

InDret

Responsabilitat civil subsidiària del propietari d'una arma en el marc de l'art. 120. 3 i .5 CP

Comentari a les SSTS, 2a, 14.10.2002 i 27.6.2003

Marc-R. Lloveras
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper núm.: 196
Barcelona, gener de 2004
www.indret.com

Sumari

1. Introducció
2. Els fets
3. La relació de dependència com a fonament de la responsabilitat civil subsidiària
4. L'aplicació de l'art. 120.3 CP: domicili com a establiment
5. De la dependència al control de l'establiment (art. 120.3 CP)
6. Les obligacions reglamentàries de custòdia de l'arma com a font de responsabilitat subsidiària
7. Del risc generat pels vehicles a la imputació general per l'ús de mitjans perillosos
8. L'excepcionalitat del criteri del risc previst per l'art. 120.5 CP

1. Introducció

Les SSTS, 2a, 14.10.2002 (RAJ 9289; MP: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA) i 27.6.2003 (RAJ 4365; MP: CONDE-PUMPIDO TOURÓN) resolen dos casos de lesions causades per particulars a altres amb armes de foc, concretament amb sengles escopetes de caça. En tots dos casos l'autor material dels danys és condemnat com a autor d'un delictes de lesions i declarat responsable civil pels danys causats quedant obligat a pagar la corresponent indemnització (un total de 35.919.292 ptes en el primer i 5.310.081 ptes en el segon).

El causant del dany utilitza, també en tots dos casos, una arma que no és de la seva propietat sinó d'una altra persona: del seu pare, en el primer cas, i del seu germà, en el segon. I aquí trobem el punt que diferencia les dues sentències ja que mentre el pare és declarat responsable civil subsidiari dels danys causats pel seu fill, tot i ser aquest major d'edat i no estar incapacitat, el germà no ho és.

En qualsevol cas de responsabilitat per fet aliè s'exigeix (art. 1903 CC i 120 CP) alguna mena de relació de dependència entre qui pot ser declarat responsable civil subsidiari i el causant material del dany i responsable directe. En, com a mínim, la majoria de supòsits, de l'art. 120 CP s'exigeix també que el responsable civil subsidiari hagi, a més, incomplet alguna obligació, hagi actuat d'alguna manera que es pugui qualificar com a mínim de negligent, cosa que comporta que la declaració de responsabilitat subsidiària es degui també a una negligència pròpia del responsable subsidiari, encara que progressivament aquesta negligència s'hagi anat interpretant cada vegada de manera més lax i convertint-se en quasi una presumpció de culpabilitat.

Tot seguit veurem com la solució del cas del germà es pot explicar millor que la del pare, on el TS ha de forçar al màxim l'art. 120.5 CP i deixa alguna qüestió sense resoldre per a poder estimar la responsabilitat civil subsidiària, probablement influenciat per la incapacitat patrimonial del causant material del dany per a fer front a la indemnització fixada.

2. Els fets

En el cas de la STS, 2a, 14.10.2002 els fets els protagonitza *Jesús R. V.*, major d'edat. *Jesús* es trobava al seu domicili, el 25.4.1997, situat al paratge "*Huerto El Molino*" de la localitat de *La Riva* (entitat d'uns 25 habitants, integrada a l'Ajuntament de *Cebanico*, província de León) quan veié, sobre les 12 h, que dos individus amb qui el seu pare mantenia una llarga enemistat i amb qui ja havia tingut algun enfrontament, *Remigio R. T.* i el seu fill *Nazario R. R.*, estaven col·locant unes estaques al cabal de la presa del molí propietat de seva la família. *Jesús* es dirigí cap a aquell lloc i després de mantenir una breu conversa amb *Remigio* i *Nazario*, se suposa que intentant fer-los desistir de la seva conducta, tornà al domicili d'on agafà l'escopeta de caça del seu pare (*Basilides V. V.*), que estava muntada i penjada a la paret d'una habitació, la carregà amb dos cartutxos, que agafà d'un calaix de la tauleta de la mateixa habitació i tornà, tot seguit, cap al lloc on es trobaven

Remigio i Nazario contra els qui disparà dos trets, quan estigué a una distància aproximada d'uns 20 metres, causant-los ferides greus a tots dos.

