

InDret

Responsabilidad civil subsidiaria del propietario de un arma en el marco del art. 120. 3 y .5 CP

Comentario a las SSTs, 2ª, 14.10.2002 y 27.6.2003

Marc-R. Lloveras
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper nº: 196
Barcelona, enero de 2004
www.indret.com

Sumario

1. Introducción
2. Los hechos
3. La relación de dependencia como fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria
4. La aplicación del art. 120.3 CP: domicilio como establecimiento
5. De la dependencia al control del establecimiento (art. 120.3 CP)
6. Las obligaciones reglamentarias de custodia del arma como fuente de responsabilidad subsidiaria
7. Del riesgo generado por los vehículos a la imputación general por el uso de medios peligrosos
8. La excepcionalidad del criterio del riesgo previsto por el art. 120.5 CP

1. Introducción

Las SSTS, 2ª, 14.10.2002 (RAJ 9289; MP: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA) y 27.6.2003 (RAJ 4365; MP: CONDE-PUMPIDO TOURÓN) resuelven dos casos de lesiones causadas por particulares a otros con armas de fuego, concretamente con sendas escopetas de caza. En ambos casos el autor material de los daños es condenado como autor de un delito de lesiones y declarado responsable civil por los daños causados, quedando obligado a pagar la correspondiente indemnización (un total de 35.919.292 ptas. en el primero y 5.310.081 ptas. en el segundo).

El causante del daño utiliza, también en ambos casos, un arma que no es de su propiedad sino de otra persona: de su padre, en el primero, y de su hermano, en el segundo. Y aquí encontramos el punto que diferencia las dos sentencias, ya que mientras el padre es declarado responsable civil subsidiario de los daños causados por su hijo, aun siendo éste mayor de edad y no estar incapacitado, el hermano no lo es.

En cualquier caso de responsabilidad por hecho ajeno se exige (art. 1903 CC y 120 CP) algún tipo de relación de dependencia entre quien puede ser declarado responsable civil subsidiario y el causante material del daño y responsable directo. En, como mínimo, la mayoría de supuestos del art. 120 CP, se exige también que el responsable civil subsidiario haya, además, incumplido alguna obligación, haya actuado de algún modo que se pueda calificar como mínimo de negligente, hecho que conlleva que la declaración de responsabilidad subsidiaria se deba también a una negligencia propia del responsable subsidiario, aunque progresivamente esta negligencia se haya ido interpretando cada vez de forma más laxa y convirtiéndose en casi una presunción de culpabilidad.

A continuación veremos como la solución del caso del hermano se puede explicar mejor que la del padre, donde el TS ha de forzar al máximo el art. 120.5 CP y deja alguna cuestión sin resolver para poder estimar la responsabilidad civil subsidiaria, probablemente influenciado por la incapacidad patrimonial del causante material del daño para hacer frente a la indemnización fijada.

2. Los hechos

En el caso de la STS, 2ª, 14.10.2002 los hechos los protagoniza Jesús R. V., mayor de edad. Jesús se encontraba en su domicilio, el 25.4.1997, situado en la zona del "Huerto El Molino" de la localidad de La Riva (entidad de unos 25 habitantes, integrada en el Ayuntamiento de Cebanico, provincia de León) cuando vio, sobre las 12 h., que dos individuos con quien su padre mantenía una larga enemistad y con quien ya había tenido algún enfrentamiento, Remigio R. T. y su hijo Nazario R. R., estaban colocando unas estacas en el caudal de la presa del molino propiedad de su familia. Jesús se dirigió hacia ese lugar y después de mantener una breve conversación con Remigio y Nazario, se supone que intentando hacerles desistir de su conducta, volvió al domicilio de donde cogió la escopeta de caza de su padre (Basilides V. V.), que estaba montada y

colgada en la pared de una habitación, la cargó con dos cartuchos, que cogió de un cajón de la mesita de la misma habitación y volvió, de inmediato, hacia el lugar donde se hallaban Remigio y Nazario contra los que disparó dos tiros, cuando estuvo a una distancia aproximada de unos 20 metros, causándoles heridas graves a ambos.

