (o fins i tot, pel procediment de lectura única)”*.

Pel que fa a la concurrència d'aquest pressupòsit habilitant formal d'una necessitat extraordinària i urgent, la jurisprudència constitucional afirma que el pes de la seva apreciació, amb un raonable marge de discrecionalitat, correspon a l'òrgan que exerceix la direcció política.

D'acord amb la doctrina del CGE, l'objectiu de la regulació governamental ha de ser, doncs, garantir la preservació de l'interès general que, com a tal, requereix una resposta urgent del Govern, sens perjudici dels controls subsegüents del Parlament, del que eventualment pugui efectuar el Tribunal Constitucional i, lògicament, també del que realitzi el Consell en exercici de la seva funció consultiva. Precisament, amb aquest objectiu, el Consell, després de recordar que el pressupòsit que habilita el Govern per dictar un decret llei engloba dos conceptes jurídics indeterminats —el caràcter extraordinari i urgent de la necessitat— de difícil delimitació i concreció, va donar unes pautes per a dotar-los de contingut. El Consell ha definit la *“necessitat urgent”* com *“[...] aquella situació en què es verifica una determinada condició fàctica que expressa la manifestació explícita i categòrica d'una exigència social imprevista i imprevisible, de la qual es deriva de forma immediata i directa una norma obligatòria a la qual l'ordenament jurídic no es pot sostreure. D'altra banda, la urgent necessitat de proveir de norma reguladora una determinada situació fàctica s'ha d'identificar i concretar en el contingut de les disposicions generals emanades a aquest efecte”* (DCC 268, F II i, en el mateix sentit, DCC 292, F II). ”

És a dir, continua el CGE, *“no n'hi ha prou amb qualsevol necessitat, sinó que l'article 64.1 EAC exigeix que sigui inusual i imprevisible i és per això que la qualifica d'extraordinària i d'urgent, en el sentit, segons assenyala reiteradíssima jurisprudència constitucional, que sigui «[...] de tal naturaleza que no pueda ser atendida por el procedimiento legislativo de urgencia»* (per totes STC 29/1982, de 31 de maig, FJ 3; 6/1983, de 4 de febrer, FJ 5; 189/2005, de 7 de juliol, FJ 3; 329/2005, de 15 de desembre, FJ 5). Per tant, que la mateixa finalitat no es pugui assolir en seu parlamentària per un procediment abreujat que tingui en compte aquestes raons d'urgència.”

D'acord amb la doctrina constitucional (per totes, la STC 31/2011, de 17 de març), són dos els aspectes que el Tribunal Constitucional té en compte en la determinació de la concurrència de l'extraordinària i urgent necessitat als efectes de determinar la constitucionalitat de la regulació: *“En primer lugar, los motivos que, habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, hayan sido explicitados de una forma razonada [...] y, en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma [...] En lo que respecta a la primera de las cuestiones mencionadas, la exigencia de que el Gobierno explicita de forma razonada los motivos que le impulsan a acudir a la figura del Decreto-ley para dar respuesta a una determinada situación, hemos partido tradicionalmente del examen del propio preámbulo del Decreto-ley impugnado, del debate*

parlamentario de convalidación y de su propio expediente de elaboración para valorar conjuntamente los factores que han llevado al Gobierno a acudir a esta concreta fuente del Derecho”.

Una síntesi de la doctrina constitucional l'exposa el TC a la Sentència 51/2013, de 28 de febrer:

“Nuestra Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del decreto-ley que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo de una forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, de modo que la utilización de este instrumento normativo se estima legítima "en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta" (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5). En otras palabras, el fin que justifica la legislación de urgencia no es otro que subvenir a "situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes" (SSTC 11/2002, de 17 de enero [RTC 2002, 11], FJ 4, y 137/2003, de 3 de julio [RTC 2003, 137], FJ 3).

(...)

