

# Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas: una primera aproximación (desde México)

Alejandro Madrazo Lajous



SEMINARIO

12



Cuadernos de Trabajo del Seminario del Programa de Política de Drogas



# Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas: una primera aproximación (desde México)

Alejandro Madrazo Lajous

Junio, 2014

Programa de Política de Drogas  
Centro de Investigación y Docencia Económicas  
Región Centro

Documentos  
de trabajo  
eBooks  
Novedades  
Fondo  
editorial  
Revistas  
LIBROS

[www.LibreriaCide.com](http://www.LibreriaCide.com)

Primera edición: 2014

Las opiniones y datos contenidos en este documento son de la exclusiva responsabilidad de su(s) autor(es) y no representan el punto de vista del CIDE como institución.

Este Cuaderno de Trabajo forma parte del Programa de Política de Drogas del CIDE.

Programa de Política de Drogas:

Alejandro Madrazo, Coordinador

Laura Atuesta, Responsable del Monitor

Beatriz Labate, Responsable del Seminario

Karen Silva Mora, Responsable de Desarrollo Institucional

(ppd@cide.edu)

Esta edición fue patrocinada por *Open Society Foundations*

D.R. © 2014, Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C. Región Centro  
Programa de Política de Drogas. Circuito Tecnopolo Norte s/n, Col. Hacienda Nueva,  
CP 20313, Aguascalientes, Ags., México.  
www.politicadedrogas.net | ppd.cide.edu | www.cide.edu

ISBN 978-607-9367-02-2

La creación de esta Colección de Cuadernos de Trabajo del Programa de Política de Drogas fue aprobada por el Comité Editorial del Centro de Investigación y Docencia Económicas en febrero de 2014.

Supervisión de la edición: Aníbal Salazar Méndez (anibal.salazar@cide.edu)

Fotografía de portada recuperada de commons.wikimedia.org

Impreso en México - *Printed in México*

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	8
REDISEÑO DEL GOBIERNO	12
COLAPSO DE CATEGORÍAS Y CONFUSIÓN DE FUNCIONES	14
CONCLUSIONES	18
REFERENCIAS	19



# INTRODUCCIÓN

Los costos de la prohibición de las drogas -o, en su versión más belicosa, la “guerra contra las drogas”- son muchos. Los esfuerzos para identificarlos, comprenderlos y cuantificarlos van en aumento. Independientemente del éxito o fracaso que ha tenido el régimen prohibicionista, hoy vigente, para reducir la oferta de drogas, los costos que implica son cada vez más preocupantes (ver [www.countthecosts.org](http://www.countthecosts.org)). La violencia -ya sea criminal u oficial (Escalante, 2010; Forné Silva, Pérez Correa *et al.*, 2012; Castillo, Mejía *et al.*, 2013)-, el encarcelamiento (Metaal y Youngers, eds., 2011; Uprimny, Guzmán, *et al.*, 2013; Alexander, 2013), la discriminación (Alexander, 2010) y las violaciones de derechos humanos (Anaya, 2014) son algunos de los “costos” más sobresalientes y cada vez más visibles. Estos esfuerzos permiten hacer una evaluación más matizada y realista de las políticas prohibicionistas actualmente en vigor. A esta lista de costos, debemos añadir un nuevo registro: el costo constitucional de la guerra contra las drogas. Distintos países y sociedades han emprendido una profunda reestructuración de algunas de sus normas claves y de sus compromisos políticos fundamentales, con el fin de hacer más efectiva la “guerra contra las drogas”. Compromisos constitucionales, como ciertos derechos fundamentales (p.ej., el debido proceso) o principios básicos de la organización del gobierno (p.ej., el

federalismo, la separación de poderes, o límites a la reelección) han sido cuestionados, restringidos, suspendidos o afectados de alguna forma u otra en aras de implementar la prohibición de las drogas.

Con el fin de hacer frente a la su-puesta amenaza que las drogas y el tráfico de éstas representan para nuestras sociedades, nuestros líderes y gobiernos han exigido -y conseguido- una y otra vez poderes más amplios y/o la evisceración de las barreras constitucionales al poder del Estado. Por lo tanto, por “costos constitucionales” me refiero a la restricción, supresión, neutralización, o cualquier otra afectación a los valores e instituciones de gobierno largamente consagrados y valorados, con el fin de hacer más efectiva una política pública específica, sin que medie una renuncia explícita de dichos valores e instituciones. Esto es: los valores e instituciones siguen consagrándose o considerándose valiosos por la comunidad política, pero ésta acepta su afectación como un mal necesario en aras de perseguir una política pública específica, en este caso la prohibición de las drogas. Propongo que contabilicemos los costos de pretender que se cumpla la prohibición de las drogas no sólo en términos de dinero y sangre, sino también en lo que respecta a los efectos jurídicos y políticos que esta “guerra” ha tenido en la configuración de nuestras comunidades políticas.