En la STS, 2ª, 27.6.2003 los hechos son relativamente similares. El 29 de agosto de 1999, Cristóbal M. J., de 24 años, se dirigió para atender sus ocupaciones, y también con la intención de cazar un rato, tal como manifestó, al lugar donde se encontraban los cortijos "Cabila" y "Cerro Morales" pertenecientes al término municipal de Castril (Granada). Cristóbal había cogido del domicilio de su hermano (Ginés M. J.), aprovechando que éste no estaba, tres cartuchos y su escopeta de caza, que la tenía guardada en su domicilio cargada con un solo cartucho de perdigones y abierta. Cristóbal no tenía permiso expreso de Ginés para utilizar el arma ni tampoco licencia para hacerlo. Sobre las 13.30 h. llegó al lugar mencionado Eusebio S. M., con quien Cristóbal tenía malas relaciones debido a problemas derivados de la ganadería, que iba acompañado de su mujer y de sus dos hijos de 8 y 5 años respectivamente. Cristóbal y Eusebio comenzaron a discutir. Cristóbal fue a buscar la escopeta al vehículo donde la tenía, la cerró y disparó contra Eusebio.

3. La relación de dependencia como fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria

En ambas sentencias, como hemos indicado, el causante del daño es declarado responsable civil y obligado a pagar las indemnizaciones mencionadas. En ambos casos se pretende también la condena como responsable civil subsidiario del propietario del arma.

Esta responsabilidad se fundamenta en la noción de responsabilidad por hecho ajeno del art. 1903 CC pese a que, al tratarse de sentencias penales, el precepto aplicado es el art. 120 CP. En este artículo encontramos una serie de supuestos bien conocidos (padres o tutores, titulares de medios de comunicación, titulares de establecimientos, industrias o comercios y titulares de vehículos) caracterizados todos ellos, del mismo modo que encontramos en el art. 1903 CC, por la relación de dependencia existente entre quien puede ser declarado responsable civil subsidiario y el causante material del daño o quien puede haber facilitado la realización (120.3 CP). Así, los posibles responsables civiles subsidiarios se hallan en algo similar a una posición de garante respecto de la conducta del causante material del daño. Una posición que denota una cierta posibilidad de control de la actividad llevada a cabo por el causante material del daño.

No se trata entonces, como parece evidente, de determinar la responsabilidad civil subsidiaria en función del grado de parentesco, que sólo resulta aplicable en el caso de menores o de mayores incapaces y en relación únicamente a sus padres (arts. 118 y 120.1 CP en relación con arts. 61.3 LO 5/2000), sino de encontrar una relación de dependencia que vincule al responsable civil subsidiario con el causante material del daño en el marco de las actividades que prevén los arts. 120 y 121 CP.

Ante la imposibilidad de subsumir los hechos en el art. 120.1 CP el TS busca en la STS, 2ª 14.10.2002 algún otro supuesto del art. 120 CP donde subsumir los hechos y recurre a los apartados tercero –para considerar el domicilio como un establecimiento y poder de esta forma condenar al padre como titular del establecimiento sin necesidad de relación de dependencia de tipo laboral o asimilada entre padre e hijo o entre hermanos; y quinto –para considerar al padre como generador de un riesgo por el que debe responder al haber autorizado, según parece, genéricamente el uso del arma a su hijo, a pesar de que en este caso el precepto está claramente dirigido a los titulares de vehículos y no a los de otros instrumentos–.

En el caso del hermano, en el que tampoco resulta aplicable el art. 120.1 CP, el TS tampoco puede aplicar el art. 120.3 CP – ya que no se trata de ningún establecimiento– y se refiere genéricamente, al no tener precepto donde subsumirlo, a la ausencia de infracción de las normas sobre custodia del arma y, por otro lado, a la falta de autorización para su uso, elementos que conducen directamente a la no declaración de responsabilidad civil subsidiaria del propietario del arma.

4. La aplicación del art. 120.3 CP: domicilio como establecimiento

Al escoger el apartado tercero del art. 120 CP el TS se encuentra con una primera dificultad que vence fácilmente pese a no dejar de sorprendernos: el arma se hallaba en el domicilio del padre, que es, a diferencia del caso del hermano, también el domicilio del hijo. Pero, como resulta que en el lugar donde se encuentra el domicilio existe un molino propiedad de la familia dedicada a tareas agrícolas, el domicilio pasa a recibir la consideración de establecimiento.

