

DONES JURISTES

JORNADAS "LEY 1/04 DE MEDIDAS INTEGRALES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ANÁLISIS DE SEIS AÑOS DE APLICACIÓN"
Barcelona, 2 y 3 de junio de 2011

**VIOLENCIA DE GENERO AUDIENCIAS PROVINCIALES PV
INTERPRETACION Y APLICACION**

Por Encina García
Abogada de Valencia

El País Valenciano o Comunidad Valenciana, presenta como característica principal en la interpretación y aplicación de la Ley Integral contra la Violencia de Género la disparidad e incluso el antagonismo y contradicción entre las Audiencias Provinciales de las tres provincias: Alicante, Castellón y Valencia.

Tengo que agradecer la invitación que se me hizo a participar en esta mesa redonda, porque me ha permitido hacer un estudio exhaustivo e intenso de la jurisprudencia de las tres audiencias provinciales. Aunque ya era conocida por dispar, lo cierto es que me ha resultado altamente instructivo ir conociendo y encontrando a lo largo del tiempo, como se va formando en cada una de ellas un discurso lo que va conformando su posición básica respecto a la aplicación de la L. Orgánica.

La disparidad entre las citadas Audiencias viene marcada por el objeto de concreción solicitado para esta mesa redonda: la interpretación que del artículo 1º de la L.O. V.G. se realiza en la jurisprudencia de las mismas; es decir si la definición del objeto de la ley contenida en dicho artículo, "...la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas..." se erige en requisito para la aplicación de los tipos delictivos modificados por dicha ley, fundamentalmente los artículos 153, 171 y 172 del Código Penal.

Los ítems que se nos ha solicitado analizar, definen perfectamente la posición de las Audiencias:

- La exigencia de la prueba del elemento de dominación machista para condenar por violencia de género y en relación a ello la calificación como delito o falta.
- Los supuestos de "denuncias cruzadas" entre ambos miembros de la pareja, la instrucción conjunta y la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la calificación como delitos o faltas.

Existe unanimidad en uno de los extremos analizados: la acumulación y competencia en la instrucción de los supuestos en que existen "denuncias cruzadas".

Las tres Audiencias Provinciales siguen la misma doctrina: siempre que existen denuncias cruzadas por un mismo hecho, procede la acumulación y la instrucción conjunta de los hechos y ello independientemente de cual de ellas se hubiera incoado con anterioridad. El límite temporal para dicha acumulación es el Auto de apertura del juicio oral.

También de forma unánime la competencia para la instrucción de ambas corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Únicamente en el supuesto de que se sobreseyera la acusación frente al hombre y solo quedara la acusación contra la mujer, se debería inhibir inmediatamente a favor del Juzgado de Instrucción.

Siguen los criterios del III Seminario de formación de Jueces VM de 30-6-2.006: los JVM atraen la instrucción de los supuestos de agresiones mutuas, a fin de evitar la continencia de la causa y evitar que distintos Juzgados de lo Penal pudieran celebrar sendos juicios por unos mismos hechos, evitando así la posibilidad de sentencias contradictorias.

De acuerdo con ello cabe la acumulación e incluso enjuiciamiento en las faltas, en el procedimiento abreviado e incluso en sumario; pudiendo ostentar ambas partes la condición de acusado/a y acusador/a.

En la instrucción y enjuiciamiento de dichos supuestos se trataría de determinar en todo caso si existe una dinámica meramente defensiva o no, y ello solo puede hacerse en la fase de plenario.

La teoría dice que si excluir ab initio de la competencia de los JVM dichos supuestos de agresiones mutuas, supondría que se entiende que no existe el elemento de discriminación, desigualdad y relaciones de poder del art. 1º LO en todas ellas; y precisamente así se estaría aceptando que dicho artículo introduce un requisito de intencionalidad en los tipos penales y los elementos intencionales no están incorporados en los artículos.

Partiendo de esta base común resulta mas ilustrativo comprobar como, precisamente la exigencia de este requisito de intencionalidad de posición de dominio se convierte en líneas jurisprudenciales opuestas, y el ejemplo mas demostrativo es el de las denuncias cruzadas.

