



DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

SUMILLA. Los casos de consumo personal de drogas es un claro ejemplo del ejercicio (aspecto social) del derecho al libre desarrollo de la personalidad; y en cuanto a la protección del mismo (aspecto jurídico), se refleja en la norma penal que prevé la posesión no punible, permitiendo el consumo de dicha sustancia.

Limá, ocho de noviembre de dos mil dieciocho

VISTOS: al haberse declarado fundado el recurso de queja excepcional, se concedió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado GERARDO ROMANÍ RIVERA, contra la sentencia de vista del dos de julio de dos mil quince (folio quinientos ochenta y nueve), en el extremo que confirmó la sentencia del dieciséis de abril de dos mil quince (folio quinientos cuarenta) que condenó al referido procesado como autor del delito de tráfico ilícito de drogas-micromercialización de drogas (previsto en el inciso uno, del primer párrafo, del artículo doscientos noventa y ocho, del Código Penal), en perjuicio del Estado, y como tal le impuso tres años de pena privativa de libertad suspendida por el período de un año, ciento ochenta días multa y dos mil soles por concepto de reparación civil.

Intervino como ponente el señor juez supremo QUINTANILLA CHACÓN.

CONSIDERANDO

PRIMERO. IMPUTACIÓN FÁCTICA

El veintiuno de octubre de dos mil trece, al promediar las trece horas, por la intersección de la avenida San Carlos (cuadra veinte) con el pasaje Santa Beatriz-Huancayo, se intervino al procesado Gerardo Romaní Rivera, junto al condenado José Eduardo Daisaku Flores Brusil y Denis Kihoman Lazo Canicela (quien fue absuelto por estos hechos). Al impugnante se le encontraron 0.3 gramos de marihuana (además, al sentenciado Flores Brusil se le encontraron cinco bolsitas de marihuana y en su domicilio se hallaron catorce gramos de la misma sustancia; y a Lazo



Canicela se le halló 0,01 gramos de clorhidrato de cocaína), los cuales estaban destinados a la comercialización.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

La defensa técnica del procesado GERARDO ROMANÍ RIVERA, al fundamentar su recurso de nulidad¹ (folio 602), alegó que:

2.1. No existen pruebas que demuestren su responsabilidad penal, como tampoco se compulsó los que obran en autos, como son las declaraciones de sus coprocesados, quienes no lo sindicán; así como el registro domiciliario, donde consta que no se le ha encontrado droga.

2.2. Está demostrada su condición de consumidor de marihuana, como se aprecia en el examen toxicológico respectivo.

TERCERO. ANÁLISIS DEL COLEGIADO SUPREMO

3.1. Debemos precisar que la existencia de la droga incautada –marihuana– al encausado Romaní Rivera no es una cuestión de controversia; puesto que él no solo ratificó (ver declaración preliminar de folio cincuenta y dos) su firma y huella dactilar plasmadas en el acta de registro personal (folio sesenta y tres), sino que además hizo lo mismo (ver declaración preliminar e instructiva, a folios cincuenta y dos y cuatrocientos cincuenta y siete, respectivamente) respecto del contenido de dicha prueba documental; esto es, que se le encontró en posesión de una bolsa pequeña con marihuana. Tampoco es objeto de debate la cantidad que tenía esa sustancia, ya que las partes no cuestionaron el Dictamen Pericial de Ingeniería Forense N.º 1407/13 (folio ciento cuarenta y uno), el cual concluyó que la droga incautada al impugnante tenía un peso neto de 0,3 gramos.

¹ El presente recurso fue concedido por queja excepcional, esto es, en virtud a lo dispuesto en la Ejecutoria Suprema del ocho de noviembre de dos mil dieciséis (folio ciento cincuenta y seis).



22

3.2. Lo que está en debate es si el encausado Romaní Rivera iba a comercializar dicha sustancia (marihuana) en esa cantidad (0,3 gramos), considerando que el delito imputado es el de micromercialización de drogas². En ese sentido, la valoración de los medios probatorios estará delimitado en ese extremo.

3.3. Así, tenemos en autos las declaraciones preliminares de los condenados Carlos Enrique Cano Camarena (folio treinta y nueve) y José Eduardo Daisaku Flores Brusil (folio cuarenta y cuatro), y del que fuera inculpado (se le absolvió) Denis Kihoman Lazo Canicela (folios cincuenta y siete), de lo cual se desprende que ninguno de estos realizó una sindicación incriminatoria contra el procesado Romaní Rivera:

a) El primero de los nombrados, conocido como Pollo, se limitó a indicar (respecto al procesado Romaní Rivera) que sí lo conoce pero con el apelativo de Gago y no lo une a este ningún grado de amistad ni enemistad.

b) El segundo y tercero de los nombrados señalaron que el encausado no se dedica a comercializar droga, sino que es consumidor de marihuana y el día en que se le intervino se encontraba en esa circunstancia (consumiendo dicha sustancia); que la droga se la compran al conocido como Pollo, que vendría a ser el sentenciado Carlos Enrique Cano Camarena.