El TS lo realiza para poder subsumir el supuesto en el art. 120.3 CP y considerando al padre como titular del establecimiento poderle imputar responsabilidad subsidiaria: ya que en cualquier caso el delito debe haberse cometido en un establecimiento –a diferencia del supuesto del art. 120.4 CP, donde el delito está también relacionado con el titular de un establecimiento, pero puede haberse cometido fuera de los límites físicos del mismo, al no ser éste el criterio decisivo, sino la comisión en el ejercicio de sus servicios u obligaciones por parte del empleado y figuras afines–.

No obstante, el TS parece referirse únicamente al domicilio como lugar en el que se encontraba el arma utilizada, cuestión que no es tan relevante como parece a estos efectos, porque el delito no se cometió en el interior del domicilio sino en el caudal del molino, circunstancia que permitiría entender mejor esta primera operación interpretativa del TS al considerarlo quizás de forma más clara como parte integrante de la finca destinada a la explotación agrícola.

El TS abre así la puerta para poder aplicar el art. 120.3 CP en que fundamenta su decisión. Pero aún le falta un requisito: la infracción de normas reglamentarias en el mismo establecimiento, que el TS considera existente al apreciar una falta de medidas de custodia suficientes del arma y que tiene, como veremos más adelante, un evidente efecto generador de responsabilidad. Al haber considerado el domicilio como establecimiento –a pesar de que el arma se hallaba en la

habitación de su propietario, parece ser, su dormitorio— se elimina el problema de si la infracción de las normas reglamentarias había tenido lugar en el interior o no del mismo establecimiento.

5. De la dependencia al control del establecimiento (art. 120.3 CP)

La elección del art. 120.3 CP supone también la eliminación de la necesidad de una relación de dependencia entre el titular del establecimiento y el autor del delito. Así, 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”*.

Así, por más que se trate de un delito cometido en el establecimiento no es requisito literal del art. 120.3 CP que lo haya cometido un empleado o dependiente, puesto que lo que puede haber cometido este empleado o dependiente, además del propio titular o persona que lo dirija o administre, es la infracción de las normas reglamentarias que hayan facilitado la comisión del delito —aquí sí sería relevante la dependencia pero por lo que se refiere a la infracción de las normas—, el cual lo puede cometer el propio titular o un empleado pero también un tercero.

De esta forma, el ámbito de aplicación de la responsabilidad del titular del establecimiento se centra en el art. 120.3 CP en lo que suceda dentro del establecimiento, circunstancia que incluye incluso a terceros, y que traslada el requisito de la dependencia y el fundamento de la responsabilidad del titular del control sobre sus dependientes al control sobre el establecimiento. Ya no hace falta por tanto explicitar una relación de dependencia del tipo laboral o asimilada entre padre e hijo, debido a que el titular del establecimiento responde cuando se comete un delito en su establecimiento, que debe haberse facilitado con la infracción de normas reglamentarias, hecho que denotará una falta de control suficiente y, por tanto negligente, sobre su propia actividad.

Conforme a esto, en ninguna de las dos sentencias se examina propiamente la relación de dependencia entre el titular del arma y el causante material del daño. En la STS, 2ª, 27.6.2003 se presupone que no existía ninguna relación de dependencia al ser ambos mayores de edad y vivir en domicilios diferentes, pero los datos relevantes serán tener en cuenta que no existía autorización para el uso del arma —autorización que nos aproximaría nuevamente a la relación de dependencia, pero que aparece como tal sólo en el supuesto específico del art. 120.5 CP— y que tampoco se produjo infracción de las normas de custodia del arma. De esta forma, se puede afirmar que en este caso falla el primero de los requisitos necesarios para el establecimiento de la responsabilidad subsidiaria, ya que no existe relación de dependencia ni tampoco la autorización para la utilización del arma, ya que la sentencia hace constar expresamente que Cristóbal cogió el arma sin autorización y aprovechando que su propietario no estaba en el domicilio.

En el caso de la STS, 2ª, 14.10.2002 tampoco se analiza la relación de dependencia existente entre padre e hijo, puesto que, pese haber considerado el domicilio como un establecimiento, el hijo puede pasar a ser considerado como un tercero a los efectos de la comisión del delito en el interior del establecimiento o bien, como realiza el TS, pasar a analizar el surgimiento de esta relación desde el punto de vista de la autorización para el uso del arma —ahora, sin embargo, en el marco del art. 120.5 CP que analizaremos más adelante—.

