

LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN POR LOS DELITOS COMETIDOS POR MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

Alfons Surroca Costa*

Resumen

El presente trabajo analiza la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad. La policía necesita utilizar armas para llevar a cabo sus funciones de acuerdo con la Constitución y las leyes y, aunque ello, en una gran mayoría de ocasiones redundará en beneficio de toda la sociedad, en algunos supuestos concretos conlleva unos riesgos importantes. Se analiza, doctrinal y jurisprudencialmente, cómo responde la Administración pública en estos casos y en otros, como, por ejemplo, en delitos de torturas o detenciones ilegales, distinguiéndose según si los hechos ilícitos dañinos cometidos por los funcionarios policiales son en acto de servicio o fuera de él, puesto que, en este último supuesto, es más difícil concretar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración.

Palabras clave: Administración pública; policía; responsabilidad penal; Código Penal; responsabilidad civil subsidiaria; delito.

GOVERNMENT SUBSIDIARY CIVIL LIABILITY FOR CRIMES COMMITTED BY LAW ENFORCEMENT OFFICERS

Abstract

This paper analyses the government's subsidiary civil liability for crimes committed by law enforcement officers. The police need to use firearms to carry out their duties in line with the Constitution and the law but, although this is in society's interest in the vast majority of cases, there are some specific instances where substantial risks are involved. From the perspective of legal doctrine and case law, we analyse how the public authorities respond to these and other cases, of torture and illegal detention, for example, distinguishing between unlawful and wrongful acts that officers commit while on duty or not since, in the latter case, it is more difficult to specify the authorities' subsidiary civil liability.

Keywords: public authorities; police; criminal liability; Criminal Code; subsidiary civil liability; offence.

* Alfons Surroca Costa, profesor visitante de derecho civil, Universidad de Girona, Facultad de Derecho, c/ Universitat de Girona 12, 17071 Girona, surroca@elaw.udg.edu.

Artículo recibido el 15.04.2015. Evaluación ciega: 12.05.2015 y 7.09.2015. Fecha de aceptación de la versión final: 2.05.2016.

Citación recomendada: SURROCA COSTA, Alfons. «La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad». *Revista catalana de dret públic*, núm. 52 (junio 2016), p. 129-147, DOI: [10.2436/20.8030.01.70](https://doi.org/10.2436/20.8030.01.70).

Sumario

1 Introducción

2 Fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad

3 Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en acto de servicio

4 Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad fuera del servicio

Bibliografía

1 Introducción

Sin lugar a dudas, uno de los campos destacados en materia de responsabilidad de la Administración es el de los hechos ilícitos dañosos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad.¹ La policía necesita utilizar armas para llevar a cabo sus funciones y, aunque ello, en la gran mayoría de ocasiones resulta beneficioso para la sociedad, en algunos supuestos concretos conlleva unos riesgos importantes. Las armas de fuego son fáciles de usar, muy peligrosas y pueden causar daños irreparables.²

Debe destacarse que en España coexisten distintas policías que dependen ya sea de la Administración del Estado, la autonómica o la municipal. Aunque el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS)³ afirma que la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, contempla también la posibilidad de que las comunidades autónomas y las corporaciones locales participen en la mencionada función a través de sus propios cuerpos de seguridad, todo ello de acuerdo con lo establecido en los distintos Estatutos de Autonomía y en la propia ley.⁴ Si bien las diferencias funcionales y estatutarias entre las diferentes Administraciones que intervienen en la seguridad pública pueden llegar a ser relevantes, no lo son en cuanto a su régimen de responsabilidad.⁵ Este viene determinado en función de si el hecho ilícito dañoso cometido es o no constitutivo de infracción criminal. Si el hecho reviste caracteres delictivos, la responsabilidad civil de la Administración correspondiente se regirá por lo dispuesto en el artículo 121 del Código penal (CP). Se tratará, en consecuencia, de una responsabilidad civil subsidiaria. Por el contrario, si el hecho causante del daño no es constitutivo de ilícito penal, serán de aplicación las normas previstas en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC)⁶ y, por tanto, la Administración será responsable con carácter directo.⁷

Asimismo, y ello tanto si la pretensión indemnizatoria contra la Administración pública por los hechos ilícitos dañosos cometidos por un funcionario policial se ventila en sede penal como en sede contencioso-administrativa, deberá tenerse en cuenta también lo dispuesto en el artículo 5 LOFCS, puesto que dicho precepto contiene los principios básicos de actuación a los que debe someterse necesariamente la policía en sus intervenciones.

En los términos apuntados con anterioridad, tanto la jurisdicción penal como la contencioso-administrativa pueden conocer, en la actualidad, de las reclamaciones que se interpongan contra la Administración por los daños cometidos por policías. Sin embargo, conviene realizar un breve análisis histórico sobre esta cuestión, puesto que han existido notables variaciones en los últimos decenios.

Desde finales de la guerra civil española y hasta la década de 1970, los hechos ilícitos dañosos cometidos por miembros de la policía del Estado eran resueltos, mayoritariamente, por la jurisdicción militar.⁸ La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sólo podía pronunciarse cuando el hecho ilícito delictivo era cometido

1 Así, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pp. 495 y siguientes.

2 En este sentido, LLOVERAS FERRER, Marc-Roger. «Policías que disparan. Los daños causados por armas de fuego utilizadas por la policía». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2000), p. 1.

3 BOE, núm. 63 (14 marzo 1986).

4 Al respecto, ROCA GUILLAMÓN, Juan. «Comentario al artículo 121». En: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Comentarios al Código penal*. Tomo IV. Madrid: Edersa, 1999, p. 852.

5 Así lo afirma con acierto BARCELONA LLOP, Javier, «Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad». En: CASARES MARCOS, Ana Belén (coord.); QUINTANA LÓPEZ, Tomás; (dir.). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Tomo II. Valencia: Tirant lo blanch, 2009, pp. 1462 y 1463.

6 BOE, núm. 285 (27 noviembre 1992).

7 Téngase en cuenta lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público (BOE, núm. 236 [2 octubre 2015]).

8 La explicación se fundamentaba en el hecho de que el artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 afirmaba que «las Fuerzas Armadas de la Nación, constituidas por los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire y las Fuerzas de Orden Público, garantizan la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional» [la cursiva es del autor]. En consecuencia, ante cualquier hecho delictivo cometido por un policía del Estado, la jurisdicción competente era la militar.

por un agente de la policía municipal.⁹ En este período, las resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de daños causados por agentes de policía eran inexistentes.

Por el contrario, con la entrada de la democracia a partir de 1978 y hasta finales de la década de 1980, la jurisdicción contencioso-administrativa pasa a tener un papel predominante en esta materia, muy por encima del desempeñado por la Sala Segunda del Alto Tribunal.¹⁰ La postura de dicha Sala era, durante este período de tiempo y en materia de hechos dañosos delictivos cometidos por funcionarios policiales fuera del ejercicio de sus funciones, muy poco propensa a declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. El grupo de supuestos resuelto presentaba siempre las mismas características: miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que, de paisano y fuera de servicio, causaban lesiones o muertes estando con frecuencia bajo los efectos de bebidas alcohólicas. El argumento esgrimido por el Tribunal Supremo para este grupo de casos era siempre el mismo, esto es, que la infracción criminal no guardaba ninguna vinculación con la órbita más o menos elástica de las atribuciones conferidas a los funcionarios policiales, por lo que resultaba imposible declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.¹¹ Ni el hecho de utilizar el arma reglamentaria para cometer el delito, ni la solicitud de identificación por parte del agente de policía ni tampoco el hecho de acreditarse como tal eran argumentos suficientes para restablecer la relación del funcionario con el servicio público, con el consiguiente nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente.¹²

Por el contrario, a finales de la década de 1980, la Sala Penal del Tribunal Supremo adopta un criterio más flexible para poder declarar la responsabilidad subsidiaria de la Administración. De esta forma rompe con la anterior línea jurisprudencial, en líneas generales poco propicia a declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. Sin lugar a dudas, este cambio jurisprudencial facilitó que los afectados por actuaciones policiales acudieran a la vía penal para ventilar también en dicha sede la responsabilidad de la Administración titular del servicio policial. Así pues, la jurisprudencia de finales de la década de 1980 y principios de la de 1990, antes de adoptar definitivamente la teoría del riesgo, hacía una interpretación bastante flexible del concepto *acto de servicio* para, de esta forma, poder declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Un exponente de dicho cambio jurisprudencial puede verse en la STS (2.^a) de 22 de febrero de 1991 [RJ 1991\1349].¹³ Los hechos fueron en síntesis los siguientes: un policía en situación de franco de servicio y en evidente estado etílico observó a varias personas que le infundieron sospechas en el interior del bar donde se encontraba. En un momento determinado, el policía se acreditó como tal y solicitó la identificación a una de ellas. La persona requerida le afirmó que no llevaba ninguna documentación, pero que podía ir a buscarla a su casa ya que vive cerca del bar. El policía le comunicó su intención de detenerlo y solicitó refuerzos al 091. Acto seguido, el policía empezó a amenazar con su pistola reglamentaria a todos los clientes del bar, así como al dueño del mismo y al camarero. Asimismo los obligó a todos a situarse detrás de la barra, amenazándolos con matarlos. A continuación disparó contra el dueño del bar, que se encontraba de pie, y, al caer al suelo, intentó rematarlo, lo que no consiguió porque se le encasquilló el arma. El Tribunal Supremo declaró la responsabilidad civil subsidiaria del Estado con base en el argumento de que el policía no sólo se identificó como tal, sino que:

[...] procedió a realizar funciones propias de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad [tales como] solicitar la identificación, conminar con la detención y pedir refuerzos al 091 [...] por lo que el delito se cometió en relación con las obligaciones que aquél tenía encomendadas.¹⁴

9 Al respecto, BARCELONA LLOP, JAVIER. «El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica». *Revista de Administración Pública*, núm. 113 (1987), p. 132.