La adecuada fiscalización del recurso al decreto-ley requiere que la definición por los órganos políticos de una situación "de extraordinaria y urgente necesidad" sea "explícita y razonada", del mismo modo que corresponde a este Tribunal constatar la existencia de "una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan, de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar". En cuanto a los instrumentos de los que puede valerse este Tribunal, se añade en el mismo fundamento jurídico 4 de la STC 137/2011 (RTC 2011, 137), que "el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación y en el propio expediente de elaboración de la misma, debiendo siempre tener presentes las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación del Decreto-ley"» (FJ 3).

Igualment, convé tenir present el Dictamen 1/2012, de 10 de gener, del CGE⁴:

“A tall recordatori, cal assenyalar que el decret llei, per a la correcta adequació estatutària, requereix l'observança curosa de dos elements essencials: un de formal, és a dir, l'existència del pressupòsit habilitant; i un altre de material, que implica el respecte de les matèries que actuen com a límit i, en conseqüència, són vedades al seu contingut.

⁴ Emès sobre el Decret llei 3/2011, de 20 de desembre, de mesures urgents en matèria de tresoreria.

1. El pressupòsit habilitant consisteix, d'acord amb l'article 64.1 EAC, en la imprescindible concurrència d'una necessitat extraordinària i urgent que doni empara i, per tant, habiliti el Govern per aprovar-lo. La doctrina del Consell, així com la jurisprudència constitucional en aquells aspectes en què és traslladable, han precisat la distinció entre l'element de la urgència i el del caràcter extraordinari. La urgència es vincula a la impossibilitat d'implementar el contingut de la regulació o, en altres paraules, d'assolir la finalitat desitjada o cercada, mitjançant el procediment parlamentari comú previst per a la resta d'iniciatives legislatives. Així, i d'acord amb aquestes condicions, el Govern únicament estaria legitimat per exercir la seva potestat normativa mitjançant decret llei quan per la via de la tramitació parlamentària de naturalesa més urgent no fos raonablement viable o possible assolir els objectius perseguits per l'acció normativa (en aquest sentit, vegeu les STC 137/2011, de 14 de desembre, FJ 4; 68/2007, de 28 de març, FJ 6; 137/2003, de 3 juliol, FJ 3; 11/2002, de 17 de gener, FJ 4, i 6/1983, de 4 de febrer, FJ 6).

Quant a la naturalesa extraordinària de la necessitat, ha estat interpretada com el supòsit excepcional en el qual la conjuntura circumstancial requereix una intervenció normativa immediata per part del poder executiu. Generalment, el caràcter extraordinari ha estat acceptat quan està connectat a situacions fàctiques amb una especial transcendència o repercussió en l'àmbit econòmic o social. En aquests contextos, l'apreciació deferent respecte del marge de decisió del Govern, a l'hora d'exercir la seva capacitat legislativa, ha prevalgut per damunt d'altres interpretacions de caire més restrictiu. Així, la doctrina constitucional va considerar aquestes situacions com a <coyunturas económicas problemáticas> per al tractament de les quals és adequada i pertinent la legislació d'urgència (per totes, vegeu la STC 23/1993, de 21 de gener, FJ 5). Tot i així, cal esmentar que, d'ençà de l'any 2007, l'alt tribunal en diverses resolucions (STC 68/2007, de 28 de març; 31/2011, de 17 de març, i 137/2011, de 14 de setembre) s'ha inclinat per un control més intens del pressupòsit formal i ha declarat contraris a l'article 86 CE determinats decrets llei que no responien a una situació econòmica problemàtica i respecte dels quals no estava suficientment justificada, de forma explícita i raonada, la necessitat urgent i extraordinària."

Per acabar, i a manera de conclusió, hem de fer referència al Dictamen 15/2014, de 3 de juliol, també del CGE⁵:

"La doctrina d'aquest Consell, així com la jurisprudència constitucional en aquells aspectes en què és traslladable, han precisat la distinció entre l'element de la urgència i el del caràcter extraordinari.

Amb referència a la naturalesa extraordinària de la necessitat, tant el Tribunal Constitucional com nosaltres l'hem interpretada com el supòsit excepcional en el qual una situació conjuntural de difícil previsió requereix una intervenció normativa immediata per part del poder executiu per fer front als objectius de governabilitat. Generalment, la jurisprudència constitucional ha acceptat el caràcter extraordinari quan està raonablement i explícitament motivat per situacions fàctiques amb una especial transcendència o repercussió en l'àmbit econòmic o social, i, per contra, l'escrutini ha estat més estricte en supòsits de normativa orientada a reformes estrictament organitzatives o instrumentals mínimament previsibles i que no exigeixen una acció normativa immediata.