Por otro lado, en este caso no hace falta ya buscar otros fundamentos que nos permitan configurar de forma más clara el alcance del deber de control, ya que parece suficientemente claro que el uso de un arma de fuego en el interior de un establecimiento por parte de quien, además, se podría asimilar a un empleado, queda claramente incluido. Conforme a lo dicho, el TS puede limitarse a considerar que el padre (titular del establecimiento) no puede ser considerado ajeno a la conducta de su hijo consistente en *“una mal entendida defensa de la propiedad de la familia”*.

6. Las obligaciones reglamentarias de custodia del arma como fuente de responsabilidad subsidiaria

El art. 120 CP exige también una infracción de normas reglamentarias (reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad) para que el titular del establecimiento pueda ser declarado responsable subsidiario. No obstante, la norma infringida no debe ser estrictamente reglamentaria, ya que aquí el CP se está refiriendo al conjunto de normativa que regule la actividad del titular en su conjunto, cosa que puede incluir disposiciones de rango superior o inferior al reglamento. Y, además, la infracción de la norma se relaciona no directamente con la actividad sino con el delito que se haya cometido.

La infracción la debe haber cometido el propio titular del establecimiento o uno de sus dependientes o empleados, circunstancia que también parece estar clara en el caso de la STS, 2ª, 14.10.2002 al cometerla el propio titular. En cambio, en el caso de la STS, 2ª, 27.6.2003 no sabemos exactamente en qué apartado del art. 120 CP se examinan los deberes del titular, no del establecimiento (ya que aquí no se toman en consideración si los hechos tuvieron lugar en un establecimiento o no) sino del arma, pese a que se refiere, siguiendo la sentencia anterior tanto al art. 120.3, caso en que sería necesario explicar previamente la existencia de un establecimiento y la titularidad del mismo, como al art. 120.5 CP, a pesar de que ante la inexistencia de autorización descarta su aplicación.

En cualquier caso no se examinan las normas reglamentarias aplicables a los establecimientos o explotaciones agrícolas sino que se pasa directamente a las normas aplicables a la tenencia y custodia de armas de fuego, cosa que podemos entender ya que el reglamento infringido debe estar relacionado, según el art. 120.3 CP con el hecho punible cometido, de forma que éste no se habría producido sin la mencionada infracción.

En este caso la norma a tener en cuenta para integrar la negligencia del propietario del arma es el Reglamento de Armas (RD 137/1993, de 29 de enero) y concretamente su art. 144.1 a), que el TS considera no infringido en el caso del hermano y, en cambio, sí que lo considera infringido en el caso del padre.

El art. 144.1 a) del Reglamento de Armas no establece una serie de medidas o deberes concretos para la custodia de armas sino que se limita únicamente a establecer el deber de los poseedores de armas de: “guardarlas en lugar seguro y a adoptar las medidas necesarias para evitar su pérdida, robo o sustracción”.

Se trata, por tanto, de una norma genérica que será necesario interpretar en cada caso concreto para dar sentido a su posible infracción. En el caso del hermano, sin embargo, el TS no entra a valorar las condiciones de custodia del arma sino que parte de la inexistencia de la autorización para el uso del arma y del hecho de que su titular la tenía en su propio domicilio. La Audiencia (SAP Granada 17.1.2002) lo había completado haciendo referencia al hecho de que no era previsible que el hermano del titular infringiese la falta de autorización. El precepto no se centra en la existencia o no de autorización, elemento previsto sólo en el art. 120.5 CP.

Conforme a lo mencionado, parece que sería necesario un mayor desarrollo del razonamiento para poder juzgar en qué condiciones se puede considerar que se han infringido los deberes de custodia, ya que las circunstancias parecen bastante similares en ambos casos: el hermano guardaba el arma en su domicilio, teniendo especialmente en cuenta que pese a la ausencia de autorización el hermano pudo cogerla sin más, es decir, sin que el TS valore si el arma estaba en un lugar seguro o no y en qué circunstancias –arma cargada en el interior del domicilio y munición muy cerca– más aun cuando los hechos se asimilan a una sustracción del arma y, por tanto, entran más claramente en el supuesto previsto. En cambio, en el caso del padre, la norma se considera infringida, debido a que el arma estaba colgada en una pared de la habitación del padre, montada y la munición se guardaba en una mesita de la misma habitación, circunstancias bastante similares a las anteriores y que quizás podrían considerarse incluso irrelevantes, porque en este caso quien acaba cometiendo el delito parece que sí estaba autorizado para su uso.