10 Puede verse un análisis comparativo sobre esta cuestión en CASINO RUBIO, Miguel. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 38 y siguientes.

11 Esta doctrina se encuentra, entre otras, en las SSTS (2.^a) de 11 de junio de 1981 [RJ 1981\2645], 23 de septiembre de 1982 [RJ 1982\4955], 30 de junio de 1983 [RJ 1983\3606], 18 de enero de 1984 [RJ 1984\34] y 11 de diciembre de 1984 [RJ 1984\6263].

12 Al respecto, CASINO RUBIO, Miguel. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, ob. cit., pp. 80 y siguientes.

13 La historia jurisprudencial sobre hechos ilícitos delictivos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad fue, durante el año 1991, realmente muy numerosa. En este sentido, y con abundante cita de jurisprudencia, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 327.

14 En parecidos términos, véase también la STS (2.^a) de 4 de marzo de 1988 [RJ 1988\1561].

2 Fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad

En la actualidad, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 CP, el hecho de que el agente del daño haya actuado en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas es, al igual que sucedía bajo la vigencia del anterior Código penal, un presupuesto necesario para la imputación de responsabilidad a la Administración frente al particular perjudicado. En concreto, el artículo 121 CP atribuye una responsabilidad civil subsidiaria al Estado por los hechos ilícitos dañosos cometidos por los penalmente responsables «de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados [...]».

En el específico supuesto de hechos ilícitos dañosos constitutivos de infracción criminal cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad es evidente que el requisito subjetivo exigido por el artículo 121 CP no ofrecerá, en la práctica, demasiada controversia. La condición de agente de la autoridad o funcionario público de un policía está fuera de toda duda.¹⁵

Sin embargo, no sucede lo mismo con el requisito objetivo. Para que pueda declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, el artículo 121 CP exige que la actuación del agente policial se haya producido «en el ejercicio de sus cargos o funciones» y «que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos». La necesidad de dicho requisito está plenamente justificada, puesto que, cuando el funcionario causante del daño actúa fuera del ejercicio de sus funciones, la Administración no puede controlar su actuación y, por tanto, no puede tampoco responder de ella.¹⁶ La imputación de responsabilidad a la Administración por la conducta lesiva de las personas a las que emplea se detiene, como no puede ser de otra manera, en los límites del servicio público, excluyéndose aquellas actividades que se realizan en un ámbito estrictamente privado.¹⁷

La cuestión estriba en determinar cuándo la actuación del funcionario policial se encuentra o no bajo la órbita de las funciones públicas. Respecto de esta cuestión, puede afirmarse, de manera general, que existen tres posicionamientos distintos, alguno de los cuales ya se ha apuntado con anterioridad.

Un primer modelo considera que el causante del daño actúa al margen del servicio público cuando la infracción penal cometida no guarda ninguna relación con las funciones atribuidas a los funcionarios policiales. Sería el caso de los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad estando fuera de servicio y, por ejemplo, bajo la influencia de bebidas alcohólicas. En este caso, se considera que la actuación del policía es totalmente ajena a la órbita pública y que, por tanto, no puede conllevar, de ningún modo, la declaración de responsabilidad de la Administración correspondiente. Según este primer posicionamiento, el funcionario policial habría actuado como un particular y, aunque para la comisión del delito utilizara, por ejemplo, su arma reglamentaria, ello no determinaría el nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. En los términos explicados con anterioridad, este fue el criterio mantenido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante la década de 1980 al considerar que no procedía la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado en los supuestos de daños causados por policías fuera de

15 Mayores problemas pueden plantearse cuando se ejercen privadamente funciones de seguridad ciudadana. Véase sobre esta cuestión, ROCA GUILLAMÓN, Juan. «Comentario al artículo 121», ob. cit., pp. 854 y 855.

16 Por ello, resulta curiosa la STS (2.ª) de 31 de marzo de 1997 [RJ 1997\2518] que declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por un guardia civil que, en el curso de una discusión privada, quemó un camión. El Tribunal Supremo fundamenta la condena al Estado al considerar que «aunque es bien cierta la desvinculación del condenado con todo acto de servicio de armas en el momento de ocurrencia de los hechos, no debe olvidarse que sus inmediatos superiores de la Comandancia de la Guardia Civil, a la que estaba afecto, tenían que conocer por fuerza sus notorias dificultades de adaptación al destino que desempeñaba en Cataluña, su añoranza de su tierra murciana, sus momentos de profunda tristeza por estar separado de sus padres y amigos, sus tensiones e irritabilidad, que se acentuaban con el consumo de alcohol [...]». Es evidente que, en este caso, en que el propio Tribunal declara que no existe ninguna vinculación entre el hecho ilícito y el funcionamiento de los servicios públicos, la condena del Estado como responsable civil subsidiario resulta excesiva.

17 Sobre esta cuestión, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. II. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 407 y siguientes. Para dichos autores, lo realmente importante para declarar la responsabilidad de la Administración correspondiente es, también en los supuestos de hechos ilícitos delictivos, que el daño resultante se presente externamente como expresión del funcionamiento del servicio público.

servicio. Según mi parecer, este posicionamiento, hoy en día ya superado, parte de un criterio demasiado restrictivo del concepto de servicio público.¹⁸

Un segundo modelo declara la responsabilidad civil subsidiaria por hechos delictivos cometidos por funcionarios policiales que se encuentran fuera de servicio, cuando hay algún elemento que permite que renazca la vinculación con el servicio público. Al respecto pueden diferenciarse dos supuestos de hecho.

Por un lado, habría un primer grupo que comprendería aquellos casos en que existe, por parte del causante del daño, una actuación que puede entenderse inmersa dentro de la órbita de las funciones públicas. Se considera que, cuando el funcionario policial realiza determinados actos que permiten entrever su condición de agente de la autoridad, deja de actuar como un particular para producir nuevamente la conexión con el servicio público; y ello a pesar de que se encuentre fuera de servicio y de que se extralimite en sus funciones. De esta manera, actos tales como reclamar la identificación, conminar con la detención o solicitar refuerzos son actividades que se enmarcan plenamente dentro de un acto de servicio. Puede considerarse también que la apariencia fraudulenta del causante del daño de actuar en el ejercicio de sus funciones cuando realiza los actos anteriormente citados implica que la Administración sea considerada como responsable civil subsidiaria por los hechos ilícitos delictivos cometidos.¹⁹

En cualquier caso, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, desde la década de 1990, declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los hechos ilícitos delictivos cometidos por funcionarios policiales, aunque estén fuera de servicio, si la actuación que han realizado se incluye dentro de las funciones que pueden considerarse como propias de los agentes de la autoridad.²⁰ Como puede observarse, y en comparación con el modelo anterior, se produce una notable expansión del concepto de acto de servicio.²¹

Por otro lado, existe un segundo grupo de supuestos en los que el funcionario policial, aun encontrándose fuera de servicio, decide intervenir al apreciar unos hechos que objetivamente reclaman su intervención, aun excediéndose de sus funciones y constituyendo su actuación un hecho ilícito delictivo. Así, es absolutamente incuestionable que en los casos en que un agente policial presencia un robo o una agresión o cualquier otra conducta delictiva surge su deber legal de intervenir, pero si no ajusta su actuación al principio de proporcionalidad, y esa es constitutiva de una infracción criminal, nacerá la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente, ya que, en estos casos, la intervención del funcionario policial se inserta plenamente en el ámbito de las funciones que tiene encomendadas de protección y garantía de la seguridad ciudadana y el orden público. Por tanto, si un policía presencia una conducta delictiva, aunque esté fuera de servicio, surge su deber de actuación y, en consecuencia, se produce otra vez la conexión con el servicio público. Una vez pueda acreditarse que la actuación del funcionario se inserta en el ámbito de las funciones públicas, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, si la actuación del agente es constitutiva de delito, es inevitable.²² En estos casos se considera que existe una relación de causalidad entre el comportamiento del funcionario policial y la actuación productora del daño, que no se desvincula de su deber

18 En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *La responsabilidad civil ex delicto*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 173.