⁵ Emès sobre el Decret llei 2/2014, de 10 de juny, de modificació de la Llei 31/2010, de 3 d'agost, de l'Àrea Metropolitana de Barcelona.

(...)

En aquesta mateixa línia, malgrat que no totes les condicions dels decrets llei estatals i catalans són coincidents (la configuració de la urgència variaria sensiblement per la naturalesa unicameral del legislador ordinari català) però sí molt similars, la nostra posició, tot i que és partidària d'un escrutini exigent de les condicions formals del decret llei, també s'ha manifestat deferent amb la legislació governamental en situacions vinculades a les circumstàncies econòmiques excepcionals o problemàtiques, sempre que siguin suficientment justificades (DCGE 1/2012, de 10 de gener, FJ 2, i 11/2012, de 22 d'agost, FJ 5). Així, hem coincidit amb el Tribunal Constitucional, entenent que: «[...] ha establert una doctrina jurisprudencial molt consolidada en la qual afirma que el pes de la seva apreciació —de la necessitat extraordinària i urgent—, amb un raonable marge de discrecionalitat, correspon a l'òrgan que exerceix la direcció política. Aquesta rellevància o pes polític l'ha considerat més determinant sobretot en matèries socials i econòmiques (la majoria de decrets llei), tal com resulta de la Sentència 68/2007, de 28 de març [...]» (FJ 3). Seguidament, pel que fa al cànon d'estatutarietat del pressupòsit habilitant, segons l'article 64.1 EAC, ens hem de referir a l'element de la urgència. Aquest es vincula a la impossibilitat d'implementar el contingut de la regulació o, en altres paraules, d'assolir la finalitat desitjada o cercada, mitjançant el procediment parlamentari comú previst per a la resta d'iniciatives legislatives. Així, i d'acord amb aquestes condicions, el Govern únicament estaria legitimat per exercir la seva potestat normativa mitjançant decret llei quan per la via de la tramitació parlamentària de naturalesa més urgent no fos raonablement viable o possible assolir els objectius perseguits per l'acció normativa (en aquest sentit, vegeu les STC 137/2011, de 14 de setembre, FJ 4; 68/2007, de 28 de març, FJ 6; 137/2003, de 3 de juliol, FJ 3; 11/2002, de 17 de gener, FJ 4, i 6/1983, de 4 de febrer, FJ 6). Sobre aquesta qüestió concreta ens remetem, per tots, al DCGE 7/2010, de 22 d'abril, on vàrem posar de manifest que en el nostre sistema institucional, d'assemblea legislativa unicameral, es preveuen procediments legislatius específics que faciliten la celeritat en la tramitació d'iniciatives legislatives d'origen governamental, com seria el cas del procediment d'urgència i del de lectura única, aquest darrer per a projectes de formulació i contingut simple (FJ 3 i 4). Per finalitzar, hem de fer esment a la connexió de sentit o la congruència entre les mesures adoptades per la norma i la finalitat perseguida per aquesta. En altres paraules, a la idoneïtat de la regulació que s'adopta mitjançant la legislació provisional per fer front a la situació extraordinària i urgent que motiva l'aprovació del decret llei. La doctrina emanada amb relació a aquest element es pot trobar recollida, a tall d'exemple, en el DCGE 6/2012, d'1 de juny (FJ 2), on recordem que el pressupòsit habilitant també exigeix una «"correspondència" de congruència amb la regulació que incorpora el decret llei». Així, amb citació de doctrina constitucional (STC 1/2012, de 13 de gener, FJ 6, 7 i 11), es diu que «una adequada connexió de sentit [...] no s'ha d'identificar amb un control sobre l'oportunitat, l'eficàcia o la bondat tècnica de les mesures adoptades, sinó únicament com l'existència d'un vincle raonable entre aquestes i la situació que exigeix l'acció normativa reformadora».