En la STS, 2a, 27.6.2003 els fets son relativament similars. El 29 d'agost de 1999, *Cristóbal M. J.*, de 24 anys, es dirigí per atendre les seves ocupacions, i també amb la intenció de caçar una estona, segons manifestà, al paratge on es troben els *cortijos "Cabila" i "Cerro Morales"* pertanyents al terme municipal de *Castril* (Granada). *Cristóbal* havia agafat del domicili del seu germà (*Ginés M. J.*), aprofitant que aquest no hi era, l'escopeta de caça de *Ginés*, que la tenia guardada al seu domicili carregada amb un sol cartutx de perdigons i oberta, i tres cartutxos. *Cristóbal* no tenia permís exprés de *Ginés* per a utilitzar l'arma ni tampoc llicència per a fer-ho. Sobre les 13:30h arribà al paratge esmentat *Eusebio S. M.*, amb qui *Cristóbal* tenia males relacions, per problemes derivats de la ramaderia, que anava acompanyat de la seva muller i els seus dos fills, de 8 i 5 anys respectivament. *Cristóbal* i *Eusebio* es van començar a discutir. *Cristóbal* anà a buscar l'escopeta al vehicle on la tenia, la tancà i disparà contra *Eusebio*.

3. La relació de dependència com a fonament de la responsabilitat civil subsidiària

En totes dues sentències, com hem dit, el causant del dany és declarat responsable civil i obligat a pagar les indemnitzacions esmentades. En tots dos casos es pretén també la condemna com a responsable civil subsidiari del propietari de l'arma.

Aquesta responsabilitat es fonamenta en la noció de responsabilitat per fet aliè de l'art. 1903 CC tot i que en tractar-se de sentències penals el precepte aplicat és l'art. 120 CP. En aquest article trobem una sèrie de supòsits prou coneguts (pares o tutors, titulars de mitjans de comunicació, titulars d'establiments, indústria o comerços i titulars de vehicles) caracteritzats tots ells, de la mateixa manera que trobem en l'art. 1903 CC, per la relació de dependència existent entre qui pot ser declarat responsable civil subsidiari i el causant material del dany o qui pot haver-ne facilitat la realització (120.3 CP). Així, els possibles responsables civils subsidiaris es troben en quelcom similar a una posició de garant respecte de la conducta del causant material del dany. Una posició que denota una certa possibilitat de control de l'activitat duta a terme pel causant material del dany.

No es tracta doncs, com sembla clar, de determinar la responsabilitat civil subsidiària en funció del grau de parentiu, que només resulta aplicable en el cas de menors o de majors incapaços i en relació únicament als seus pares (arts. 118 i 120.1 CP en relació amb arts. 61.3 LO 5/2000) sinó de trobar una relació de dependència que vinculi al responsable civil subsidiari amb el causant material del dany en el marc de les activitats que preveuen els arts. 120 i 121 CP.

Davant de la impossibilitat de subsumir els fets en l'art. 120.1 CP el TS cerca en la STS, 2a, 14.10.2002 algun altre supòsit de l'art. 120 CP on subsumir els fets i recorre als apartats tercer - per a considerar el domicili com un establiment i poder d'aquesta manera condemnar al pare com a titular de l'establiment sense necessitat de relació de dependència de tipus laboral o

assimilada entre pare i fill o entre germans-; i, al cinquè - per a considerar al pare com a generador d'un risc pel que ha de respondre en haver autoritzat, segons sembla indicar, genèricament l'ús de l'arma al seu fill, tot i que en aquest cas el precepte està clarament dedicat als titulars de vehicles i no pas als d'altres instruments-.

En el cas del germà en el que tampoc resulta aplicable l'art. 120.1 CP el TS tampoc pot aplicar l'art. 120.3 CP -ja que no es tracta de cap establiment- i es refereix genèricament, ja que no té precepte concret on subsumir-ho, a la manca d'infracció de les normes sobre custòdia de l'arma i, d'altra banda, a la manca d'autorització per a l'ús de l'arma, elements que condueixen directament a la no declaració de responsabilitat civil subsidiària del germà propietari de l'arma.