19 Como es sabido, la doctrina civil de la apariencia es un criterio que se utiliza, principalmente, en los casos de atribución de responsabilidad civil a las entidades bancarias o empresas por los daños derivados de delitos cometidos por empleados que falsifican documentos, cometen estafas o desvían el dinero de los clientes para finalidades particulares. En estos supuestos, se considera que, cuando el auxiliar crea de manera fraudulenta la falsa impresión que actúa por cuenta del principal, y terceros de buena fe confían en dicha apariencia, debe considerarse que el empresario es responsable civil frente a los terceros por los daños cometidos por el empleado. Sobre esta cuestión véase, SOLÉ FELIU, Josep. *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*. Madrid: Editorial Reus, 2012, pp. 116 y siguientes.

20 Recientemente pueden verse las SSTS (2.ª) de 29 de marzo de 2006 [RJ 2006\2239], 23 de abril de 2009 [RJ 2009\3073] y 4 de diciembre de 2009 [RJ 2010\2025], que declaran la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por diversos delitos de detención ilegal cometidos por agentes de policía fuera de servicio. Sobre la cuestión penal, véase BOLEA BARDON, Carolina; ROBLES PLANAS, Ricardo. «La tipicidad de las detenciones ilegales policiales. Revisión crítica de la aplicación jurisprudencial de los arts. 167 y 530 del Código Penal». *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4 (2006).

21 Con el primer modelo, estos actos no implicaban necesariamente que del hecho ilícito dañoso respondiera la Administración como responsable civil subsidiaria, ya que lo único que se valoraba era el hecho de si el funcionario policial actuaba, en el momento de la comisión del delito, en un ámbito estrictamente particular o no. Al respecto, CASINO RUBIO, Miguel. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, ob. cit., p. 96, en particular nota 38.

22 Al respecto, CASINO RUBIO, Miguel. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, ob. cit., pp. 86 y siguientes.

de intervenir como agente de la autoridad, y ello, en los términos explicados, conlleva la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración competente.²³

Por último, y como tercer criterio, debe señalarse que, también desde la década de 1990 y en paralelo con el modelo anteriormente descrito, se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los hechos ilícitos delictivos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad fuera de servicio, pero con el arma reglamentaria, con base en el elevado riesgo que conlleva autorizar a los funcionarios policiales el uso de armas de fuego cuando no se encuentran de servicio.²⁴ Se parte de un criterio de imputación según el cual la Administración debe responder por el hecho de que, en la organización de un determinado servicio, se opte por una solución de la que se deriva la creación de un riesgo importante.²⁵ El servicio público de seguridad puede organizarse de varias formas, pero es indiscutible que otorgar la posibilidad de que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad puedan llevar el arma reglamentaria, con independencia de que se encuentren o no de servicio, implica unos riesgos. Cuestión distinta será determinar en qué medida debe responder la Administración por la creación de este riesgo.

Antes de entrar a analizar cómo opera la mencionada teoría cuando el hecho ilícito reviste caracteres de delito, conviene apuntar que la doctrina administrativista considera que los daños creados por determinados riesgos generados por la Administración deben ser imputados a esta, no solo con base en el criterio general del funcionamiento normal de los servicios públicos, sino también de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 121 Ley de Expropiación Forzosa (LEF) y 139 y siguientes de la LRJPAC, así como el propio artículo 106.2 CE. Dichos preceptos se limitan a excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños que derivan de fuerza mayor, precisión que indica que los casos fortuitos quedan a cargo de la Administración titular del servicio o actividad en cuyo marco se producen.²⁶

También la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido. La STS (3.ª) de 8 de febrero de 2005 [RJ 2005\1661] declara la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por un policía nacional que, franco de servicio, causa lesiones a la salida de una discoteca con el arma reglamentaria. Instruido el correspondiente proceso penal, este termina con sentencia absolutoria por prescripción del delito. Intentada la vía administrativa, la Audiencia Nacional desestima el recurso interpuesto contra la resolución ministerial que había rechazado la pretensión indemnizatoria. Sin embargo, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto al considerar que:

[...] lo primero que resalta en el acontecer que concluyó con las lesiones del demandante es que un policía nacional, que de madrugada estaba divirtiéndose, fuera portador de su arma reglamentaria, siendo este, con toda evidencia, el elemento determinante del final luctuoso del suceso. Sin entrar en el examen de la razón de oportunidad que aconseja al Estado organizar a sus Cuerpos de Seguridad de manera que los miembros pertenecientes a los mismos puedan portar las armas reglamentarias aun cuando estén fuera de servicio, lo cierto es que se trata de un sistema organizativo del que resultan gravísimos riesgos [...]. Ahora bien, si a pesar de ello el sistema se mantiene, ha de presumirse que se debe a que la Administración entiende que el funcionamiento global del servicio así lo exige y consecuentemente debe de asumir el hacerse cargo de la responsabilidad por los resultados lesivos o dañinos de los hechos en los que concurra como factor esencial la forma en que ha considerado necesario organizar el servicio, porque en definitiva tales resultados serán imputables a su funcionamiento.²⁷

La jurisprudencia penal, en consonancia con los pronunciamientos de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo, también acepta la teoría del riesgo como un criterio de imputación de la Administración por los hechos ilícitos delictivos causados por agentes de policía con el arma reglamentaria. El principio de

23 Véase ROCA GUILLAMÓN, Juan. «Comentario al artículo 121», ob. cit., p. 853.

24 En este sentido, GARCÍA VICENTE, F. [et al.]. *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 242.

25 Así, BUSTO LAGO, José Manuel. «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas». En: REGLERO CAMPOS, L. Fernando; BUSTO LAGO, José Manuel (coords.). *Tratado de Responsabilidad civil*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 1983 y 1984.

26 Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho administrativo, II*, ob. cit. p. 409. Según dichos autores, el supuesto del daño producido por actualización de un riesgo creado por la Administración en su propio interés es el único caso de una responsabilidad patrimonial de la Administración estrictamente objetiva.

27 En idénticos términos se pronuncia la STS (3.ª) de 19 de julio de 2001 [RJ 2001\8018].

creación del riesgo se relaciona con la forma de gestionar el modelo de seguridad pública y, por tanto, se sitúa en el mismo criterio de imputación que se establece para el sistema de responsabilidad patrimonial previsto en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.²⁸

Una de las primeras ocasiones en que se aplica la teoría del riesgo, por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es en la STS (2.^a) de 21 de diciembre de 1993 [RJ 1993\9589] donde se afirma que:

[...] esta obligación [se refiere a la de portar armas y de estar de servicio permanente] comporta la creación de un peligro, ciertamente permitido, pero cuyos excesos por parte del funcionario no pueden ser desconectados del ámbito de responsabilidad de la Administración. En efecto, es indudable que en la medida en la que la Administración crea un riesgo prácticamente incontrolable, pues lo pone en manos de personas que pueden actuar más allá de los límites del peligro permitido, sin estar sometidos a ninguna medida de seguridad de parte del Estado, es indudable que también debe responder por tales excesos, implícitos en el riesgo creado. Consecuentemente, una limitación a los daños causados por los agentes en actos de servicio carecería de todo fundamento, pues el riesgo creado va mucho más allá y el principio es que se debe responder por el peligro que se crea.

Como puede observarse, la Sala Penal del Tribunal Supremo establece que la Administración debe responder de los daños causados por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad con el arma reglamentaria, estén o no de servicio, ya que la posibilidad de que puedan llevar armas de fuego de forma permanente deriva directamente del funcionamiento de los servicios públicos.

Sin embargo, se ha sugerido que si la Administración debe responder de todos los hechos ilícitos realizados por policías con el arma reglamentaria, con independencia de si en el momento de los hechos se encuentran o no en el ejercicio de sus funciones, entonces también debería responder, por ejemplo, de los daños causados por particulares a los que la Administración ha autorizado a portar armas de fuego.²⁹ Dicho posicionamiento no puede compartirse. Para que se produzca el nacimiento de responsabilidad de la Administración, es indispensable, en los términos comentados, que la lesión causada sea una consecuencia derivada directamente de la prestación de un servicio público. Cuando la Administración autoriza a un particular, por ejemplo, un cazador o un guarda privado, a utilizar armas, ello no significa que la Administración deba responder de todos los hechos ilícitos dañosos causados por la utilización de dicho instrumento.³⁰ Lo realmente determinante para atribuir responsabilidad a la Administración es que exista un funcionamiento de los servicios públicos.