La Audiencia Provincial de Alicante en dichos supuestos cumple escrupulosamente: trata de dilucidar efectivamente si en los hechos existe una dinámica de agresión o posible dinámica defensiva para poder calificarlos y para su calificación siempre la agresión del hombre a la mujer es calificada de delito del artículo 153.1, mientras que si hay agresión de la mujer hacia el hombre no defensiva puede calificarla como delito del artículo 153.2 o bien como falta.

Las Audiencias Provinciales de Valencia y de Castellón prácticamente siempre excluyen la posibilidad de existencia de violencia de género en supuestos de agresiones mutuas y nunca buscan dilucidar si existe una posible dinámica agresiva o defensiva, excepto en algún supuesto muy evidente.

Debo por tanto distinguir las posiciones doctrinales de las tres Audiencias por estricto orden alfabético:

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE. SECCION 1ª

La Audiencia provincial de Alicante, Sección 1ª, cuyo presidente D. Vicente Magro Servet, forma parte del observatorio del CGPJ, mantiene una posición clara y rotunda desde el inicio de la aplicación de la Ley Integral e incluso para facilitar las cosas con un libro editado al respecto.

La posición de la A.P. Alicante es muy clara: no exigencia de ningún elemento de acreditación de dominación del hombre sobre la mujer, ni de la valoración de la intención.

Se mantiene de forma continuada a lo largo de todas las sentencias que *“Concurren los elementos subjetivos del tipo penal en los artículos 153, 171 y 172 del CP, en cuanto a la concurrencia de los sujetos que intervienen y su específica relación de pareja o expareja sentimental y la intención y dolo de agredir, amenazar y coaccionar. En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer, sino que ello iba ya implícito con la comisión de dichos tipos penales, al concurrir las condiciones y circunstancias antedichas.”* Y ello porque *“Las agresiones de hombre a mujer en el ámbito de esa relación sentimental, constituyen, generalmente, una manifestación de esta superioridad del hombre y supeditación de la mujer”*.

Considera que la exigencia de la acreditación de *“ese elemento de dominación”* supondría la adición de un elemento nuevo de prueba. De forma radical incluso, la Audiencia propone incluso la derogación expresa del artículo 1º de la L.O. para evitar problemas en ese sentido.

Existen según la jurisprudencia de la propia Audiencia dos únicos supuestos en los que se puede excluir la existencia de violencia de género, aun cuando los hechos sean actuaciones que puedan constituir delito de un hombre sobre una mujer:

1.- El primer supuesto se trata de cambio de cerradura de un establecimiento comercial, cuyo único móvil fuera la regularización de las desavenencias económicas en trámite de disolución de gananciales.

2.-El segundo supuesto se trata de la agresión consistente en propinar por el hombre una bofetada para reducir el ansia y nerviosismo que la carencia de estupefacientes estaba produciendo en la mujer; es decir *“el mono”*.

Por lo tanto esta excluyendo únicamente posibles cuestiones que quedan reducidas al ámbito meramente económico. En cualquier supuesto en el que exista agresión, amenaza o coacción por leve que sea, la Audiencia considera siempre que existe delito.

Consecuentemente desestiman todos los recursos interpuestos contra sentencias de los Juzgados de lo Penal que aducen precisamente la falta de posición de dominio, la pretendida igualdad, etc. en definitiva la exigencia de requisito de intencionalidad de dominar, y ello con la doctrina de que siempre existe dicha posición de dominio y desigualdad en las relaciones de pareja entre hombre y mujer.

“En esencia, pues, lo que se persigue son los acometimientos o actos, cualesquiera que sean, de violencia entre hombres y mujeres entre los que existan,

o hayan existido, las situaciones que describe el art. 1 de la Ley orgánica 1/2004 y que se van definiendo con más detalle en cada uno de los tipos del CP."