4. L'aplicació de l'art. 120.3 CP: domicili com a establiment

En triar l'apartat tercer de l'art. 120 CP el TS es troba amb una primera dificultat que venç fàcilment tot i que no deixi de sorprendre'ns: l'arma es trobava al domicili del pare, que és, a diferència del cas del germà, també el domicili del fill. Però, com que resulta que en el paratge on es troba el domicili hi ha un molí propietat de la família dedicada a tasques agrícoles, el domicili passa a rebre la consideració d'establiment.

El TS ho fa per a poder subsumir el supòsit en l'art. 120.3 CP i considerant al pare com a titular de l'establiment poder-li imputar responsabilitat subsidiària: ja que en qualsevol cas el delictes s'ha d'haver comès un establiment - a diferència del supòsit de l'art. 120.4 CP on el delictes està també relacionat amb el titular d'un establiment però es pot haver comès fora dels límits físics de l'establiment ja que el criteri decisiu no és aquest sinó la comissió en l'exercici dels serveis o obligacions per part de l'empleat i figures afins-.

No obstant, el TS sembla referir-se únicament al domicili com a lloc en el que es trobava l'arma utilitzada, qüestió que no és tant rellevant com sembla a aquests efectes ja que el delictes no es cometé a l'interior del domicili sinó en el cabal del molí, circumstància que permetria entendre millor aquesta primera operació interpretativa del TS en considerant-lo potser més clarament com a part integrant de la finca destinada a l'explotació agrícola.

El TS obre així la porta per a poder aplicar l'art. 120.3 CP en que fonamenta la seva decisió. Però encara li manca un requisit: la infracció de normes reglamentàries en el mateix establiment, que el TS considera existent ja que aprecia una manca de mesures suficients de custòdia de l'arma i que té, com veurem més endavant, un evident efecte generador de responsabilitat. En haver considerat el domicili com a establiment -tot i que l'arma es trobava a l'habitació del seu propietari, sembla ser el seu dormitori- s'elimina doncs el problema de si la infracció de les normes reglamentàries s'havia donat a l'interior o no del mateix establiment.

5. De la dependència al control de l'establiment (art. 120.3 CP)

La tria de l'art. 120.3 CP suposa també l'eliminació de la necessitat d'una relació de dependència entre el titular de l'establiment i l'autor del delictes. Així, el TS afirma que: "*(E)n realidad los requisitos exigidos por este apartado quedan limitados a que se trate de un establecimiento y a la infracción de los reglamentos de policía...no se refiere a ninguna clase de relación personal entre el autor del delito y el titular del establecimiento, por lo cual no se excluye que la relación se establezca entre padre e hijo*".

Així doncs, per més que es tracti d'un delictes comès a l'establiment no és requisit literal de l'art. 120.3 CP que l'hagi comès un empleat o dependent, ja que el que pot haver comès aquest empleat o dependent, a més del propi titular o persona que el dirigeixi o administri, és la infracció de les normes reglamentàries que hagin facilitat la comissió del delictes –aquí sí seria rellevant la dependència però pel que fa a la infracció de les normes–, el qual el pot cometre el mateix titular o un empleat però també un tercer.

D'aquesta manera, l'àmbit d'aplicació de la responsabilitat del titular de l'establiment se centra en l'art. 120.3 CP en allò que s'esdevingui a l'interior de l'establiment, cosa que inclou fins i tot a tercers, i que trasllada el requisit de la dependència i el fonament de la responsabilitat del titular del control sobre els seus dependents al control sobre l'establiment. Ja no cal doncs explicitar una relació de dependència de tipus laboral o assimilada entre pare i fill ja que el titular de l'establiment respon quan es comet un delictes en el seu establiment el qual ha d'haver estat facilitat per la infracció de normes reglamentàries, cosa que denotarà una manca de control suficient i, per tant negligent, sobre la seva pròpia activitat.