En el supuesto de la licencia de armas que pueda otorgarse a un cazador o a un guarda privado, el servicio público termina con el otorgamiento de la mencionada licencia. La Administración competente no puede ser responsable de los daños que se produzcan con el arma a partir de este momento ya que, a mi modo de ver, falta la necesaria relación de causalidad entre la acción y el daño causado.³¹ Cuestión distinta podría ser, por ejemplo, si el cazador obtuviere el permiso para adquirir el arma de fuego sin cumplir, en el momento de obtenerlo, con los requisitos de salud mental fijados en la normativa administrativa. En este caso, aunque la conducta del cazador fuera delictiva, al no tener la condición de funcionario público, en ningún caso podría aplicarse el artículo 121 CP, pero podría quedar expedita la vía para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en aplicación de los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.

Como se ha afirmado con acierto, la responsabilidad de la Administración por daños causados por actividades autorizadas por ella puede que esté justificada cuando dicha autorización se ha concedido de forma irregular, y ello particularmente cuando se trata de actividades peligrosas, como armas de fuego o explosivos. En cambio, aplicar dicho criterio cuando la Administración pública ha cumplido escrupulosamente con la

28 Así lo afirma con acierto, CASINO RUBIO, Miguel. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, ob. cit., pp. 107 y 108.

29 Véase, BUSTO LAGO, José Manuel. «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», ob. cit., pp. 1984 y 1985.

30 Véase, CASINO RUBIO, Miguel. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, ob. cit., p. 117, en nota 77.

31 Como se ha señalado con acierto, el tema de la relación de causalidad está lleno de dificultades y ello es así particularmente en los supuestos en que la responsabilidad prescinde del elemento de la culpa. Cuando el mecanismo de imputación descansa sobre la mera titularidad de un servicio o actividad o con base en la teoría del riesgo, en numerosas ocasiones, la negación del requisito de la causalidad sirve de pretexto para desestimar la pretensión indemnizatoria, pero también es cierto que, en muchas otras ocasiones, sencillamente falta el nexo causal para determinar que una actividad es la causa de la lesión. Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho administrativo. II.*, ob. cit., pp. 412 y 413.

normativa de aplicación resulta excesivo. De no interpretarse así, aquella se convertiría en una especie de aseguradora universal de todos los riesgos, lo que no parece que sea una solución aceptable.³²

Por las razones expuestas, muy distinto es el particular supuesto de daños causados por funcionarios policiales con el arma reglamentaria. No debe olvidarse que el artículo 5.4 LOFCS afirma que los funcionarios de policía «deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana».

Precisamente por este motivo se les permite que puedan llevar el arma reglamentaria cuando no se encuentren de servicio, para facilitar que puedan actuar en todo momento en defensa de la ley y de la seguridad.³³ Pero no puede negarse que optar por este criterio es una forma de organizar el servicio público de seguridad, que si bien es cierto que en una gran mayoría de ocasiones beneficiará a la ciudadanía, en algunas otras tendrá consecuencias dañosas.³⁴

En cualquier caso, de lo anteriormente expuesto, parece razonable entender que los hechos ilícitos dañosos cometidos por policías con el arma reglamentaria son una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos y, por tanto, los daños causados deben ser asumidos por toda la sociedad.

3 Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en acto de servicio

Cuando la actuación ilícita de las fuerzas de seguridad se produce en acto de servicio, es decir, en el transcurso de las funciones encomendadas, aparte de la responsabilidad penal y civil del encausado, ello puede determinar también el nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración.³⁵ Como se ha afirmado con acierto, en general, no habrá dudas sobre la responsabilidad de la Administración cuando el daño se produzca mientras el policía se encuentre de servicio.³⁶ La actuación delictiva de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad que se realiza con ocasión o durante el servicio determina la condena de la Administración como responsable subsidiario.³⁷

Así, por ejemplo, parece clara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por un delito de abusos sexuales cometidos por un policía nacional que, de servicio y con el uniforme reglamentario, mantiene relaciones sexuales no forzadas con una detenida extranjera y embriagada que se encontraba en los calabozos de una comisaría.³⁸

Asimismo, no presenta tampoco ninguna duda el supuesto resuelto en la STS (2.ª) de 27 de noviembre de 2006 [RJ 2006\8242], donde se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por un delito de lesiones cometido por un policía nacional que, una vez detenido un delincuente tras una persecución a pie, le golpea la cabeza contra el pavimento en dos ocasiones, lo que le causa lesiones de distinta consideración. En parecidos términos, la STS (2.ª) de 30 de diciembre de 2010 [RJ 2011\1437] declara la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Madrid por las lesiones causadas por dos policías municipales contra un detenido que estaba ingresado en los calabozos de comisaría.³⁹

32 En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)». En: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio. *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 453.

33 En este sentido, BARCELONA LLOP, Javier. «Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», ob. cit., p. 1488.

34 Así, BERMEJO VERA, José. *Derecho Administrativo. Parte especial*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2009, pp. 1231 y 1232.

35 Al respecto, BARCELONA LLOP, Javier. «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales». *Documentación Administrativa*, núm. 237-238 (1994), p. 380.

36 Así lo afirma, CASINO RUBIO, Miguel. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, ob. cit., pp. 79 y 80.

37 Véase ROCA GUILLAMÓN, Juan. «Comentario al artículo 121», ob. cit., p. 854.

38 Tal es el supuesto de hecho contemplado en la STS (2.ª) de 16 de noviembre de 2011 [JUR 2011\428426]. Un caso parecido puede verse en la STS (2.ª) de 19 de febrero de 2003 [RJ 2003\2504].

39 Parecidamente, véase la STS (2.ª) de 3 de julio de 2009 [RJ 2009\4353], donde se declara la responsabilidad civil subsidiaria

En la STS (2.^a) de 23 de noviembre de 2011 [JUR 2011\434276] se declara, también de forma acertada, la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat de Catalunya por un delito de detención ilegal cometido por dos mossos d'esquadra que, en el momento de los hechos, se encontraban igualmente en el ejercicio de sus funciones.⁴⁰

En todos los supuestos enumerados es clara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. La infracción criminal se ha producido por parte de un policía que, en el momento del hecho ilícito dañoso, se encontraba en el ejercicio de sus funciones. Se ha afirmado que todas las sentencias que tratan la cuestión de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en supuestos de delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad estando de servicio contienen un pronunciamiento condenatorio para la Administración.⁴¹ Sin embargo, ello no es tan fácil de determinar.

Debe destacarse que, a pesar de lo que pueda parecer a primera vista, no siempre que el delito se cometa durante o con ocasión del servicio por parte de un funcionario policial ello determina de forma tan clara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente. Por ejemplo, la STS (2.^a) de 16 de junio de 2004 [RJ 2005\2165] declara, en contra del criterio establecido por la Audiencia, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por un delito de acoso sexual cometido por un inspector de policía respecto de una subordinada. En concreto, el inspector requería a la perjudicada para que mantuviera relaciones sexuales con él y, a cambio de acceder a sus deseos, ella obtendría más días de descanso, permisos, facilidades para ascender, así como otras ventajas similares. La Audiencia condenó al acusado por un delito de acoso sexual a las penas correspondientes con obligación de indemnizar a la víctima en 3000 euros, pero exoneró a la Administración de cualquier responsabilidad civil subsidiaria. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, al considerar que la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración era clara ya que:

[...] del análisis de la sentencia se comprueba cómo los actos delictivos ejecutados por el acusado se desarrollaron dentro de la relación de servicio. La víctima era subordinada y el acusado condicionó la obtención de beneficios profesionales (vivir mejor en el grupo, más descansos, facilidades para ascender, dietas de salidas, servicios en fines de semana, etc.) al mantenimiento de relaciones sexuales, amenazando que, en caso de negativa, soportaría todas las consecuencias negativas en el servicio que desarrollaba. La relación delictiva no fue externa o paralela a la relación de subordinación jerárquica, como se desprende, no sólo de los hechos probados, sino de las manifestaciones fácticas que se realizan en la fundamentación jurídica de la sentencia [...]. En nuestro caso, el cometido funcional del acusado, como jefe de la unidad, hacía referencia a un conjunto de facultades gubernativas y de organización en el desarrollo del servicio, fundamentales para el éxito del mismo y fue en ese marco de relaciones orgánico-gubernativas donde se generó y desarrolló el comportamiento delictivo.⁴²

En este caso, la infracción criminal se realiza, principalmente, cuando los policías se encuentran dentro de su horario laboral, y parece claro que el inspector se aprovecha de su jerarquía para cometer el delito.⁴³ La

del Ayuntamiento de Parla (Madrid) por varios delitos de lesiones cometidos por dos agentes municipales que, en el ejercicio de sus funciones y también en el transcurso de una persecución, propinaron al detenido golpes que le ocasionaron lesiones de importante consideración. Asimismo, en la STS (2.^a) de 17 de diciembre de 2003 [RJ 2003\9333] se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Madrid por las lesiones causadas por un policía municipal que, tras detener a un individuo y facilitarle este datos inexactos acerca de su identidad, le propinó un cabezazo en la cara, así como un puñetazo y un golpe en la cadera con su defensa reglamentaria. Más recientemente, la SAP, Alicante, de 15 de enero de 2014 [JUR 2014\188855] determina la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Aspe por el trato vejatorio cometido por tres policías municipales a un detenido.