Esta ausencia de sindicación por parte de los citados sentenciados también se apreció en la etapa judicial (folios doscientos noventa y seis, doscientos

² Previsto en el inciso uno, del primer párrafo, del artículo doscientos noventa y ocho, del Código Penal, que estipulaba el siguiente supuesto de hecho: cuando la cantidad de droga fabricada, extractada, preparada, comercializada o poseída por el agente no sobrepase los cincuenta gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, cinco gramos de látex de opio o un gramo de sus derivados, cien gramos de marihuana,



23

cuarenta y cuatro, y doscientos setenta y tres, respectivamente). Además, se le realizó un registro en su domicilio, donde no se encontró tipo alguno de droga (ver acta de la diligencia a folio setenta y nueve).

3.4. En ese sentido, no existe medio probatorio alguno que corrobore la tesis fiscal, quien le atribuye al recurrente haber querido comercializar la marihuana que se le incauto. Entonces, no está acreditado que el procesado Gerardo Romaní Rivera sea responsable del delito de micromercialización de drogas, previsto en el inciso uno, del primer párrafo, del artículo doscientos ochenta y nueve, del Código Penal.

3.5. Por su parte, el procesado Romaní Rivera (folios cincuenta y dos y cuatrocientos cincuenta y siete), admite que se le encontró en posesión de marihuana en una cantidad de 0,3 gramos, pero negó contundentemente dedicarse a la micromercialización de dicha sustancia; señaló que es un consumidor y que era esto lo que realizaba cuando lo intervinieron los efectivos policiales; además, indicó que la droga la había comprado en la noche anterior al conocido como Pollo, quien sería el condenado Carlos Enrique Cano Camarena.

3.6. Dicha versión está corroborada con las declaraciones del sentenciado José Eduardo Daisaku Flores Brusil (folios cuarenta y cuatro y doscientos cuarenta y cuatro, respectivamente) y Denis Kihoman Lazo Canicela (folios cincuenta y siete y doscientos setenta y tres, respectivamente); asimismo, con el Examen Toxicológico N.º 3233-3240/2013 (folio ciento cuarenta y tres), practicado al impugnante, que arrojó como resultado "positivo" para marihuana.

3.7. Con ello, se aprecia que la versión exculpatoria del procesado Romaní Rivera resulta ser verosímil, persistente y sólida. Demostrándose que es un



29

consumidor de droga (específicamente de marihuana)³, mas no un microcomercializador de dicha sustancia, como sostiene el representante del Ministerio Público, al no existir prueba alguna que demuestre dicha actividad ilícita. Además, el comportamiento desplegado por el recurrente resulta, a los ojos del derecho, inocua, puesto que es compatible con lo dispuesto en el artículo doscientos noventa y nueve del Código Penal, que prevé el supuesto de hecho de la posesión no punible, cuando la droga es utilizada para el inmediato consumo, siempre y cuando no exceda los ocho gramos de marihuana (al encausado se le encontró en posesión de esa sustancia en una cantidad dentro de lo permitido; esto es, 0,3 gramos; la misma que iba a ser utilizada para su consumo inmediato, si es que no lo intervenían los efectivos policiales). Ante ello, es necesario precisar lo siguiente:

A) El inciso uno, del artículo dos, de la Constitución Política del Estado⁴, prevé el derecho fundamental de libre desarrollo de la personalidad. Este derecho está muy ligado al concepto de autonomía de la persona o principio de autodeterminación. Con esta disposición constitucional lo que se trata de proteger es la libertad individual frente a la intervención ajena, sea de una persona o del Estado⁵. Entonces, la persona es la única legitimada para tomar decisiones sobre el estilo de vida que quiere emprender⁶, y si se quisiera criminalizar o sancionar una conducta privada tendría que ser por una razón superior a la de la protección del derecho a la libertad; ahí entra a jugar un papel importante, uno de los caracteres

³ Al igual que Denis Kihoman Lazo Canicela, y por esa razón la judicatura lo absolvió en su oportunidad procesal, no haciendo lo mismo con el impugnante, a pesar que se encontraba en la misma situación –probada– que la citada persona.

⁴ **Art. 2. Derechos de la persona.**

Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su **libre desarrollo** y bienestar (...).