D'acord amb això, en cap de les dues sentències s'examina pròpiament la relació de dependència entre el titular de l'arma i el causant material del dany. En la STS, 2a, 27.6.2003 es pressuposa que no existia cap relació de dependència en ser tots dos majors d'edat i viure en domicilis diferents, però les dades rellevants seran tenir en compte que no existia autorització per a l'ús de l'arma – autorització que ens aproximaria novament a la relació de dependència, però que apareix com a tal únicament en el supòsit específic de l'art. 120.5 CP- i que tampoc es produí infracció de les normes de custòdia de l'arma. Així doncs, es pot afirmar que en aquest cas falla el primer dels requisits necessaris per a l'establiment de la responsabilitat subsidiària, ja que no existeix relació de dependència ni tampoc l'autorització per a la utilització de l'arma, ja que la sentència fa constar expressament que el *Cristóbal* prengué l'arma sense autorització i aprofitant que el seu propietari no es trobava al domicili.

En el cas de la STS, 2a, 14.10.2002 tampoc s'analitza la relació de dependència existent entre pare i fill ja que tot i haver considerat el domicili com un establiment el fill pot passar a ser considerat com un tercer, als efectes de la comissió del delictes a l'interior de l'establiment o bé, com fa el TS, passar a analitzar el sorgiment d'aquesta relació des del punt de vista de l'autorització per a l'ús de l'arma – ara però en el marc de l'art. 120.5 CP que analitzem més endavant–.

D'altra banda, en aquest cas ja no cal cercar altres fonaments que ens permetin configurar més clarament l'abast del deure de control ja que sembla prou clar que l'ús d'una arma de foc a l'interior d'un establiment per part de qui a més es podria assimilar a un empleat, hi queda clarament inclòs. D'acord amb això el TS pot limitar-se a considerar que el pare (titular de l'establiment) no pot ser considerat aliè a la conducta del seu fill consistent en "*una mal entendida defensa de la propiedad de la familia*".

6. Les obligacions reglamentàries de custòdia de l'arma com a font de responsabilitat subsidiària.

L'art. 120.3 CP exigeix també una infracció de normes reglamentàries (reglaments de policia o disposicions de l'autoritat) per tal que el titular de l'establiment pugui ser declarat responsable subsidiari. No obstant, la norma infringida no ha de ser estrictament reglamentària ja que aquí el CP s'està referint al conjunt de normativa que reguli l'activitat del titular en el seu conjunt, cosa que pot incloure disposicions de rang superior o inferior al reglament. I, a més, la infracció de la norma es relaciona no pas directament amb l'activitat sinó que ho fa amb el delictes que s'hagi comès.

La infracció l'ha d'haver comès el propi titular de l'establiment o un dels seus dependents o empleats, cosa que també sembla estar clara en el cas de la STS, 2a, 14.10.2002 ja que la comet el mateix titular. En canvi, en el cas de la STS, 2a, 27.6.2003 no sabem exactament en quin apartat de l'art. 120 CP s'examinen els deures del titular, no pas de l'establiment (ja que aquí no es pren en consideració si els fets van tenir lloc en un establiment o no) sinó de l'arma, tot i que es refereix, seguint la sentència anterior tant a l'art. 120.3, cas en què caldria explicar prèviament l'existència d'un establiment i la titularitat del mateix, com a l'art. 120.5 CP, tot i que davant de la inexistència d'autorització en descarta l'aplicació.

En qualsevol cas no s'examinen les normes reglamentàries aplicables als establiments o explotacions agrícoles sinó que es passa directament a les normes aplicables a la tinença i custòdia d'armes de foc, cosa que podem entendre ja que el reglament infringit ha d'estar relacionat, segons l'art. 120.3 CP amb el fet punible comès, de manera que aquest no s'hauria produït sense l'esmentada infracció.

En aquest cas la norma a tenir en compte per a integrar la negligència del propietari de l'arma és el Reglament d'armes (RD 137/1993, de 29 de gener) i concretament el seu art. 144.1 a), que el TS considera no infringit en el cas del germà i, en canvi, sí que el considera infringit en el cas del pare.