Sentencia de 21-1-2011, nº 39/2011, rec. 1/2011, en la que ya existe incluso "componente de análisis sociológico. "La AP desestima el recurso de apelación interpuesto por el condenado en la instancia como autor de dos faltas de vejación injusta de carácter leve. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que en aquellos casos de parejas en las que la mujer desarrolla actividades del hogar y el marido realiza actividad laboral, expresiones como la proferida por el acusado llevan consigo una carga intencional patente de humillar a la pareja en tanto en cuanto por el mero hecho de no estar la cena hecha supone en el denunciado con la expresión proferida, la manifestación vejatoria de que no le entregará dinero por lo que él considera un incumplimiento en la pareja. Con ello se rompe la situación de igualdad que debe existir. En cualquier caso cualquiera de los miembros de la pareja puede llevar a cabo actividades en el hogar, sin que por el hecho de que la mujer no realice una en concreto, el hombre pueda dirigirse a ella con la expresión "no te voy a dar un duro".

En la Sentencia de 11-11-2010, nº 733/2010, rec. 366/2010 se plantean dos cuestiones: la acreditación de la relación de pareja y la imposibilidad de degradación de delito a falta: "Debe resplandecer el objeto final de la ley, que surge como respuesta a situaciones en las que se atente contra la dignidad femenina, por razón de su sexo, tratando de resolver actuaciones violentas, físicas o psíquicas, cometidas contra ellas por parte de los hombres con los que mantienen o han mantenido relación afectiva o de intimidad, similar a la matrimonial, de las que resulte la manifestación de la discriminación, desigualdad y superioridad del varón sobre la hembra (art. 1 L.O. 1/2004, 28 diciembre, de protección integral contra la violencia de género), imponiendo unas modalidades delictivas agravadas, con el loable propósito de erradicar esas reprochables e inadmisibles conductas despreciativas del sexo femenino. Y las agresiones de hombre a mujer en el ámbito de esa relación sentimental constituyen, generalmente, una manifestación de esa superioridad del hombre y supeditación de la mujer."

La Audiencia de Castellón, Sección 2ª, mantiene en estos momentos una postura absolutamente finalista, con exigencia de la concurrencia del elemento intencional y subjetivo de la prueba de la dominación del hombre sobre la mujer en todas las sentencias en las que existen denuncias cruzadas, con la degradación de los hechos hasta su calificación como falta, excluyendo el delito incluso como violencia doméstica, hasta el punto de que utiliza esta doctrina para la calificación como falta en la comisión de hechos a los que califica como “violencia de poca entidad” o “hechos aislados”.

Prácticamente desde el inicio de la aplicación de la L. O. 1/2.004, en los recursos planteados contra sentencias de los Juzgados de lo Penal, ha marcado una clara línea de interpretación en la que considera inaplicables el tipo delictivo del artículo 153 del C.P. en lo que denomina “situaciones de violencia mutua” considerándolas siempre como “violencia entre iguales”.

Durante los años 2.005, 2.006 y mediados del año 2.007, basa sus sentencias precisamente en las dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona. No realiza distinciones entre “violencia doméstica” y “violencia de género” sobre la base de que es necesario que exista ejercicio de la violencia de uno de los miembros del núcleo familiar sobre otro u otros miembros del mismo, y por ello nunca será aplicable en los supuestos de denuncias mutuas. Curiosamente indica que en ese supuesto “perdería sentido la aplicación simultánea de las medidas protectoras de la Orden de protección.”

Siempre considera por tanto que cuando existen denuncias cruzadas, sin más análisis, existe violencia mutua y por tanto entre iguales, resultando inaplicables los tipos delictivos del artículo 153 C.P.

Igual teoría sustenta respecto a las amenazas del artículo 171.4 C.Penal.

Así, por ejemplo en la sentencia de 9-12-2.005, nº 415/2005, rec. 344/2005, en la que llega a afirmar: *“Comparte la Sala los razonamientos que vienen realizando diversas audiencias provinciales entre ellas la de Barcelona, desde la perspectiva de que no todo conflicto en el ámbito familiar se explica por razones de género sino que puede tener otras posibles causas, siendo insostenible que el legislador haya optado por la regresión como delito de todo conflicto, con independencia de que este sea objetivamente leve.*

La referencia del legislador a la víctima indica que el delito del art. 153 está pensado para aquellos supuestos en los que las acciones típicas se despliegan por el sujeto activo contra cualquiera de los sujetos pasivos relacionados en aquel, es decir, para los casos en que existe un agresor y un agredido, pero no para aquellas hipótesis en que se produzca una situación de riña mutuamente aceptada. “

En diversas Sentencias posteriores durante esos años, se encuentra esta misma doctrina e incluso no se condena en los supuestos en que entienden que los hechos son “de una violencia leve” y que sin el “ingrediente de la violencia de género” serían una simple falta.