40 Respecto de otro supuesto de detención ilegal, véase la STS (2.^a) de 15 de junio de 2001 [RJ 2001\6254].

41 Así lo afirma, CASINO RUBIO, Miguel. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, ob. cit., pp. 97 y 98.

42 Un supuesto prácticamente idéntico puede verse en la SAP, Madrid, de 17 de mayo de 2011 [JUR 2011\184812]. En ella se declara también la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por un delito de acoso sexual cometido por un comisario principal del Cuerpo Nacional de Policía contra una inspectora. La declaración de responsabilidad civil subsidiaria se fundamenta en el hecho de que el acusado es un funcionario público «que cuando cometió el delito estaba en el ejercicio de sus funciones, que el delito se cometió en el marco de las funciones propias de su profesión, que utilizando de forma indebida su función pública (aprovechándose de la misma) cometió el grave delito enjuiciado en la presente resolución, y que pudo realizar esta actividad ante la falta de vigilancia por parte de la Administración de la que dependía».

43 Respecto a la comisión de un delito durante el horario laboral, la STS (2.^a) de 3 de diciembre de 1991 [RJ 1991\8965], relativa a un guardia civil que asesina a un compañero suyo, afirma que la responsabilidad civil subsidiaria se origina «cuando el funcionario actúa al servicio de la Administración durante la jornada laboral que le liga a un determinado organismo público».

duda estriba en si dicha actuación es suficiente por sí sola para determinar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración o si, por el contrario, la actuación del inspector debe considerarse como estrictamente personal o con finalidades exclusivamente particulares, en cuyo caso, debería exonerarse a la Administración de cualquier responsabilidad civil.⁴⁴

Como se ha apuntado con anterioridad, la cuestión de cuál tiene que ser la relación existente entre el acto ilícito del funcionario y las tareas que la Administración le ha encomendado para que proceda la responsabilidad civil de esta última es de difícil solución.⁴⁵ Con todo, en el supuesto que se analiza, parece acertado el criterio establecido por el Tribunal Supremo al declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración.⁴⁶ Es cierto que el funcionario es condenado por un delito de acoso sexual, lo que, *a priori*, puede considerarse como un hecho ilícito totalmente ajeno a las tareas encomendadas a un policía, pero este no debe ser el único motivo analizado. Para determinar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes en su conjunto. La infracción criminal se cometió por parte de un superior directo de la perjudicada. Esta circunstancia fue utilizada por el acusado, precisamente, para exigir las relaciones sexuales a cambio de ciertas ventajas en el puesto de trabajo. Todo ello en un cuerpo policial jerarquizado y dentro del horario laboral. Por estas razones, no puede considerarse que el delito se haya cometido en un ámbito estrictamente particular.⁴⁷ A pesar de existir una evidente extralimitación del funcionario, debe convenirse que hay una conexión con el servicio público y, si ello es así, debe declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración.⁴⁸

Lo anterior no significa que la Administración pública deba responder de todos los delitos contra la integridad sexual que se produzcan en el ámbito del trabajo. En mi opinión, debería excluirse la responsabilidad civil subsidiaria en aquellos supuestos en que la acción delictiva se hubiera cometido con total extralimitación de las funciones encomendadas. Por ejemplo, en el caso anteriormente comentado, puede convenirse que si el delito cometido por el superior policial fuera una violación, ello debería excluir la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración toda vez que, entre las funciones encomendadas al funcionario causante del hecho ilícito dañoso y el delito, no puede apreciarse ninguna relación. En cambio, si el funcionario comete un delito de acoso sexual, es claro que, en los términos apuntados, existen toda una serie de circunstancias que permiten relacionar la actuación del empleado público con el desempeño de sus obligaciones o servicios.

Otro supuesto dudoso en el que se plantea la existencia de responsabilidad civil del Estado por actos cometidos por funcionarios durante la jornada laboral puede verse en la STSJ, de Andalucía, de 14 de diciembre de 2006 [JUR 2007\222570]. En ella se exonera de responsabilidad civil subsidiaria al Estado por el homicidio imprudente realizado por un sargento del ejército contra el dueño de un bar.⁴⁹ Lo sorprendente de la decisión es que el suboficial cometió el delito bajo la influencia de bebidas alcohólicas, dentro de su horario profesional y vestido con el reglamentario uniforme, aunque bien es cierto que utilizando su arma particular.⁵⁰ La exoneración de responsabilidad civil del Estado se fundamenta en que «al salir el acusado

44 Como puede verse en supuestos como el comentado, no siempre que el hecho ilícito dañoso se cometa durante la jornada laboral del funcionario es clara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. En contra, BARCELONA LLOP, Javier. «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», ob. cit., p. 380.

45 Como es sabido, igual problemática se plantea también en relación con la responsabilidad civil subsidiaria del empresario por los hechos ilícitos dañosos cometidos por sus empleados en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Así, MARTÍN CASALS, Miquel. «La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual». En: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. Murcia: Editum, 2011, pp. 71 y siguientes.

46 Más evidente es el supuesto contemplado en la STS (5.ª) de 23 de octubre de 2007 [RJ 2008\662], donde se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los tocamientos reiterados que realiza un teniente del Ejército sobre varias soldados con el pretexto de pesarlas o de corregirles determinadas posiciones en el transcurso de unos entrenamientos. En este caso, puede afirmarse que el acusado, aun extralimitándose en sus tareas, está actuando en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

47 En mi opinión, y por las razones comentadas, el mismo criterio debe operar en el ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria del empresario. Así lo afirma la SAP, Jaén, de 18 de mayo de 2011 [ARP 2011\1007].

48 Véase, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago. *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 289.

49 La mencionada sentencia es confirmada íntegramente por la STS (2.ª) de 3 de julio de 2007 [RJ 2007\3655].

50 Sin embargo, el hecho de utilizar un arma reglamentaria o particular en la causación del daño no puede erigirse en un elemento decisivo para imputar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente. Deberá valorarse, sobre todo, el

hacia el bar en que se perpetraron los hechos, encontrándose de servicio, no actuaba dentro de las funciones propias que, como inherentes a su obligación, desempeñaba». Es innegable que el hecho de que un militar se encuentre bajo la influencia de bebidas alcohólicas dentro de su horario laboral denota una falta de control, impropia de una institución militar, que necesariamente determina un funcionamiento anormal del servicio público. En consecuencia, y a mi modo de ver, el hecho ilícito cometido por el suboficial debía conllevar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado prevista en el artículo 121 CP.

Con todo, debe destacarse que pronunciamientos como el comentado suponen una excepción a la regla general, sentada por nuestra jurisprudencia, que declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente cuando los hechos ilícitos dañosos son causados por funcionarios que se encuentran de servicio.

4 Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad fuera del servicio

Mucho más dudoso se plantea el supuesto de daños causados con el arma reglamentaria por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad cuando se encuentran francos de servicio. Debe recordarse que el artículo 121 CP exige, para que pueda declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, que la actuación delictiva del funcionario, además de ser una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos, se haya cometido «en el ejercicio de sus cargos o funciones», ya que la Administración no debe responder de los actos que realiza un empleado público con total desconexión del servicio.⁵¹ Por esta razón, el caso de daños causados por policías con el arma reglamentaria y fuera de servicio debe, a la vez, subdividirse en dos supuestos.

Por un lado, existen los hechos ilícitos dañosos causados con el arma reglamentaria estando el funcionario franco de servicio, pero existiendo, además, por su parte una serie de actos que permiten nuevamente conectar su comportamiento con el servicio público. Si el policía se encuentra fuera de servicio, pero en el curso de su infracción delictiva realiza determinadas actuaciones tales como pedir la identificación o proceder a la detención de un ciudadano, dichos actos se enmarcan nuevamente en el funcionamiento de los servicios públicos ya que, en los términos comentados, el artículo 5.4 LOFCS establece que el funcionario policial deberá intervenir siempre, se hallare o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad pública. Ello no puede entenderse en el sentido de intervenir siempre con la condición de que la actuación sea lícita, porque entonces no tendría sentido el propio artículo 121 CP que establece una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por delitos cometidos por sus funcionarios. Si estos realizan alguna de dichas conductas u otras análogas que restablecen la conexión con el servicio público, aunque el policía se encuentre fuera de servicio, ello debe conllevar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente.

Si un policía, aunque se extralimite en sus funciones, e incluso aunque su actuación sea constitutiva de una infracción criminal, ordena a una persona que se identifique o la acompañe a comisaría, surge el deber legal del ciudadano de realizar aquella conducta que se le pide; y ello es así precisamente por el hecho de que el funcionario policial no está actuando como un particular, sino como un empleado público, aunque evidentemente con una extralimitación en sus funciones. Es el propio sistema de organización del servicio público el que permite que, en algunos casos, estas extralimitaciones puedan producirse; y, cuando así sucede, ello debe conllevar la condena de la Administración como responsable civil subsidiaria.