Pel que fa la concurrència de la necessitat extraordinària i urgent del Projecte de decret llei que ens ocupa, la seva exposició de motius manifesta el següent:

“La realitat és que la violència vicària continua provocant víctimes, sense que els mecanismes i les mesures establertes fins ara s'hagin mostrat prou efectius. En particular aquestes conductes succeeixen quan la parella s'ha dissolt o està separada, durant el règim

d'estades amb el pare que no té la guarda, per la qual cosa cal introduir canvis legals per evitar els casos d'infants que moren a mans del pare. Tanmateix, la realitat ens mostra que existeixen casos de feminicidis o temptatives de feminicidis o altres delictes semblants, i que aquesta situació pot tenir greus impactes a la vida de les criatures, que s'han d'evitar amb la supressió de tot contacte amb el pare que ha comès el delictes.

(...)

La realitat ha demostrat que aquesta violència deriva, indefectiblement, en les filles i els fills, en la violència vicària, de manera que els posa en situació de perill o risc per a la seva vida. És aquesta constatació, entre d'altres, la que ha impulsat la modificació de la Llei 5/2008, del 24 d'abril, per reforçar la protecció de les dones i les persones que pateixen violència.

A més del que s'ha expressat, en el dret vigent, la suspensió del règim d'estades en situacions de violència familiar o de violència masclista és només una possibilitat a valorar per l'autoritat judicial que no determina ni aboca a la seva privació.

Atès que és precís que s'aturi el nombre de víctimes de la violència vicària, cal abordar amb urgència la reforma del Codi civil de Catalunya per tal de revertir la situació actual i establir mecanismes que tinguin efectes de forma immediata i contribueixin a la resolució del problema. A dia d'avui, els fills i filles menors, d'acord amb la seva situació personal, poden ser víctimes potencials de la violència vicària. Per aquest motiu, és necessari establir mesures que els beneficiïn d'una manera efectiva i que permetin la disminució del risc o perill cap a la seva persona, per mitjà de resolucions judicials que prohibeixin les estades amb el pare que exerceix la violència vicària.”

Pel que fa la concurrència de la necessitat extraordinària i urgent del Projecte de decret llei que ara s'informa, cal fer les consideracions següents:

- Quant a la necessitat urgent, l'exposició de motius del Projecte de decret llei, posa de relleu que:

“És necessari que s'emprengui una reforma legal urgent que adapti i revisi el Codi civil de Catalunya amb la introducció d'un nou model on prevalgui la seguretat del fill i la filla menors i superi les mancances del sistema actual, emparant-nos en el principi de l'interès superior de la persona menor. Per la situació d'urgència esmentada, no és possible enquibir aquesta reforma en alguna de les iniciatives d'actualització, modificació i completesa del Codi civil de Catalunya, que actualment es tramiten. Els diversos instruments legislatius d'urgència o tramitació ràpida, com les tramitacions urgents o la tramitació per lectura única, tampoc permeten que la modificació legal es pugui aprovar i pugui entrar en vigor en un termini breu. L'únic instrument que permet la celeritat requerida és el decret llei. La urgència en l'aprovació de les modificacions dels preceptes del Codi civil de Catalunya que es proposen és de vital importància atesa la necessitat d'impedir els casos d'infants que moren a mans del pare.

Permetre que es pugui adoptar la mesura de prohibir el règim d'estades amb el pare violent s'ha de poder aplicar amb caràcter immediat. Cal que aquesta prohibició s'integri com a principi en el règim de la potestat parental. Mentre es demori l'entrada en vigor d'aquest Decret llei les situacions de violència contra les filles i els fills es seguiran produint, sense que es puguin evitar. És per això que s'ha d'aprovar la norma amb la màxima urgència.”

En aquest mateix sentit, com explica la memòria justificativa signada pel director general de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació, en data 27 de novembre de 2021:

“La Llei orgànica 8/2015, de 22 de juliol, va modificar la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, relativa a les mesures de protecció integral contra la violència de gènere, en aquesta qüestió. En la nova redacció, l'article 66, tot i que sembla donar un pas endavant en la limitació de les relacions personals en supòsits de violència de gènere, manté la suspensió del règim d'estades i comunicacions com una facultat de l'autoritat judicial.