L'art. 144.1 a) del Reglament d'Armes no estableix una sèrie de mesures o deures concrets per a la custòdia d'armes sinó que es limita únicament a establir el deure dels posseïdors d'armes de: "*guardarlas en lugar seguro y a adoptar las medidas necesarias para evitar su pérdida, robo o sustracción*".

Es tracta doncs d'una norma genèrica que caldrà interpretar en cada cas concret per a donar sentit a la seva possible infracció. En el cas del germà, però, el TS no entra a valorar les condicions de custòdia de l'arma sinó que parteix de la inexistència d'autorització per a l'ús de l'arma i del fet que el seu titular la tenia al seu propi domicili. L'Audiència (SAP Granada 17.1.2002) ho havia completat fent referència al fet que no era previsible que el germà del titular infringís la manca d'autorització. El precepte no se centra però en l'existència o no d'autorització, element previst únicament en l'art. 120.5 CP.

D'acord amb això sembla que caldria un major desenvolupament del raonament per tal de poder judicar en quines condicions es pot considerar que s'han infringit els deures de custòdia ja que les circumstàncies semblen força similars en tots dos casos: el germà guardava l'arma al seu domicili, tenint especialment en compte que tot i la manca d'autorització el germà pogué agafar-la sense més, és a dir, sense que el TS valori si l'arma estava a lloc segur o no i en quines circumstàncies - arma carregada a l'interior del domicili i munició molt a prop- més encara quan els fets s'assimilen a una substracció de l'arma i, per tant, entren més clarament en el supòsit previst. En canvi, en el cas del pare, la norma es considera infringida ja que l'arma que estava penjada a una paret de l'habitació del pare, muntada i la munició es guardava a una tauleta de la mateixa habitació, circumstàncies força similars a les anteriors i que potser podrien considerar-se fins i tot irrelevants ja que en aquest cas qui acaba cometent el delictes sembla que sí estava autoritzat per al seu ús.

7. Del risc generat pels vehicles a la imputació general per l'ús de mitjans perillosos

Tot i que amb el dit fins ara i tal com explicita la sentència de 2002 la fonamentació de la responsabilitat es podria considerar suficient, el TS també aplica l'art. 120.5 CP per, de manera totalment novedosa, cercar en la noció del risc un fonament més per a declarar la responsabilitat subsidiària del titular d'una arma de foc.

La STS, 2a, 14.10.2002 i la reproducció parcial que en fa la 27.6.2003 suposen, en aquest sentit, una novetat jurisprudencial en l'aplicació de l'art. 120.5 CP que fins ara s'havia centrat exclusivament en supòsits derivats de vehicles essent el principal problema l'abast de la relació de dependència però sense que se'n conegués, fins ara, una interpretació extensiva per tal de fer aplicable el supòsit previst pels vehicles a altres instruments o mitjans que puguin generar un risc per a tercers.

Així, tant en l'aplicació de l'anterior art. 22 CP - entre d'altres SSTS, 2a, 4.7 i 22.11.1980; 18.5 i 30.11.1981; 28.10.1982; 21 i 26.6 i 30.10.1983; 10.4.1985; 16.12.1986; 16.5.1988; 9.2, 22.5, 15.6 i 1, 4, 5 i 20.12.1989; 8.3, 10.7 i 19.10.1990; 21.2 4.3, 24.4, 10.10 i 20.12.1991; 30.5.1992 - com de l'actual art. 120.5 CP - entre d'altres SSTS, 2a, 14.7.2000, 1.4 i 23.9.2002 i 19.12.2003.

L'aplicació a un supòsit que no sigui el dels vehicles és discutible ja que l'art. 120 no conté una clàusula general de responsabilitat per fet aliè i l'art. 120.5 preveu efectivament el criteri del risc i

l'autorització per a l'ús, però per més que es puguin fer interpretacions extensives o fins i tot analògiques, en tractar-se d'una norma materialment civil, el limita als titulars de vehicles i al risc generat en la seva utilització, concretant també que el delictes es comet en la utilització del vehicle i no pas en la de qualsevol altre mitjà, per perillós o generador de risc que pugui ser.