Un ejemplo de lo comentado puede verse en la STS (2.^a) de 19 de septiembre de 2003 [RJ 2003\7700]. En ella se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por un policía nacional fuera de servicio. En concreto, el funcionario policial se encontraba en su domicilio particular cuando, fruto del ruido que provocaba la moto de un repartidor de pizzas, salió a la ventana para recriminar la actitud del motorista y otros jóvenes que se concentraron a su alrededor. Comoquiera que la discusión se acaloró, el acusado bajó a la calle vestido de paisano, portando el arma reglamentaria, y se dirigió hacia los jóvenes

hecho de que el daño causado sea una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. Así, CASINO RUBIO, Miguel. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, ob. cit., pp. 72 y 73.

51 Véase YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. «La responsabilidad civil en el proceso penal». En: REGLERO CAMPOS, L. Fernando; BUSTO LAGO, José Manuel (coords.). *Tratado de Responsabilidad civil*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 1134.

diciéndoles que era policía y solicitándoles la documentación.⁵² En un momento determinado, el policía efectuó un disparo intimidatorio que impactó en una pared próxima sin causar daños físicos a ninguna de las personas presentes en el enfrentamiento. Sin embargo, se condena al funcionario policial como autor de una falta de amenazas a las penas correspondientes y a indemnizar a los perjudicados con 300 euros por los daños morales causados fruto de la angustia y el miedo que les produjo el disparo. Según el Alto Tribunal, «el acusado, policía nacional, hizo uso y ostentación de su cargo exhibiendo la pistola y la placa y llegando a realizar un disparo que impactó en una fachada. Desde esta perspectiva debemos solamente constatar que está perfectamente establecida la responsabilidad civil subsidiaria del Estado».

Por otro lado, un problema distinto, y más complicado de resolver, se plantea en relación con los hechos ilícitos dañosos causados por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad con el arma reglamentaria, francos de servicio y sin que exista por su parte ninguna actuación que pueda entenderse que los conecte nuevamente con el servicio público. Tal podría ser el supuesto, por ejemplo, de delitos de violencia doméstica cometidos por funcionarios policiales con el arma reglamentaria en el ámbito estrictamente familiar. Aquí salta a la vista que la problemática se centra en el hecho de que el único vínculo para que pueda declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración es que el daño se haya causado con el arma reglamentaria. La cuestión a dilucidar es si este vínculo es suficiente para conllevar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. Se ha afirmado con acierto que el hecho de que el daño se haya cometido con un arma reglamentaria o particular no puede erigirse en un elemento decisivo en el proceso de imputación del daño a la Administración, ya que lo realmente trascendente es que el resultado dañoso sea la actualización de la situación de riesgo potencial creado o vinculado al funcionamiento de los servicios públicos.⁵³

Es cierto que lo realmente importante es que el hecho ilícito dañoso cometido por el empleado público pueda causalmente vincularse con el funcionamiento de los servicios públicos, con independencia de que el daño se haya causado con un arma reglamentaria o particular.⁵⁴ Pero también es cierto que, en líneas generales, será mucho más fácil, así como más frecuente, imputar la responsabilidad civil subsidiaria a la Administración por daños causados por funcionarios policiales con el arma reglamentaria que con un arma particular. El funcionamiento de los servicios públicos aparecerá, sin lugar a dudas, de forma mucho más clara tratándose de hechos ilícitos dañosos cometidos con el arma entregada por la Administración a un policía para el servicio público de seguridad, que los daños causados por este con un arma particular.⁵⁵

52 Un supuesto parecido es el contemplado en la STS (2.^a) de 14 de febrero de 1997 [RJ 1997\1357]. En este caso, un inspector de policía se encontraba paseando, fuera de servicio, cuando vio que un grupo de jóvenes lanzaba piedras y botellas de cerveza a un árbol al que se les había colgado una pelota mientras jugaban al fútbol. El policía recriminó a los jóvenes su actitud y les conminó a que llamaran a los bomberos. Comoquiera que aquellos hicieran caso omiso de las indicaciones del inspector, se inició una discusión, en el transcurso de la cual el policía sacó su pistola particular (nótese que no era la reglamentaria) con la que pegó en la cabeza a uno de los jóvenes. Cuando otro intentó separar a su compañero del policía, este efectuó dos disparos hacia el suelo que, por efecto del rebote, causaron daños a los dos jóvenes. El Tribunal Supremo, a pesar de que el daño se ha causado con un arma particular, declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado al afirmar «de ahí que carece de razón sustentadora el recurso del señor Abogado del Estado desconociendo en la intervención del Inspector de Policía el desempeño de sus funciones específicas, pese a que en tales momentos no se hallase de servicio, sin que obste que hiciese un uso de un revólver de su pertenencia, que es el que llevaba consigo. El acusado actuó por propia iniciativa, en cumplimiento de los deberes que le venían impuestos, vista la conducta de los jóvenes arrojando piedras y cascotes de botellas de cerveza al árbol, y al objeto de velar por la seguridad de personas y propiedades, evitando daño a las mismas».

53 Al respecto, CASINO RUBIO, Miguel. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, ob. cit., pp. 72 y 73. Para dicho autor no es deseable extender la imputación a la Administración por cualquier hecho dañoso delictivo cometido por un policía con el arma reglamentaria.

54 Piénsese, por ejemplo, en los daños causados por un policía que, franco de servicio y con un arma particular, procede a la detención de un delincuente excediéndose en sus funciones y constituyendo su actuación un ilícito penal. Es claro que el daño, aunque causado con un arma particular, deriva de un funcionamiento anormal de los servicios públicos que debe conllevar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración correspondiente. Véase, sobre esta cuestión, la STS (2.^a) de 14 de febrero de 1997 [RJ 1997\1357], anteriormente comentada.

55 La STS (2.^a) de 23 de noviembre de 1998 [RJ 1998\9197] exonera de responsabilidad civil subsidiaria al Estado por el homicidio cometido por un policía nacional fruto de una banal discusión de tráfico. El agente era funcionario de policía en situación de segunda actividad sin ocupación de destino y cometió el hecho ilícito dañoso con su arma particular. El Tribunal Supremo afirma, de forma acertada, que «tales circunstancias inviabilizan la prosperabilidad de la tesis recurrente, pues si el acusado no tenía derecho como funcionario policial a poseer arma reglamentaria por haber tenido que entregarla al pasar a segunda actividad sin destino y su actuación no fue consecuencia de actuar en defensa de la ley o de la seguridad ciudadana la situación generada es similar a la de cualquier particular que provisto de la preceptiva licencia del arma que porta, utiliza ésta bajo su exclusiva responsabilidad. De ahí que no pueda extenderse ésta a quien autorizó la disponibilidad del revólver de las consecuencias derivadas de su uso».

Asumido dicho posicionamiento, la cuestión a dilucidar es si puede establecerse un criterio en virtud del cual pueda afirmarse que de todos los daños causados por un funcionario policial con el arma reglamentaria responde la Administración. La solución no es fácil, entre otras razones porque la casuística es muy diversa, y también por los diferentes presupuestos de responsabilidad que se exigen según se aplique el artículo 121 CP o los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.

Por ello, conviene recordar nuevamente que el artículo 121 CP exige que la infracción criminal realizada por el funcionario se haya cometido «en el ejercicio de sus funciones» y que, además, sea una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. Es innegable que este último requisito concurre en el supuesto de daños causados por funcionarios policiales con el arma reglamentaria. Si la Administración, al organizar la seguridad pública, considera que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad pueden llevar armas de fuego de forma permanente, es lógico deducir que aquella debe responder de los riesgos que dicha autorización pueda generar.