Sentencias de 27-11-2006, nº 446/2006, rec. 404/2006; de 4-10-2006, nº 377/2006, rec. 121/2006, de 29-12-2006, nº 482/2006, rec. 353/2006. de 24-7-2007, nº 338/2007, rec. 303/2007, de 17-5-2007, nº 236/2007, rec. 87/2007.

En el año 2.007, en concreto en la sentencia de 18-9-2.007 nº 377/2007, rec. 229/2007 se encuentra una elaboración que se mantiene de forma repetida en las sentencias hasta ahora, en la que se realiza una interpretación que llama “correctora de la literalidad del precepto del artículo 153. C.P.” tanto para la violencia doméstica como para la violencia de género. Se impone la exigencia de que la conducta sea una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, para que entiendan que procede aplicar el artículo 153,1 y por analogía el 153.2 en cuanto a la violencia doméstica. Señala textualmente:

“ No se puede prescindir de los conceptos de violencia de género y de violencia doméstica, piedras angulares motivadoras e inspiradoras de toda la normativa sobre la materia, para interpretar e integrar los tipos penales sobre los malos tratos familiares contenidos en los arts. 153.1 y 2 del C.PO sea, ni la violencia de género aparece por el mero hecho de que la víctima del maltrato sea una mujer; ni tampoco resulta automáticamente aplicable al art. 153.1 del C.P , siempre y en todo caso, cuando la víctima del maltrato sea una mujer. La aplicación del art. 153.1 del C.P exige un plus, un elemento adicional, cual es que esa conducta violenta o de maltrato pueda catalogarse como una manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. A nuestro entender, son dos supuestos claramente diferenciables la comisión de las conductas descritas en el art. 153 y en el art. 617 del C.P, según que las mismas aparezcan como una manifestación de una situación de poder, sometimiento o dominacióno que, por el contrario, se produzcan al margen de tal contexto o situación de abuso, sometimiento o dominación.Se trataría de integrar el tipo delictivo con los conceptos de violencia doméstica y de género, restringiendo la comprensión o alcance de la literalidad del precepto.”

Por tanto nunca se aplicará en supuestos de riña mutua, que además siempre son calificados de falta del 617 C.Penal, puesto que al aplicar la misma doctrina y requisitos para la violencia de género que para la doméstica entienden que si no existe superioridad ni dominio no es delito directamente y por ello se degrada a falta.

Esta línea jurisprudencial continua estructurándose mucho mas a partir de la Sentencia de 17-3-2008, nº 107/2008, rec. 502/2007, en que la exigencia de plus de dominación y su prueba viene para la Audiencia avalada por la propia literalidad del artículo 1º de la L.O. 1/2.004 y el análisis de dicha ley, analizando donde se habla de “delitos relacionados con la violencia de género” o se utiliza el concepto de “violencia de género” para fundamentar que la aplicación del artículo 153.1 exige un elemento adicional, cual es que esa conducta violenta o de maltrato pueda catalogarse como una manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. La conclusión es clara: sin dicho elemento las conductas son calificadas como falta.

Como ejemplo las Sentencias de 26-2-2008, nº 81/2008, rec. 451/2007; de 4-2-2008, nº 49/2008, rec. 432/2007; de 10-9-2008, nº 376/2008, rec. 186/2008; de 16-2-2009, nº 65/2009, rec. 546/2008. Desestiman sistemáticamente todos los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal para condenar por dicho artículo y estiman sistemáticamente a la inversa, todos los recursos de los condenados.