En aquest sentit però el TS afirma (FJ 7) que encara que l'art. 120 CP no contingui una norma general de responsabilitat subsidiària sinó un llistat de casos on aquesta es pot apreciar això no impedeix: *"declarar responsabilidades civiles en supuestos que, aun no encajando en los términos literales en los que la norma se expresa, responden sin embargo al mismo espíritu en el que ésta aparece inspirada"*. I, més endavant: *" puede afirmarse que las previsiones del art. 120 no son solamente aplicables a los supuestos expresamente previstos en ellas, sino también a otros análogos en los que se aprecie la misma razón para establecer la obligación de responder civilmente por daños causados por hechos cometidos por terceros en los que no se ha tenido participación alguna con relevancia penal"*.

I, pel que fa a la concreció del risc, el TS s'acull a una visió àmplia afirmant: *" el peligro inherente al uso de un arma de fuego es evidente, y cuando esa utilización es constitutiva de delito o falta, además de la responsabilidad penal y de la civil directa...es razonable exigir responsabilidad civil subsidiaria al titular que ha permitido su uso, sobre la base del riesgo creado con la utilización de un objeto de su pertenencia"* (FJ 7).

L'argument és del tot plausible però topa amb la dificultat, com hem dit, de no estar inclòs entre els previstos per l'article 120.5 CP. El TS té, aleshores, dues possibilitats per arribar-hi: la interpretació extensiva de la norma – que és el mitjà que utilitza- o bé la seva aplicació analògica, que esmenta expressament, tot i que no en desenvolupa l'argumentació, per més que resulti a la pràctica difícil de diferenciar si el TS està interpretant la norma amb caràcter extensiu o bé està aplicant el procediment analògic.

Com ja hem esmentat el TS repassa els diferents apartats de l'art. 120 CP. Així, descarta per no donar-se en el supòsit els requisits necessaris els apartats 1 –pares i tutors respecte fills majors d'edat incapacitat amb convivència i sense negligència- i 2 – titulars de mitjans d'informació-, aplica parcialment l'apartat tercer, i sense fer cap esment de l'apartat 4, que seguint l'argumentació podria ser també aplicable, passa directament a analitzar l'apartat cinquè.

I és el aquest moment quan interpretant l'art. 120.5 CP el TS dóna pas a una interpretació extensiva per entendre'l aplicable al supòsit de les armes de foc. Així, afirma (FJ 7): *"podría sostenerse que debe interpretarse en el sentido de excluir cualquier supuesto que no se refiera a los propietarios o titulares de vehículos. Pero tal interpretación conduce al absurdo si se valora la finalidad y el espíritu de la norma, pues carece de sentido establecer la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de vehículos basándose en que su utilización puede crear riesgos para terceros y negarla para quienes lo son de otros instrumentos u objetos en cuya utilización se pueden crear riesgos incluso superiores. Una interpretación extensiva que atienda al sentido, finalidad y espíritu de la norma no solo conduce a la responsabilidad civil de los titulares de los objetos por los daños causados cuando se trate de vehículos, sino también de los daños causados como consecuencia del uso de cualesquiera objetos cuya utilización cree riesgos para terceros"*.

Com el mateix TS afirma, just abans del paràgraf transcrit, el tenor literal de la norma és clar. D'acord amb això podríem pensar aplicant la màxima "*in claris non fit interpretatio*" que si la norma és clara no cal sotmetre-la a interpretació i, d'altra banda, si se'n pretén l'aplicació analògica caldrà en tot cas respectar els requisits del precepte que s'està aplicant, cas en què sorgeixen dubtes sobre la possible limitació del risc o bé el seu caràcter absolut.

El TS parteix de la presumpció de l'autorització per a l'ús de l'arma, que segons indica, el pare havia fet al fill amb caràcter general, cosa que li permet entendre complerta la part final de l'art. 120.5 que limita els supòsits als delictes o faltes comesos per dependents o representants o per persones autoritzades. El fill seria doncs una persona autoritzada pel seu principal per a utilitzar un mitjà que essent perillós genera un risc. En el mateix sentit i com ja hem vist en el supòsit del germà la manca d'autorització fa inaplicable el precepte.