Doncs bé, cal destacar que la major part de les morts de nens i nenes per violència vicària s'han produït durant el règim d'estades amb el pare. Malgrat això, les dades del Consell General del Poder Judicial demostren que en la majoria dels casos no se suspenden els règims d'estades amb els pares en els supòsits indicats: de les 168.000 denúncies que es van instar l'any 2019, de les 47.000 ordres de protecció a la dona que es van atorgar, només en un 3% d'aquestes es va suspendre el règim d'estades entre infants i progenitors.
(...)

Tot el que s'ha dit amb anterioritat posa en qüestió el model actual i evidencia la necessitat d'una modificació del Codi civil de Catalunya. En relació amb els règims d'estades dels infants amb els pares maltractadors, cal que es garanteixi la seguretat dels nens i nenes. Per tant, l'objectiu de la reforma legal és que les xifres de violència vicària disminueixin.
(...)

Per tant, atès que la realitat és que la violència vicària continua provocant víctimes, especialment entre els infants més petits, i que els mecanismes existents fins al moment no han estat prou efectius per a erradicar-la, cal que d'una forma urgent es modifiqui el Codi civil de Catalunya per aconseguir que disminueixi el nombre de víctimes de la violència vicària.

La urgència en l'aprovació de les modificacions dels preceptes del Codi civil de Catalunya que es proposen és de vital importància atesa la necessitat d'impedir els casos d'infants que moren a mans del pare.

Permetre que es pugui adoptar la mesura de prohibir el règim d'estades amb el pare violent s'ha de poder aplicar amb caràcter immediat. De la mateixa manera, establir el principi general en la potestat parental d'aquestes prohibicions ha d'integrar el seu règim. En tot cas, per evitar situacions indesitjables de violència contra les filles i els fills, que se seguiran produint mentre es demori l'entrada en vigor d'aquest Decret Llei.

Els diversos instruments legislatius d'urgència o de tramitació ràpida, com les tramitacions urgents o la tramitació per lectura única, no permeten que la modificació legal es pugui aprovar i pugui entrar en vigor amb la celeritat que requereix la matèria que es regula. A més, per aquest mateix motiu, tampoc és possible enquibir aquesta reforma en alguna de les iniciatives d'actualització, modificació i completesa del Codi civil de Catalunya, que actualment es tramiten.”

Aquesta Assessoria Jurídica entén que a l'exposició de motius del Projecte de decret Llei i a la memòria es justifica, de conformitat amb els criteris de la jurisprudència constitucional i de la doctrina del CGE, la concurrència de la urgència en l'adopció de la norma.

- Quant a la necessària connexió entre la situació d'urgència i la mesura concreta adoptada, cal fer notar que s'aprecia la congruència de la mesura amb la finalitat última que es persegueix i la pròpia disposició.

- Quant al caràcter extraordinari de la necessitat, ja hem vist que, d'acord amb la doctrina exposada, ha de tractar-se d'una situació conjuntural de difícil previsió que requereix d'una intervenció normativa immediata per part del poder executiu per fer front als objectius de governabilitat. Acceptada pel TC i pel CGE la seva concurrència normalment quan ens trobem davant de situacions fàctiques amb una especial repercussió o transcendència en l'àmbit econòmic i social; per contra, llur control ha estat més rigorós en supòsits de normativa orientada a reformes estrictament organitzatives o instrumentals mínimament previsibles i que no exigeixen una acció normativa immediata. El caràcter extraordinari de la necessitat exigeix que aquesta sigui inusual i imprevisible (o, en tot cas, excepcional).

En aquest punt, aquesta Assessoria Jurídica adverteix que, certament, la situació fàctica a la qual es pretén donar solució mitjançant l'aprovació del decret llei, es pot qualificar d'excepcional.