7. Del riesgo generado por los vehículos a la imputación general por el uso de medios peligrosos

Aunque con lo que hemos dicho hasta ahora y, tal y como explicita la sentencia de 2002, la fundamentación de la responsabilidad se podría considerar suficiente, el TS también aplica el art. 120.5 CP para, de forma totalmente novedosa, buscar en la noción del riesgo un fundamento más con ánimo de declarar la responsabilidad subsidiaria del titular de una arma de fuego.

La STS, 2ª, 14.10.2002 y la reproducción parcial que de ésta hace la de 27.6.2003 suponen, en este sentido, una novedad jurisprudencial en la aplicación del art. 120.5 CP que hasta ahora se había centrado exclusivamente en supuestos derivados de vehículos siendo el principal problema el

alcance de la relación de dependencia pero sin que se conociese, hasta el momento, una interpretación extensiva a fin de hacer aplicable el supuesto previsto para los vehículos a otros instrumentos o medios que puedan generar un riesgo para terceros.

Así, tanto en la aplicación del anterior art. 22 CP –entre otras, SSTS, 2ª, 4.7 y 22.11.1980; 18.5 y 30.11.1981; 28.10.1982; 21 y 26.6 y 30.10.1983; 10.4.1985; 16.12.1986; 16.5.1988; 9.2, 22.5, 15.6 y 1, 4, 5 y 20.12.1989; 8.3, 10.7 y 19.10.1990; 21.2, 4.3, 24.4, 10.10 y 20.12.1991; 30.5.1992 - como del actual art. 120.5 CP – entre otras, SSTS, 2ª, 14.7.2000, 1.4 y 23.9.2002 y 19.12.2003.

La aplicación a un supuesto que no sea el de los vehículos es discutible ya que el art. 120 no contiene una cláusula general de responsabilidad por hecho ajeno y el art 120.5 prevé efectivamente el criterio del riesgo y la autorización para el uso, pero por más que se puedan realizar interpretaciones extensivas o incluso analógicas, el tratarse de una norma materialmente civil, lo limita a los titulares de vehículos y al riesgo generado en su utilización, concretando también que el delito se cometa en la utilización del vehículo y no en la de cualquier otro medio, por peligroso o generador del riesgo que pueda ser.

Sin embargo, en este sentido el TS afirma (F.D. 7º) que aunque el art. 120 CP no contenga una norma general de responsabilidad subsidiaria sino un listado de casos en los que ésta se puede apreciar, esto no impide que: *“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”*. Y, más adelante: *“ 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”*.

Y, en lo que respeta a la concreción del riesgo, el TS se acoge a una visión amplia afirmando: *“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”* (F.D. 7º).

El argumento es plausible pero se encuentra con la dificultad, como hemos dicho, de no estar incluido entre los previstos por el art. 120.5 CP. El TS tiene, entonces, dos posibilidades para alcanzarlo: la interpretación extensiva de la norma –que es el medio que utiliza- o bien la aplicación analógica, que menciona expresamente, aunque no desarrolle su argumentación, por más que a la práctica resulte difícil diferenciar si el TS está interpretando la norma con carácter extensivo o si está aplicando el procedimiento analógico.

Como hemos mencionado, el TS repasa los diferentes apartados del art. 120 CP. Así, debido a que en el supuesto no se dan los requisitos necesarios descarta los apartados 1 –padres y tutores respecto del hijo mayor de edad incapacitado con convivencia y sin negligencia- y 2 –titulares de medios de información-, aplica parcialmente el apartado 3 y, sin mencionar el apartado 4 que

siguiendo la argumentación podría ser también aplicable, pasa directamente a analizar el apartado 5.

Y, es en este momento cuando al interpretar el art. 120.5 CP, el TS da paso a una interpretación extensiva para considerarlo aplicable al supuesto de las armas de fuego. Así, afirma (F.D. 7º): *“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”*.

Como el mismo TS afirma, justo antes del párrafo transcrito, el tenor literal de la norma es claro. De acuerdo con esto podríamos pensar aplicando la máxima *“in claris non fit interpretatio”* que si la norma es clara no es necesario someterla a interpretación y, por otro lado, si pretendemos su aplicación analógica deberemos en todo caso respetar los requisitos del precepto que se está aplicando, lo que nos sugiere dudas la posible limitación del riesgo o bien su carácter absoluto.