Les sentències comentades aporten també una novetat ja que fonamenten l'existència de responsabilitat únicament, pel que fa a aquest punt, en l'existència de l'autorització sense tenir en compte si aquesta autorització ha estat negligent, criteri que podria servir per a complementar l'atribució de responsabilitat subsidiària i que ha estat utilitzat anteriorment en casos similars on havia existit una cessió d'una arma a un tercer.

Així, la SAP Tarragona 4.11.1998 fonamenta la responsabilitat en el fet que la muller de qui causà el dany havia obtingut la llicència de l'arma després que li hagués estat denegada al marit i, per més, que l'Audiència es refereixi al criteri del risc com a superador de la culpa *in viligando* la solució sembla molt més propera a una mena de frau de llei i fa, en tot cas, una aplicació genèrica de l'anterior art. 22 CP; i, en la SAP Saragossa 14.3.1996 en el fet que la cessió es feu a una persona sense experiència en l'ús de l'arma i s'invoca expressament la culpa *in eligendo*.

En el mateix sentit es pot tenir en compte que el criteri del risc tampoc s'ha aplicat de manera tan generosa ni oberta en els múltiples casos de danys causats per agents de policia amb armes de foc proporcionades per l'Administració - ara en el marc de l'art. 121 CP- on per més que en els darrers anys, i fonamentalment, a partir de la STS, 3a, 27.5.1987, s'ha acceptat el criteri del risc o de l'increment d'un risc imputable a la forma d'organització del servei públic, la línia jurisprudencial no és constant i, a més, existeixen límits centrats bàsicament en l'ús estrictament privat i en un àmbit íntim o familiar de l'arma de foc (en aquest sentit SSTS, 2a, 8.5.1996 i 5.7.2002, i més recentment STS, 1a, 16.10.2003) que, d'altra banda, es vinculen també per a generar responsabilitat a la manca de mesures efectives de control sobre l'agent, cosa que implica una matisació de l'aplicació del criteri del risc amb la reintroducció de la doctrina de la culpa *in viligando* (en aquest sentit Acord de la Sala 2a del TS de 12.7.2002).

D'altra banda, el TS cau en la contradicció de prendre en consideració l'autorització per a l'ús de l'arma, cosa que entenem que no hauria de convertir directament al titular en responsable civil

subsidiari i prendre també en consideració la suposada vulneració de les obligacions reglamentàries per a poder considerar negligent la seva conducta.

Amb això però la decisió s'enfosqueix ja que no està clar en què es fonamenta el risc ja que si realment es tracta d'un risc generat per la utilització de l'arma de foc aquest no depèn del compliment de les obligacions reglamentàries, ja que precisament la STS, 2a, 14.10.2002 fonamenta el risc generat en l'autorització de l'ús de l'arma. En canvi, en la STS, 2a, 27.6.2003, el risc que s'analitza es el generat per la custòdia de l'arma tot i que en considerar-la no negligent el TS ja no entra a valorar la seva concreció en la utilització no desitjada per part de tercers.

Tots dos criteris son de possible aplicació, però sembla clar que són aplicables a supòsits diferents. Així, si el risc es genera per l'incompliment de normes reglamentàries sembla que la fonamentació de la responsabilitat subsidiària és perfectament possible ja que l'incompliment haurà incrementat de manera rellevant el risc, el perill que es deriva de la tinença poc controlada d'una arma de foc i, en darrera instància, trobarem el seu fonament en les obligacions reglamentàries existents.

En canvi, en el supòsit de l'autorització caldria fonamentar més clarament si la simple autorització per a l'ús de l'arma comporta la responsabilitat civil subsidiària de qui n'ha autoritzat l'ús per a qualsevol supòsit o bé si, com s'esdevé en la majoria de supòsits, la responsabilitat només neix quan el delictes es comet dins de l'àmbit derivat de l'autorització (per exemple, un accident de caça si l'autorització era per caçar o en l'exercici de les seves funcions en el cas de funcionaris de policia tot i que amb l'ampliació del criteri del risc derivat de la forma d'organització del servei) o bé si podem entendre que l'autorització ha generat un increment rellevant del risc per alguna circumstància especial.