Per acabar, quant als límits materials que el Govern de la Generalitat ha de respectar a l'hora de dictar un decret llei, hem de fer notar que la regulació que es proposa en el Projecte de decret llei no es troba en cap de les matèries excloses per l'article 64.1 de l'EAC, d'acord amb el qual *"no poden ser objecte de decret llei la reforma de l'Estatut, les matèries que són objecte de desenvolupament bàsic, la regulació essencial i el desenvolupament directe dels drets reconeguts per l'Estatut i per la Carta dels drets i ciutadans de Catalunya i el pressupost de la Generalitat"*.

Tercera. Procediment de tramitació del Projecte de decret llei

L'article 38 de la Llei 13/2008, del 5 de novembre, estableix els requisits per a la tramitació i aprovació dels projectes de decret llei:

- "1. El Govern, en cas d'una necessitat extraordinària i urgent, pot dictar disposicions legislatives provisionals, sota la forma de decret llei, en els termes de l'article 64 de l'Estatut.
2. La tramitació d'un decret llei s'inicia a proposta del departament o els departaments competents per raó de la matèria, als quals correspon d'elaborar el projecte corresponent. L'inici de la tramitació s'ha de comunicar al secretari o secretària del Govern.
3. Els projectes de decret llei han d'incloure una exposició de motius en què es raoni expressament la necessitat extraordinària i urgent de la iniciativa i han d'anar acompanyats amb un informe que justifiqui aquesta necessitat i certifiqui que les mesures proposades són congruents i estan en relació directa amb la situació que s'ha d'afrontar, i es poden acompanyar amb altres memòries, estudis, informes i dictàmens sobre l'adequació de les mesures proposades als fins que es persegueixen. En tot cas, els projectes de decret llei han d'ésser objecte d'un informe dels serveis jurídics de la Generalitat.
4. Correspon als consellers dels departaments que han elaborat un projecte de decret llei de sotmetre'l a l'aprovació del Govern.

5. Tan bon punt hagi estat publicat un decret llei en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, el Govern ho ha de comunicar al Parlament, perquè n'acordi la convalidació o la derogació.”

Pel que fa a la competència del Departament de Justícia per a la tramitació del Projecte de decret llei, d'acord amb el Decret 21/2021, de 25 de maig, de creació, denominació i determinació de l'àmbit de competència dels departaments de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, correspon al Departament de Justícia, l'exercici de les atribucions pròpies de l'Administració de la Generalitat en l'àmbit relatiu a la conservació, l'actualització i el desenvolupament del dret civil de Catalunya (article 3.14.3), i d'acord amb l'article 5.1.a) del Decret 6/2019, de 8 de gener, de reestructuració del Departament de Justícia, correspon a la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (actualment, i d'acord amb la disposició addicional primera, apartat 3, del Decret 258/2021, de 22 de juny, de reestructuració del Departament de Justícia) exercir les funcions que la legislació vigent atribueix al Departament de Justícia en matèria de dret privat.

Consta a l'expedient una comunicació del secretari general del Departament de Justícia adreçada al secretari de Govern, comunicant l'inici de la tramitació del Projecte de decret llei, tal com exigeix l'article 38.2 in fine de l'esmentada Llei 13/2008, del 5 de novembre.

D'acord amb l'article 38.3 de la Llei 13/2008, del 5 de novembre, amb el Projecte de decret llei s'acompanya d'una memòria justificativa de la seva necessitat extraordinària i urgent, del director general de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació, de data 27 de novembre de 2021.

Pel que fa a l'informe d'impacte pressupostari, es considera adient que no se sol·liciti el corresponent informe a la Direcció General de Pressupostos del Departament d'Economia i Hisenda, atès el contingut de les mesures que es regulen al Projecte de decret llei, que tal i com es fa constar en la pròpia memòria justificativa del director general de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació “la regulació que es proposa no comporta cap despesa addicional per a la realització de les competències atribuïdes a les disposicions del Dret civil català”.

Així mateix, el Projecte de decret llei haurà de sotmetre's a l'aprovació del Govern i, pel que fa al Consell Tècnic, en el cas dels projectes de decret llei el seu dictamen no és preceptiu d'acord amb el que estableix l'article 8.1.b) del Reglament del Consell Tècnic del Govern, aprovat pel Decret 413/2011, de 13 de desembre, que preveu que el Consell Tècnic examina i delibera en relació amb els projectes de disposicions normatives que hagi de ser sotmesos a l'aprovació del Govern, tret dels projectes de decret llei.