El TS parte de la presunción de la autorización para el uso del arma, que según indica, el padre había realizado al hijo con carácter general, cosa que le permite considerar cumplida la parte final del art. 120.5 que limita los supuestos a los delitos o faltas cometidos por dependientes o representantes o por personas autorizadas. El hijo sería entonces una persona autorizada por su principal para utilizar un medio que siendo peligroso genera un riesgo. En el mismo sentido, y como ya hemos visto, el supuesto del hermano la falta de autorización hace inaplicable el precepto.

Las sentencias comentadas aportan también una novedad ya que fundamentan la existencia de responsabilidad únicamente, en lo que respecta a este punto, en la mencionada autorización sin tener en cuenta si esta autorización ha sido negligente, criterio que podría servir para complementar la atribución de responsabilidad subsidiaria y que ha sido utilizado anteriormente en casos similares en los que se había producido una cesión de una arma a un tercero.

Así, la SAP Tarragona 4.11.1998 fundamenta la responsabilidad en el hecho que la mujer de quien causó el daño había obtenido la licencia del arma después de que le hubiese sido denegada al marido y por más que la Audiencia se refiera al criterio del riesgo como superador de la culpa *in viligando* la solución parece mucho más próxima a una especie de fraude de ley y hace, en todo caso, una aplicación genérica del anterior art. 22 CP; y, en la SAP Zaragoza 14.3.1996 en el hecho que la cesión se hizo a una persona sin experiencia en el uso del arma y se invoca expresamente la culpa *in eligendo*.

En el mismo sentido se puede tener en cuenta que el criterio del riesgo tampoco se ha aplicado de manera tan generosa ni abierta en los múltiples casos de daños causados por agentes de policía con armas de fuego facilitadas por la Administración –ahora en el marco del art. 121 CP- donde por más que en los últimos años, y fundamentalmente, a partir de la STS, 3ª, 27.5.1987, se ha aceptado el criterio del riesgo o del incremento de un riesgo imputable a la forma de la organización del servicio público, la línea jurisprudencial no es constante y, además, existen límites basados en el uso estrictamente privado y en un ámbito íntimo o familiar del arma de fuego (en este sentido SSTs, 2ª, 8.5.1996 y 5.7.2002, y más recientemente STS, 1ª, 16.10.2003) que, por otra parte, se vinculan también para atribuir responsabilidad a la falta de medidas efectivas de control sobre el agente, cosa que implica una matización de la aplicación del criterio del riesgo con la reintroducción de la doctrina de la culpa *in vigilando* (en este sentido Acuerdo de la Sala 2ª del TS de 12.7.2002).

Por otra parte, el TS cae en la contradicción de tomar en consideración la autorización para el uso del arma, cosa que entendemos que no debería convertir directamente al titular en responsable civil subsidiario y tomar en consideración la supuesta vulneración de las obligaciones reglamentarias para poder considerar negligente su conducta.

Con esto la decisión se oscurece ya que no queda claro en qué se fundamenta el riesgo, ya que si realmente se trata de un riesgo generado por la utilización del arma de fuego esto no depende del cumplimiento de las obligaciones reglamentarias, pues precisamente la STS, 2ª, 14.10.2002 fundamenta el riesgo creado en la autorización del arma de fuego. En cambio, en la STS, 2ª, 27.6.2003, el riesgo que se analiza es el generado por la custodia del arma aunque al no considerarlo negligente el TS ya no entra a valorar su concreción en la utilización no deseada por parte de terceros.

Ambos criterios son de posible aplicación, pero parece claro que son aplicables a supuestos diferentes. Así, si el riesgo se genera por el incumplimiento de normas reglamentarias parece que la fundamentación de la responsabilidad subsidiaria es perfectamente posible debido a que el incumplimiento habrá incrementado de manera relevante el riesgo, el peligro que se deriva de la tenencia poco controlada de una arma de fuego y, en última instancia, encontraremos su fundamento en las obligaciones reglamentarias existentes.