8. L'excepcionalitat del criteri del risc previst per l'art. 120.5 CP

Ambdues sentències comentades prescindeixen de l'anàlisi sobre la possible negligència del titular de l'arma en l'aplicació o esment de l'art. 120.5 CP cosa que suposa que a la pràctica s'estigui generant una nova regla de responsabilitat civil subsidiària que es fonamenta únicament en l'autorització per a l'ús d'un mitjà que pot generar un risc per un tercer.

Un criteri indubtablement ampli i que en prescindir, o donar per suposada en el millor dels casos, la negligència pròpia de qui serà declarat responsable civil subsidiari, sembla que no encaixa del tot bé en el sistema de responsabilitat civil subsidiària del CP ni tampoc en el del CC. En aquest sentit la interpretació conjunta de l'art. 120 CP no sembla que permeti generalitzar una norma de responsabilitat fonamentada en el risc ja que aquesta fonamentació és excepcional dins del precepte i interpretant concretament l'apartat cinquè sembla que la seva finalitat i esperit no ens haurien de permetre sortir-nos del supòsit dels titulars de vehicles ja que és precisament el risc propi del trànsit de vehicles el que va motivar la introducció de la norma en el CP 1995.

El caràcter excepcional de l'art. 120.5 CP es pot deduir de la interpretació conjunta de la resta de supòsits de responsabilitat subsidiària establerts en el mateix art. 120, i en els arts. 118.1 i 121 CP i 1903 i 1094 CC ja que en tots aquests casos es parteix, per més que es pugui interpretar en un sentit objectivitzador, de la culpa o negligència del responsable subsidiari, sigui per un comportament propi en relació amb el fet que acabarà causant un dany (art. 118.1 i 120.1 CP) o sigui per una infracció de les normes que regulen l'activitat a la que es dedica (120.2 –entenent aquí la negligència com a negligència del mitjà-, 120.3 CP) o sigui per una manca de control suficient sobre l'exercici de les funcions professionals per part del causant directe (120.4 i 121 CP).

D'altra banda, l'art. 120.5 CP apareix també amb una motivació especial, tal com es pot comprovar seguint el projecte legislatiu del CP de 1995 i els seus precedents, ja que la norma del CP no fa res més que completar al seu nivell les reformes legislatives que a tots nivells s'estan produint en els darrers anys en relació específicament als accidents de trànsit, que són una de les primeres causes de mort al conjunt de l'Estat. La previsió s'inclou doncs en el CP 1995 per a deixar clar que el mer fet que el titular del vehicle no en fos el conductor en el moment de l'accident no pot servir, sense més, per a excloure'n la responsabilitat. En aquest sentit la introducció de l'art. 120.5 en el CP 1995 vindria a omplir i a aclarir la remissió que la legislació anterior ja feia i que l'art. 1.3 RD 7/2001 fa referint-se ja expressament a l'art. 120.5 CP.

Així, la de l'art. 1.1. RD 632/1968, reproduït literalment per l'art. 1.1 de la Llei 30/1995 en establir: “ *(E)l propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuanto esté vinculado con éste por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1903 del Código Civil y 22 del Código Penal*”.

Però, a més, caldria tenir en compte que la responsabilitat en aquest cas té també la seva norma específica: la responsabilitat serà aleshores subsidiària i, a més, no sempre fonamentada únicament en el risc, ja que es permet, ni que sigui formalment, l'exoneració de responsabilitat quan el titular pugui provar que el seu comportament fou diligent (art. 1.3 RD 7/2001 que preveu, com ja feia el RD 632/1986 i la Llei 30/1995, que: “ *(E)sta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*”), cosa que en el cas del propietari de l'arma també hauria de poder-se tenir en compte si és que estem volent aplicar la mateixa norma.

En aquest sentit es pot afirmar que el TS fa quelcom que no li correspon ja que en la mesura que aquesta interpretació equival a la creació d'una nova norma aquesta funció li correspon al legislador, el qual en el seu moment no va incloure el supòsit entre els previstos per l'art. 120 CP el qual tampoc conté una previsió més genèrica sobre l'efecte de l'autorització a un tercer per a l'ús de mitjans perillosos.