Finalment, d'acord amb el que també estableix l'article 64 de l'EAC, el decret llei haurà de ser validat pel Parlament.

Quarta. Contingut del Projecte de decret llei

Pel que fa a l'estructura i contingut del Projecte de decret llei, aquest consta d'una exposició de motius, un article únic, una disposició addicional i una disposició final.

L'**exposició de motius** fa referència al marc competencial i normatiu i justifica la necessitat inajornable d'establir la regulació que es proposa.

L'**article únic** recull, en els seus dos apartats, la modificació dels articles 233-11 i 236-5 del llibre segon del CcCat.

L'**apartat 1 de l'article únic** conté la modificació de l'article 233-11 del CcCat. Aquest article s'insereix dins de la secció primera (Disposicions generals) del capítol III (Els efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació legal) del títol III (La família), i és el precepte que estableix els criteris per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda.

Fonamentalment, es modifica l'apartat 3 i s'afegeix un nou apartat 4.

S'elimina de l'apartat 3 de l'article 233-11 del CcCat l'actual referència a què "els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes" perquè, conforme a la situació que existeix en aquest estat de violència, les filles i els fills sempre són víctimes directes o indirectes. Així mateix, es preveu que 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, en la línia de la modificació de l'article 236-8.2 d), efectuada per la Llei 14/2020, del 25 de novembre, de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. Es fa referència expressa a les comunicacions, a més de les estades. Amb la prohibició de les comunicacions es va més enllà de la protecció física de les persones menors, ja que es parteix del criteri que les comunicacions també les perjudiquen.

Excepcionalment, a l'apartat 4 de l'article 233-11 del CcCat es possibilita que, de forma motivada, l'autoritat judicial pugui acordar un règim d'estades, relació o comunicacions en interès de la persona menor, un cop escoltada aquesta, si té capacitat natural suficient.

L'**apartat 2 de l'article únic** conté la modificació de l'article 236-5 del CcCat. Aquest article s'insereix dins de la secció primera (Disposicions generals) del capítol VI (Potestat parental) del títol III (La família), i és el precepte que regula la Denegació, suspensió i modificació de les relacions personals.

A l'article 236-5 s'han afegit uns nous apartats 3 i 4. L'apartat 3, per incloure una prohibició genèrica i preveure que el progenitor i les altres persones a què fa referència l'article 236-4.2, quan hi hagi indicis fonamentats de què han comès actes de violència familiar o masclista, no tenen dret a relacionar-se personalment amb els fills o filles, i tampoc es poden establir relacions personals mentre es trobin incurses en un procés penal iniciat pels supòsits que detalla l'article. I l'apartat 4 per preveure que, 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 aquesta, si té capacitat natural suficient.

La **disposició addicional** es dedica als expedients i mesures en tràmit.

Per últim, la **disposició final**, relativa a l'entrada en vigor, estableix que el Decret llei entra en vigor l'endemà de la seva publicació en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* precisament com a manifestació de la urgència en l'aplicació de les mesures que preveu.

3.- CONCLUSIONS

Analitzat el Projecte de decret llei de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya en relació amb la violència vicària, aquesta Assessoria Jurídica l'informa favorablement per tal que es continuï la seva tramitació.

Maria Adelaida
Gonzalez Agudo
- DNI
(SIG)
Signat digitalment per
Maria Adelaida
Gonzalez Agudo - DNI
(SIG)
Data: 2021.11.29
12:01:11 +01'00'

Advocada de la Generalitat
Assessoria Jurídica

Ref.: AJ_21D350_aga__xsc_pgc

Maria del
Pilar Garcia
Cruz - DNI
(SIG)
Signat digitalment per
Maria del Pilar
Garcia Cruz -
DNI
(SIG)
Data: 2021.11.29
13:36:35 +01'00'

Advocada de la Generalitat
Cap de l'Assessoria Jurídica