En cambio, en el supuesto de la autorización se debería fundamentar de forma más clara si la simple autorización para el uso del arma comporta la responsabilidad civil subsidiaria de quien ha autorizado su uso para cualquier supuesto o bien si, como sucede en la mayoría de los casos, la responsabilidad sólo nace cuando el delito se comete en el ámbito derivado de la autorización (por ejemplo, un accidente de caza si la autorización era para cazar o en el ejercicio de sus funciones en el caso de los funcionarios de policía con la ampliación al riesgo derivado del servicio) o bien si podemos considerar que la autorización ha generado un incremento relevante del riesgo por alguna circunstancia especial.

8. La excepcionalidad del criterio del riesgo previsto por el art. 120.5 CP

Ambas sentencias comentadas prescinden del análisis sobre la posible negligencia del titular del arma en aplicación o mención del art. 120.5 CP, lo que supone que en la práctica se esté generando una nueva regla de responsabilidad civil subsidiaria que se fundamenta únicamente en la autorización para el uso de un medio que puede provocar un riesgo para un tercero.

Un criterio indudablemente amplio y que al prescindir, o dar por supuesta en el mejor de los casos, la negligencia propia de quien será declarado responsable civil subsidiario, parece que no encaje del todo bien en el sistema de responsabilidad civil subsidiaria del CP ni tampoco en el del CC. En este sentido, la interpretación conjunta del art. 120 CP no parece que permita generalizar una norma de responsabilidad fundamentada en el riesgo ya que esta fundamentación es excepcional dentro del precepto e interpretando concretamente el apartado quinto parece que su finalidad y espíritu no nos tendrían que permitir salirnos del supuesto de los titulares de vehículos ya que es precisamente el riesgo propio del tráfico lo que motivó la introducción de la norma en el CP 1995.

El carácter excepcional del art. 120.5 CP se puede deducir de la interpretación conjunta del resto de supuestos de responsabilidad subsidiaria establecidos en el mismo art. 120, y en los arts. 118.1 y 121 CP y 1903 y 1904 CC ya que en todos estos casos se parte, por más que se pueda interpretar en un sentido objetivizador, de la culpa o negligencia del responsable subsidiario, sea por un comportamiento propio en relación con el hecho que acabará causando el daño (art. 118.1 y 120.1 CP) o sea por una infracción de las normas que regulan la actividad a la que se dedica (art 120.2 – entendiendo aquí la negligencia como negligencia del medio-, 120.3 CP) o sea por una falta de control suficiente sobre el ejercicio de las funciones profesionales por parte del causante directo (120.4 y 121 CP).

Por otro lado, el art. 120.5 CP aparece también con una motivación especial, tal y como se puede comprobar siguiendo el proyecto legislativo del CP de 1995 y sus precedentes, ya que la norma del CP no hace nada más que completar las reformas legislativas que a todos los niveles se están produciendo en el ámbito de los accidentes de circulación, que constituyen una de las primeras causas de muerte en el conjunto del Estado. La previsión se incluye en el CP 1995 para dejar claro que el simple hecho de que el titular del vehículo no fuese el conductor en el momento del accidente no puede servir, sin más, para excluir su responsabilidad. En este sentido, la introducción del art. 120.5 en el CP 1995 viene a llenar y a clarificar la remisión que la legislación anterior ya hacía y que el art. 1.3 RD 7/2001 hace refiriéndose expresamente al art. 120.5 CP.

Así, la del art. 1.1 RD 632/1968, reproducido literalmente por el art. 1.1 de la Ley 30/1995 al establecer: “ (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”.

Pero, además, deberíamos tener en cuenta que la responsabilidad en este caso también tiene su norma específica: la responsabilidad será entonces subsidiaria y, además, no siempre fundamentada únicamente en el riesgo, pues se permite, ni que sea formalmente, la exoneración de responsabilidad cuando el titular pueda probar que su comportamiento fue diligente (art. 1.3 RD 7/2001 que prevé, como ya hacía el RD 632/1986 y la Ley 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 caso del propietario del arma también debería poderse tener en cuenta si lo que queremos es aplicar la misma norma.

En este sentido se puede afirmar que el TS hace algo que no le corresponde ya que en la medida que esta interpretación equivale a la creación de una nueva norma esta función le corresponde al legislador, el cual en su momento no incluyó el supuesto entre los previstos por el art. 120 CP el cual tampoco contiene una previsión más genérica sobre el efecto de autorización a un tercero para el uso de medios peligrosos.