Por el contrario, no puede negarse que es más complicado establecer, al menos *ex ante*, que los daños causados por policías con el arma reglamentaria en el ámbito estrictamente familiar puedan considerarse cometidos «en el ejercicio de sus funciones». Por esta razón, se ha afirmado, aunque no lo comparto por las razones que se comentarán más adelante, que no puede imputarse a la Administración una responsabilidad civil subsidiaria por los hechos ilícitos dañosos causados por agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad mediante sus armas reglamentarias cuando el hecho ilícito dañoso se comete en el ámbito íntimo y privado del domicilio familiar.⁵⁶

Así, en la STS (2.^a) de 5 de julio de 2002 [RJ 2002\7936] se exoneró de responsabilidad civil subsidiaria al Estado por el homicidio cometido por un policía nacional contra su cónyuge. El funcionario policial tenía una cierta dependencia al alcohol —un consumo entre moderado y excesivo—. El día de los hechos el acusado denostó a su cónyuge, que estaba sentada en un sofá de su domicilio viendo la televisión, y en un momento determinado extrajo el revolver de la cartuchera que llevaba en su lado derecho, y de forma inesperada, con rapidez y sin interrupción, efectuó tres disparos dirigidos al cuerpo de su mujer, que determinaron su fallecimiento. El Tribunal del Jurado de la Audiencia correspondiente declaró la responsabilidad penal del acusado, pero afirmó no haber lugar a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Apelada la sentencia ante el Tribunal Superior correspondiente, este confirmó la sentencia de instancia.⁵⁷ El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. El Tribunal no aprecia infracción del artículo 121 CP al considerar que:

[...] hay que subrayar que en las sentencias últimamente citadas, así como en la más reciente de 17 de septiembre de 2001, limitan el surgimiento de responsabilidad subsidiaria del Estado a casos ocurridos al portar el agente su arma en lugares públicos, señalando claramente la de 8 de mayo de 1996 que la utilización del arma reglamentaria no genera sin más la responsabilidad del Estado, sino que deben excluirse los casos en que el riesgo no sea concreción generada por el sistema de organización del servicio de seguridad, como sucede en el caso de su uso en un ámbito familiar e íntimo en que el agente hace uso del arma que tiene en su domicilio frente a personas de su entorno familiar del mismo modo en que pudiera hacerlo otro ciudadano que también la tuviera, o como podría haber utilizado otro tipo de arma.⁵⁸

El criterio sostenido en esta sentencia fue ratificado, pocos días después, por el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 [JUR 2002\195351]⁵⁹ al afirmar que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los hechos ilícitos dañosos causados por funcionarios policiales por el uso del

56 Así lo afirma, BUSTO LAGO, José Manuel. «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», ob. cit., pp. 1984 y 1985.

57 No obstante, la sentencia del TSJ contó con un voto particular al considerarse, por parte del magistrado discrepante, que el Estado sí debía responder civilmente al apreciar en él culpa *in vigilando*.

58 Intentada la vía contencioso-administrativa con posterioridad al proceso penal, la SAN de 31 de octubre de 2007 [JUR 2007\346144] confirmó la resolución administrativa que denegaba la pretensión indemnizatoria al considerar, al igual que la jurisdicción penal, que el acusado «se valió de un arma que tenía a su disposición en razón de sus funciones, pero que empleó en el más estricto ámbito familiar para dar muerte a su cónyuge, lo que no se puede entender como un caso de que el riesgo derivado de la organización del servicio de seguridad pública se hubiera concretado».

59 Como es sabido, el mencionado acuerdo se adopta al amparo de lo establecido en el artículo 264 LOPJ, que tiene por finalidad la unificación de la doctrina emanada de las diversas secciones de una misma sala del Tribunal Supremo.

arma reglamentaria se deriva de que, aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo existente por el hecho de portarla, genera unos peligros que deben ser asumidos por las Administraciones públicas competentes. Con todo, el acuerdo precisa que:

[...] el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado, quedando ésta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad. Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él. Si bien, incluso en los casos mencionados en el apartado anterior, habrá responsabilidad civil subsidiaria del Estado, si existen datos debidamente acreditados, de que el arma debió habérsela retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión.

Del mencionado acuerdo pueden extraerse una serie de conclusiones. Por un lado, establece que no todos los daños cometidos con el arma reglamentaria deben imputarse a la Administración, ya que ello solo sucederá cuando el hecho ilícito dañoso pueda enmarcarse en el servicio público de seguridad. Precisamente por ello, se excluye, en principio, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad cuando estos se produzcan en el domicilio familiar ya que, en este caso, no puede considerarse que el daño causado sea una consecuencia directa del modo de organizar el servicio público de seguridad.⁶⁰

De lo comentado se deduce, con todo, que es posible que un daño se haya cometido en el domicilio familiar, pero a la vez sea una consecuencia del modo de organizar el servicio público, en cuyo caso debe declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Tal es el supuesto contemplado en la STS (2.ª) de 19 de octubre de 2001 [RJ 2001\9424]. En ella se declaró la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por la muerte de una mujer a consecuencia del disparo accidental del arma de un guardia civil que se produjo mientras este la limpiaba. En concreto, el agente se encontraba en su habitación del cuartel de Fasnía (Tenerife), donde prestaba sus servicios, estando en compañía de su novia. El guardia civil se puso a manipular su fusil reglamentario con el fin de limpiarlo, sin comprobar previamente si el mismo se encontraba descargado. El hecho es que, al manipularlo, se produjo un disparo con tal mala fortuna que alcanzó a la novia del guardia y le ocasionó la muerte. En la sentencia se declara también como hecho probado que los guardias civiles del acuartelamiento de Fasnía guardaban el armamento reglamentario en sus propias habitaciones personales, donde, además, de forma habitual y con conocimiento de la superioridad, realizaban la limpieza del mismo. El Tribunal Supremo afirma que:

[...] la responsabilidad civil subsidiaria por las lesiones ocasionadas por los miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado, utilizando abusivamente o haciendo un mal uso de su arma reglamentaria, dicha acción lesiva se deriva de la creación del riesgo que la organización del servicio de seguridad pública mediante agentes a quienes se dota de armas de fuego, representa para los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por dicha utilización constitutiva de delito o falta, precisamente porque quien crea el riesgo debe responder de los daños producidos como consecuencia de ese riesgo creado, salvo en los supuestos estrictamente privados.

Como puede observarse, en este caso, y de forma acertada, se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado al considerar que el hecho ilícito dañoso es una consecuencia directa del modo de organizar el servicio público de seguridad. Es indiscutible que la limpieza del armamento es un acto que forma parte del servicio y, aunque esté prohibido efectuar el mantenimiento de las armas en el propio domicilio particular, la sentencia declara que, al no existir un lugar en el propio acuartelamiento más apropiado para efectuarlo, se toleraba por los mandos que se realizara en los pabellones domiciliarios. El hecho de que tuviera que efectuarse la limpieza de las armas en los domicilios particulares de los agentes denota, sin ninguna duda, un funcionamiento anormal de los servicios públicos, lo que debe conllevar la responsabilidad civil del Estado.⁶¹

60 Véase, BARCELONA LLOP, Javier. «Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ob. cit., p. 1496.

61 Para que exista un daño imputable a la Administración con base en el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que haya un incumplimiento de una regla de derecho por parte de la Administración, ya sea por acción u omisión, o que exista una inobservancia de las reglas técnicas aplicables a la actividad material de que se trate. Al respecto, BUSTO LAGO, José Manuel. «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», ob. cit., pp. 2000 y 2001.

Como es sabido, en la práctica, es necesario que pueda apreciarse un cierto grado de anormalidad para que puedan imputarse a la Administración los daños ocasionados por su actividad. Dicha anormalidad puede darse porque el servicio ha funcionado mal, no ha funcionado o ha funcionado tardíamente.⁶² En consecuencia, y respecto de la sentencia que se comenta, aunque el daño se produce en el propio domicilio particular del agente, se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ya que lo realmente vinculante es que entre el hecho y el daño causado pueda determinarse la existencia de un funcionamiento de los servicios públicos.⁶³

Por otro lado, del mencionado acuerdo también se desprende que puede declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los hechos ilícitos dañosos cometidos por un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad con el arma reglamentaria, con independencia de que el lugar de comisión del daño sea o no el domicilio familiar, cuando aquellos se han producido como consecuencia de un funcionamiento anormal de los servicios públicos.⁶⁴ En palabras del propio Tribunal Supremo, deberá imputarse dicha responsabilidad «si existen datos debidamente acreditados, de que el arma debió haberse retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión». En este sentido, algunas resoluciones utilizan, para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, no solo la teoría de la creación del riesgo, sino también el criterio de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

Si bien parece acertado que se impute a la Administración una responsabilidad basada en estos casos en la teoría del riesgo, no puede compartirse el argumento que fundamenta la responsabilidad civil subsidiaria en una culpa *in eligendo* o *in vigilando*.⁶⁵ La Administración debe responder cuando la actuación del funcionario, en este caso policial, ha producido un daño que deriva de un funcionamiento anormal de los servicios públicos. La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, prevista en el artículo 121 CP, no es de carácter subjetiva. Es más, el propio artículo exige que el hecho ilícito dañoso sea una consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos, con lo que está omitiendo cualquier referencia a la culpa y, en la práctica, aproxima el régimen contemplado en el artículo 121 CP con el previsto en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, con la salvedad, claro está, de que la responsabilidad civil de la Administración es subsidiaria en el primer caso y directa en el segundo.⁶⁶

Por las razones expuestas no puede compartirse, en su totalidad, el argumento utilizado por la STS (2.^a) de 29 de marzo de 2000 [RJ 2000\3482], en la que se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños ocasionados por un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad que, fuera de servicio, con el arma reglamentaria y bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cometió un asesinato. En este caso, el Tribunal Supremo maneja simultáneamente la teoría del riesgo y el criterio de la culpa *in eligendo* o *in vigilando* de la Administración al afirmar que:

[...] aunque es cierto que el acusado —que ostenta la condición de funcionario policial— se encontraba fuera de servicio [...] también lo es, y así se refleja en el *factum*, incólume en esta vía casacional, que consumía habitualmente una elevada cantidad de bebidas alcohólicas. La responsabilidad civil subsidiaria por las lesiones ocasionadas por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado utilizando

62 Así, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob. cit., p. 479.

63 La STS (2.^a) de 27 de octubre de 2003 [RJ 2003\7323] también declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por el asesinato cometido por un guardia civil contra su cónyuge. El delito se cometió en el domicilio de la víctima y con el arma reglamentaria, estando el agente fuera de servicio. En este caso, la decisión de condena del Estado se fundamenta en el hecho de que la pareja estaba separada judicialmente y, por tanto, ni existía convivencia ni el domicilio era el común de la pareja. El Tribunal Supremo afirma que «el Acuerdo del Pleno de esta Sala de 12.07.2002 ha establecido que la obligación de portación del arma es un riesgo derivado del servicio público y que, se debían excluir casos que tuvieran analogía con aquéllos en los que el arma hubiera sido utilizada dentro del domicilio del agente contra personas con las que éste convive. Por lo tanto, en el presente caso no es posible establecer dicha analogía, dado que no existía convivencia y los hechos no ocurrieron en el domicilio de la pareja. Por lo tanto, se trata de un riesgo derivado de la organización del servicio público».

64 Véase, BUSTO LAGO, José Manuel. «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», ob. cit., pp. 1985 y 1986.

65 En contra, SOTO NIETO, Francisco. «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad». *La Ley*, núm. 3 (1986), p. 966. Para dicho autor, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los hechos delictivos cometidos por funcionarios policiales no es una responsabilidad basada en el riesgo, sino que se fundamenta en un criterio de imputación de carácter subjetivo.

66 Así, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. «El ejercicio ante los Tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras». En: Asociación de Profesores de Derecho civil. *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. Murcia: Editum, 2011, p. 260.

abusivamente su arma de fuego reglamentaria, se deriva de la creación del riesgo que la organización del Servicio de Seguridad pública mediante agentes a quienes se dota de armas de fuego, representa para los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por dicha utilización abusiva, constitutiva de delito o falta. *Cuando el agente causante del daño actúa reiteradamente bajo los efectos del alcohol, entran en juego la responsabilidad por culpa in eligendo o in vigilando* pues precisamente el riesgo derivado de la especial responsabilidad encomendada y del manejo del arma de fuego reglamentaria, que los agentes deben portar en todo momento para encontrarse en condiciones de cumplir con el deber de intervención permanente que les impone el artículo 5.4 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, determina una especial responsabilidad en las labores de selección y posterior control, para evitar que el arma constituya una fuente incontrolada de riesgo en manos de quien no se encuentra en condiciones para utilizarla cuidadosamente. [la cursiva es del autor]⁶⁷

Es evidente que, en un caso como el analizado, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración es clara. Sin embargo, el fundamento de la responsabilidad no puede basarse en una culpa *in vigilando o in eligendo*, que no tiene sentido en el marco actual de la responsabilidad civil prevista en el artículo 121 CP, sino que debe fundarse necesariamente en el criterio del funcionamiento anormal de los servicios públicos.⁶⁸ El hecho de otorgar la posibilidad de que los funcionarios policiales puedan llevar el arma reglamentaria de forma permanente debe conllevar un mayor control de la Administración respecto de las capacidades psicológicas de aquellos.⁶⁹

De todo lo manifestado con anterioridad, puede afirmarse que el Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 [JUR 2002\195351] implica una limitación a la teoría del riesgo, ya que se considera que la Administración no debe responder de los daños causados por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad con el arma reglamentaria que se hayan producido en el ámbito familiar, y ello siempre que no pueda apreciarse un funcionamiento anormal de los servicios públicos.

No obstante, no acaba de comprenderse que se declare la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por disparos de un policía con un elevado índice de alcoholemia a la salida de una discoteca y, por el contrario, se le exonere cuando el hecho se produce en la esfera particular. En este sentido, no puede decirse que el policía bebido a la salida de una discoteca esté «en el ejercicio de sus funciones», ni tampoco que esté de servicio permanente con base en el artículo 5.6 LOFCS. Es evidente que el objetivo perseguido por la jurisprudencia respecto de esta cuestión es claro: los delitos cometidos en un ámbito estrictamente familiar no pueden considerarse que guarden ningún tipo de relación con el ejercicio de las funciones de un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad y, en consecuencia, no procede la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración competente.

Con todo, no puede compartirse este argumento, puesto que a idéntica conclusión debería llegarse respecto de daños causados por policías con el arma reglamentaria en un establecimiento abierto al público contra un tercero con el cual el policía mantiene una discusión. A mi modo de ver, si la Administración pública responde en este último supuesto, y ello es así sin ninguna duda en los términos explicados con anterioridad, no puede compartirse que, en el supuesto de que el delito se cometa en el domicilio familiar, se exonere de responsabilidad civil subsidiaria a la Administración.⁷⁰

67 También la STS (2.ª) de 2 de octubre de 1997 [RJ 1997\7598] declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los hechos ilícitos dañosos cometidos por un guarda civil en una riña particular, encontrándose franco de servicio y utilizando el arma reglamentaria. Nada que objetar al pronunciamiento condenatorio del Estado. Sin embargo, el Alto Tribunal mezcla la teoría del riesgo con la culpa *in eligendo* o *in vigilando* al afirmar que el agente «debió ser sometido por la Administración a una vigilancia y control de su salud mental, debiendo adoptarse medidas terapéuticas e incluso, la separación del servicio y la retirada del arma. Efectivamente, la reacción del autor fue debida a una ofuscación, y no a su trastorno paranoide de la personalidad, pero indudablemente la Administración en base a los principios de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, debe responder del perjuicio ocasionado por un miembro del Cuerpo de la Guardia Civil, que ha evolucionado hacia una marcado matiz objetivo, basado en la teoría de la creación del riesgo».

68 Al respecto, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pp. 495 y siguientes.

69 Véase, respecto de varios delitos de asesinato cometidos por un teniente coronel de la Guardia Civil afectado por un trastorno paranoide de la personalidad, la STS (5.ª) de 6 de marzo de 2006 [RJ 2006\4742].

70 Así lo afirma también BARCELONA LLOP, Javier. «Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ob. cit., pp. 1499 y 1500.

Bibliografía

- BARCELONA LLOP, Javier. «El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica». *Revista de Administración Pública*, núm. 113 (1987), pp. 77-136.
- «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales». *Documentación Administrativa*, núm. 237-238 (1994), pp. 333-392.
- «Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad». En: CASARES MARCOS, Ana Belén (coord.); QUINTANA LÓPEZ, Tomás; (dir.). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Tomo II. Valencia: Tirant lo blanch, 2009, pp. 1807-1850.
- BERMEJO VERA, José. *Derecho Administrativo. Parte especial*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2009.
- BOLEA BARDON, Carolina; ROBLES PLANAS, Ricardo. «La tipicidad de las detenciones ilegales policiales Revisión crítica de la aplicación jurisprudencial de los arts. 167 y 530 del Código Penal». *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4 (2006).
- BUSTO LAGO, José Manuel. «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas». En: REGLERO CAMPOS, L. Fernando; BUSTO LAGO, José Manuel (coords.). *Tratado de Responsabilidad civil*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 1938-2140.
- CASINO RUBIO, Miguel. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*. Madrid; Marcial Pons, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago. *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. «El ejercicio ante los Tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras». En: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. Murcia: Editum, 2011, pp. 113-312.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. II*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011.
- GARCÍA VICENTE, F.[et al.]. *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*. Barcelona: Bosch, 1998.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.
- LLOVERAS FERRER, Marc-Roger. «Policías que disparan. Los daños causados por armas de fuego utilizadas por la policía». *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2000).
- MARTÍN CASALS, Miquel. «La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual». En: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. Murcia: Editum, 2011, pp. 11-112.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)». En: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio. *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 439-468.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *La responsabilidad civil ex delicto*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.
- ROCA GUILLAMÓN, Juan. «Comentario al artículo 121». En: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Comentarios al Código penal*. Tomo IV. Madrid: Edersa, 1999.

SOLÉ FELIU, Josep. *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*. Madrid: Editorial Reus, 2012.

SOTO NIETO, Francisco. «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad». *La Ley*, núm. 3 (1986), pp. 954-971.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*. Madrid: Dykinson, 1997.

—«La responsabilidad civil en el proceso penal». En: REGLERO CAMPOS, L. Fernando; BUSTO LAGO, José Manuel (coords.). *Tratado de Responsabilidad civil*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.