Finalmente esta doctrina se completa a partir del año 2.010, en concreto a partir de la sentencia de 1-2-2.010, nº 51/2010, rec. 463/2009. En dicha sentencia señalan: *“En los casos cuestionados que tipifica el art. 153,1 CP 95 el legislador ha apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa. Dicha doctrina es aplicable al presente caso para no entender el hecho como típico de violencia de género, si no más bien una reacción puntual y en consecuencia procede reconducir a falta leve el mismo hecho expuesto en la sentencia.”*

Para ello aluden a la importante Stcia. del T.C. de 14 de mayo de 2008, pero precisamente para cambiarla totalmente de significado. Partiendo de lo señalado en dicha sentencia respecto a que *“la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”*, la convierten en avaladora de sus tesis y por ello que cabe distinguir cuando en los actos de violencia existe dicho plus de dominación. Es decir tergiversan totalmente la sentencia del Supremo, extrayendo la consecuencia de que a partir de aquí analizan en cada recurso si la conducta del varón tuvo ese elemento de dominación o si fue, lo que califican como *“reacción puntual”* *“conducta debida a la inestabilidad emocional”*, *“clima de alteración nerviosa”*. Utilizan esta doctrina también para basar sus condenas.

Como ejemplos las sentencias de 15-1-2010, nº 27/2010, rec. 462/2009; de 9-2-2010, nº 62/2010, rec. 628/2009; de 30-4-2010, nº 177/2010, rec. 136/2010; de 15-7-2010, nº 292/2010, rec. 509/2010.

Por último en la sentencia de 9-12-2010, nº 504/2010, rec. 638/2010 se atreven a mantener claramente que: *“Frente a lo que se ha mantenido por algunos estudiosos del tema, no se exige un elemento subjetivo especial del injusto por parte del sujeto activo. Tan sólo se exige que el sujeto quiera realizar la conducta típica conociendo la concurrencia de las circunstancias que hacen que esa situación de hecho pueda ser reconocible como violencia de género. Lo que nos parece inadmisibile es que, exigiéndose ese plus, se pueda considerar (como pudiera entenderse que se hace en el párr. 4º del F. J. 9 de la sentencia) que todas las agresiones producidas en el marco de la relación de pareja entre hombre y mujer son expresión de la violencia machista. Sino que habrá que razonar o justificar que la situación de hecho sea constitutiva de violencia de género. No hay presunción alguna contra reo; y al juzgador se le ha de presentar como indudable que la situación probada es reconocible como violencia de género. Las dudas que al respecto surjan no podrán actuar contra el acusado, sino beneficiar a este.... Por tanto, a nuestro entender, lo que el T. C. viene a establecer es que la única interpretación constitucionalmente admisible del art. 153.1 del C. P., en cuanto que es la única con la que aparece objetivamente justificada la diferenciación punitiva establecida en el art. 153.1 y en el art. 153.2 del C. P., es la que integra el art. 153.1 del C. P. con el concepto de violencia de género.”*

En definitiva la Audiencia Provincial de Castellón exige siempre prueba de la existencia del elemento de la dominación machista para condenar por violencia de género, no sólo en supuestos de denuncias cruzadas o lo que llaman “riña mutua” y en estos supuestos siempre degradan la violencia de género a falta.

En ninguna de sus Sentencias, en las que se dan denuncias cruzadas, existe ni una mínima averiguación sobre la posibilidad de que las agresiones de la mujer hacia el hombre pueden ser claramente defensivas.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA. SECCION 1ª

Las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia hasta la actualidad desde el año 2.007 de forma inequívoca vienen manteniendo en la aplicación del artículo 153.1 y también en las amenazas del art. 171.4, la necesidad de prueba de la existencia del elemento de dominación del hombre sobre la mujer.

La interpretación que llaman teleológica y finalista del elemento de dominación ya la exigía en años anteriores, 2.005 y 2.006, también respecto al delito de maltrato familiar.

Así en la Sentencia de 30-3-2007, nº 77/2007, rec. 45/2007, tomada como ejemplo se dice: *“...Este Tribunal comparte la idea recogida por el Juzgador a quo en su Sentencia de que los preceptos introducidos por la Ley Orgánica 1/2004 se dirigen a combatir la discriminación en razón del sexo (artículo 1 de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género), y que en tal sentido han de interpretarse, de manera que cuando el supuesto concreto, por más que se juzgue la violencia de un hombre contra una mujer, no pueda en modo alguno leerse en clave de dominación ligada al sexo (como es el caso de disputas mutuas surgidas por razones coyunturales -v.gr. en razón de intereses patrimoniales- o de agresiones recíprocas o incoadas por la mujer) no procederá la subsunción en tales preceptos sino en aquellos de carácter común que castigan conductas análogas abstracción hecha del sujeto pasivo. Y desde este punto de partida forzoso es asumir asimismo que la carga de la prueba de este extremo corresponde a la acusación”*. En este supuesto se utiliza este argumento precisamente para condenar al acusado.