⁵ No se trata del respeto de las acciones realizadas en el ámbito privado, sino del reconocimiento de un derecho en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea emprender. Ver en: Los fundamentos del voto singular del magistrado Ramos Núñez, dentro de la sentencia contenida en el Exp. 07717-2013-PHC/TC.

⁶ El ejercicio de esta suprema autonomía tiene como límite los supuestos donde se conculquen derecho de terceros, esto es, en casos de libertad negativa respecto a terceros.



25

del derecho penal (a la vez, limitador del *ius puniendi*⁷), denominado "fragmentariedad", el cual alude a que no se puede sancionar todas las conductas lesivas de los bienes jurídicos protegidos, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos⁸.

- Dicho esto, podemos señalar dos ejemplos que reflejan el **ejercicio** (aspecto social) y **protección** (aspecto jurídico) del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Respecto al primero, los casos del consumo personal de drogas son un claro ejemplo del ejercicio del referido derecho; y en cuanto a la protección del mismo, tenemos el artículo doscientos noventa y nueve, del Código Penal, el cual prevé la posesión no punible, permitiendo el consumo de dicha sustancia.

En consecuencia, se afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, si es que se prohíbe el consumo personal de droga, máxime si se priva la libertad a aquel consumidor⁹. En el presente caso, se afectó el citado derecho, puesto que está demostrado que el encausado Romaní Rivera se dedicaba al consumo personal de marihuana, lo cual no constituye una conducta de ataque muy peligrosa contra la salud pública; por ello, resulta para nuestro Sistema Penal una conducta social no punible.

B) El Acta de Registro Personal (folio sesenta y tres) y el Dictamen Pericial de Ingeniería Forense N.º 1407/13 (folio ciento cuarenta y uno) no hacen al encausado Romaní Rivera responsable del delito de micromercialización de droga, puesto que la responsabilidad objetiva

⁷ Locución latina que en español significa "derecho punitivo" o "derecho sancionador".

⁸ Este carácter junto al principio de subsidiariedad integran el llamado "principio de intervención mínima". Ver en: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, parte general*. 10ª edición. Montevideo: Editorial B de F, 2016, p. 128-129.

⁹ De ser así, también va resultar absolutamente contradictorio trata al drogodependiente como un enfermo y, al mismo, penalizarlo por su consumo. En: Organización de los Estados Americanos. *Informe de Drogas de la OEA*. Guatemala, 2014, p. 8.



96

esta proscrita en nuestro sistema penal peruano, conforme lo dispone el artículo VII, del Título Preliminar, del Código Penal. Esas pruebas documentales demuestran que al referido procesado se le encontró en posesión de marihuana en una cantidad de 0,3 gramos. En otras palabras, el que haya estado en posesión de dicha sustancia en esa mínima cantidad, no lo hace partícipe ni autor del referido delito, en tanto que no se acreditó que este se dedicaba o iba a comercializar esa droga.

3.8. Por tanto, al no estar demostrada la responsabilidad penal del encausado Romaní Rivera, por el delito de microcomercialización de drogas, corresponde absolverlo por dicho delito, de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, con lo expuesto en el dictamen emitido por el señor fiscal supremo en lo penal:

I. Declaramos **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista del dos de julio de dos mil quince (folio quinientos ochenta y nueve), en el extremo que confirmó la sentencia del dieciséis de abril de dos mil quince (folio quinientos cuarenta) que condenó a GERARDO ROMANÍ RIVERA como autor del delito de tráfico ilícito de drogas-microcomercialización de drogas, en perjuicio del Estado, y como tal le impuso tres años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de un año, ciento ochenta días multa y dos mil soles por concepto de reparación civil; y, **REFORMÁNDOLA, ABSOLVIERON** a GERARDO ROMANÍ RIVERA de la acusación fiscal formulada por el citado delito y mismo agraviado.



II. **ORDENARON** se anulen los antecedentes policiales y judiciales del mencionado encausado generados por este proceso.

III. **MANDARON** que se notifique la presente ejecutoria a las partes apersonadas en esta Suprema Instancia, devuélvanse los actuados a la Sala Superior de origen a fin de que cumpla con lo señalado.

Intervino el señor juez supremo Bermejo Ríos, por licencia del señor juez supremo Figueroa Navarro.

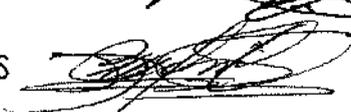
S. S.

LECAROS CORNEJO 

QUINTANILLA CHAGÓN 

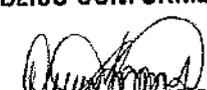
CASTAÑEDA ESPINOZA 

PACHECO HUANCAS 

BERMEJO RÍOS 

QC/AWZA

SE PUBLICO CONFORME A LEY



Diny Yuriani Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

10 JUN. 2019
02 JUL. 2019