Igualmente en la sentencia de 9-3-2007, nº 75/2007, rec. 44/2007: *“ No basta la mera presencia de una agresión material, sino que a ello hay que añadirle el plus que supone que ello responda a una situación de dominio, de abuso de la superioridad de uno de los cónyuges, en definitiva que responda a una situación de discriminación. Se descarta la existencia del delito en supuestos de agresión mutua, que no parecen corresponder con el ejercicio de la fuerza por el que es más fuerte contra el más débil, sino de una situación de enfrentamiento recíproco como resultado de la oposición de las dos personalidades encontradas.”*

Asimismo en sentencias relativas al delito de amenazas, por entender que no aprecia “que concurra la nota de superioridad”, como en la de 9-11-2.007, nº 338/2007, rec. 243/2007.

Es a partir de la Sentencia de 29-2-2.008, nº 52/2008, rec. 6/2.008 cuando establece la Audiencia una doctrina que se repite hasta ahora de forma invariable en las sentencias, hasta el extremo de que existe un Fundamento de Derecho Jurídico Segundo que es idéntico en muchas de ellas.

Primero analiza las diversas posturas que existen respecto a si resulta necesaria la acreditación de dominación; si la “discriminación, desigualdad y relaciones de poder” del art. 1º L.O. como elemento especial y subjetivo en la integración de los tipos penales debe ser objeto de prueba, o si por el contrario, cualquier acto de violencia de género conlleva en si mismo el ánimo discriminatorio.

“La cuestión suscitada no deja de plantear controversias, existiendo interpretaciones diversas en el ámbito de las distintas Audiencias Provinciales a la hora de considerar si con la reforma operada por la L.O. 1/04 se ha pretendido introducir un concreto, específico y especial elemento subjetivo en la integración de los tipos penales considerados como de Violencia de Género. Si bien en su posterior desarrollo en su articulado, donde este ánimo se presupone pero no se exige como presupuesto para la aplicación de esta Ley. Sólo la condición de mujer y la relación de afectividad, aparecen integrados como elementos del tipo. Se trataría de dilucidar si este ánimo integrante de la expresión de violencia de género queda integrado

dentro de los tipos delictivos o, por el contrario, queda excluido del mismo. La 1ª opción sería considerar necesaria la prueba de este especial "ánimo de dominación masculina", lo cual nos llevaría a la dificultad de indagar si un determinado maltrato, agresión o amenaza incluyen este ánimo concreto o se llevaron a cabo con otra intención específica. La 2ª opción sería considerar que los actos de violencia de género conllevan siempre la existencia de un ánimo discriminatorio hacia la mujer."

Para rechazar esta 2ª opción aducen el artículo 87 de la L.O.P.J. y la La Fiscalía General del Estado en la Circular 4/2005, por un argumento al contrario: en ambas se dice que cuando los actos puestos en su conocimiento no constituyan expresión de violencia de género, o en el caso del Ministerio Fiscal sean actos ajenos al ámbito competencial; no procede la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Lo ponen en relación, sorpresivamente con una Sentencia del T. Supremo, anterior a la L.O. que señalaba que el bien jurídico protegido es la paz familiar, y que nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes. Finalmente de ello infiere que es evidente que siempre se necesitará que concurra esa especial situación de dominio que normalmente se desprenderá de la naturaleza misma de la acción perpetrada.

Esta doctrina es aplicada de forma sistemática en todos los supuestos enjuiciados de denuncias cruzadas y por ello lo que llaman "relaciones encontradas" "enfrentamiento físico mutuo", "lesiones mutuas".

La consecuencia es la revocación de todas las Sentencias de Juzgados de lo Penal que condenan al hombre por el artículo 153.1 C.P. y la desestimación a sensu contrario de todos los recursos del Ministerio Fiscal y muy especialmente todas las que condenaban al hombre por delito ya la mujer por falta.

Sentencias de 3-12-2008, nº 451/2008, rec. 328/2008: "Esta misma Sala se ha pronunciado sobre la existencia de una superioridad y un sometimiento en la relación. No se desprende aquí dicha relación en ninguno de los agresores/agredidos. El género femenino, no se ve afectado en el concreto caso enjuiciado, en el que no aparece subyugado ni sometido al dominio o prepotencia del varón, sino que se sitúa en un plano de igualdad golpeándose las dos partes mutuamente a un mismo nivel, fruto de la discusión previa. Por tanto la regla general aplicada al caso concreto pierde su razón de ser por falta de los presupuestos que la justifican. El suceso se enmarca dentro de la normativa que prescinde de la cualificación personal derivada de las relaciones conyugales o asimiladas, porque para la aplicación de esta última es necesaria la presencia de ese plus doloso derivado de la especialidad del bien jurídico protegido mencionado."

Se utiliza tanto para condenar por el delito de 153.1, supuesto de la sentencia de 15-5-2.008, nº 164/2.008, rec.125/2.008; como para absolver, supuesto de la Sentencia de 8-10-2008, nº 360/2008, rec. 264/2008.

Sentencias de 13-9-2.010, de6-7-2.010, 1-6-2.010... idénticas

Respecto a la degradación en dichos supuestos de la violencia de género a violencia doméstica o a falta, entran a analizar cada caso, puesto que entienden que para aplicar el artículo 153.2 es necesario que exista situación de dominación en el ámbito familiar.

Podría decirse que en la mayoría de los supuestos lo degradan a falta del artículo 617 C.P. y condenan a ambos por igual en el supuesto de denuncias cruzadas, aun cuando existen excepciones.

Sentencia de 22-4-2008, nº 130/2008, rec. 84/2008 señala: *“...Podría plantearse la cuestión relativa a que en los casos de ausencia de discriminación no cabría una inmediata degradación a falta, obviando la existencia de un tipo más amplio -el del art. 153,2 CP 05, dirigido a todos los sujetos descritos en el art. 173,2 CP 95 y no sólo a las mujeres; y que por tanto recoge también a éstas cuando no sean objeto de una tutela específica. Ahora bien, para aplicar ese precepto de recogida sería menester, en todo caso, que quedara constatado también, excluida la discriminación hacia la mujer, que la conducta reprochada entrara en el ámbito doméstico de especial tutela materializado en las conductas típicas por quien siendo miembro del grupo familiar o asimilado coloca al otro en una situación de miembro débil dentro de la relación entre ambos. Si no se demuestra esa situación deviene inexorable la aplicación de la falta.”*

Como dato curioso señalar que sin embargo la misma Audiencia si entiende que los requisitos de domicilio y presencia de menores recogidos en los puntos 3 y 4 del mismo artículo 153 si constituyen unos requisitos de tipo objetivo.

Sentencia de 30-1-2007, nº 24/2007, rec. 3/2007: *“ La Sala considera que las situaciones cualificantes descritas en el párrafo tercero operan con independencia de que sean o no buscadas de propósito por el infractor y son de necesaria aplicación cuando concurren los presupuestos que las determinan, pues obedecen a fines concretos perfectamente descritos en el tipo penal. Así, la agravación por la presencia de los menores se basa en la mayor repercusión psicológica que se provoca en los mismos y, por lo que interesa a los efectos del presente recurso, el fundamento de la agravación por realizarse la acción en el domicilio común o en el domicilio de la víctima por lo que supone el desvalor añadido del atentado a la intimidad domiciliaria, sin que se exija que esta circunstancia sea querida de manera específica por el agresor.”*

Finalmente, especialmente sangrante al respecto resulta la Sentencia nº 9/2.011 de 12-1-2.009, en la que considera no acreditada, respecto al maltrato habitual del artículo 173, la existencia del mismo, en una primera explicación por considerar que las agresiones no están suficientemente probadas, pero pasa después a decir textualmente, y estamos hablando de al menos 8 agresiones, que *“aun admitiendo que se hubieran comprobado todas las actuaciones, la violencia habitual que exige el precepto penal no concurriría de manera manifiesta por faltar esa situación de dominio persistente en el tiempo que exige el precepto”*.