La pregunta que guía la investiga-

ción es la siguiente: ¿hasta qué punto estamos dispuestos a cambiar la forma y fondo de nuestras organizaciones políticas para eliminar el consumo de drogas? En este primer ensayo, me enfoco en la Constitución y utilizo los textos constitucionales, no las prácticas, como el punto de entrada a la pregunta. Con frecuencia, estos “costos” se presentan como medidas transitorias o extraordinarias, o bien, como costos limitados; pero después se arraigan y expanden en nuestros sistemas. Por el momento, comienzo esta exploración limitándome a aquellas alteraciones que, desde un inicio, se presentan como alteraciones permanentes al sistema. Por ello, me limito aquí a abordar aquéllas integradas formalmente al sistema jurídico y político. Pero la investigación se puede ampliar más allá en distintas direcciones: primero, mediante un trabajo de corte empírico sobre las prácticas constitucionales y no sólo los textos normativos; también, enfocando las afectaciones que se ofrecen en un inicio como transitorias, para pasar después a ser arraigadas en el sistema jurídico formal; yendo aún más lejos, se puede también abordar los cambios en las actitudes y patrones culturales en las relaciones entre el gobierno y la sociedad. Por ahora, me limito a la dimensión jurídico-constitucional y la dimensión textual y normativa de la pregunta. Se trata, pues, al menos inicialmente, de una investigación jurídico-normativa.

Se podría pensar que los costos constitucionales de la guerra contra las drogas ya están siendo contabilizados. Al final, la mala conducta del gobierno en nombre de la

guerra contra las drogas no es un fenómeno nuevo: las violaciones a los derechos humanos, las ejecuciones extrajudiciales, etcétera, todas se han documentado anteriormente. Aclaro, entonces, que a mi propuesta de incluir el registro de los costos “constitucionales” a la contabilidad de los costos de la guerra contra las drogas subyace una preocupación fundamental por el grado en que hemos llegado a *aceptar* ciertas acciones del gobierno que anteriormente considerábamos inaceptables y que hoy legitimamos y normalizamos, precisamente normándolas. Como espero muestren los ejemplos, en los que se basa este primer esbozo de una agenda de investigación más amplia, hemos alterado sustancialmente nuestros compromisos constitucionales en nombre de la guerra contra las drogas; es decir, como comunidades políticas hemos alterado nuestros compromisos normativos y, al hacerlo, hemos transformado nuestras identidades *en tanto* comunidades políticas.

Es importante hacer unas precisiones antes de continuar. En primer lugar, muchos de los cambios jurídicos adoptados *cambian* la Constitución al incorporársele (me refiero aquí a las reformas constitucionales formales). En consecuencia, no pueden técnicamente considerarse violaciones a la Constitución. Es decir, las reformas constitucionales formales, por *definición*, no pueden contravenir la Constitución. Por lo tanto, para hacer visibles y evaluar el costo constitucional en estos casos, es necesario adoptar una perspectiva *diacrónica*: debemos observar los valores y las instituciones como estaban *antes*



de una reforma constitucional adoptada en nombre de la guerra contra las drogas para luego contrastarlas con el resultado del proceso de reforma constitucional. La diferencia que surge de esa yuxtaposición es el costo constitucional de una reforma constitucional.

Otros costos constitucionales no necesitan de esta aproximación: cambios a la legislación secundaria, sin reformas constitucionales de por medio que explícitamente les acomode, pueden afectar los compromisos constitucionales y, en estos casos, sí serían susceptibles de ser calificados como inconstitucionales. Aquí la yuxtaposición necesaria para visibilizar el costo constitucional, es simplemente entre el texto constitucional y el texto legal. En ambos casos -costos constitucionales derivados de cambios constitucionales o de cambios legales- la perspectiva que se adopta debe considerarse conservadora en al menos un sentido: se presupone que los compromisos constitucionales celebrados *antes* de los cambios legales nos son preciados y los estimamos valiosos, y, simultáneamente, que cambios adoptados se entienden ya sea como un mal necesario para perseguir la política específica (guerra contra las drogas) o requeridos por circunstancias excepcionales que exigen que los valores y las instituciones queridas sean suspendidos. Puede ser que esto no sea así. Puede ser que una comunidad

¿HASTA QUÉ PUNTO  
ESTAMOS DISPUESTOS  
A CAMBIAR LA FORMA  
Y FONDO DE NUESTRAS  
ORGANIZACIONES  
POLÍTICAS PARA  
ELIMINAR EL  
CONSUMO DE DROGAS?

política renuncie a ciertos compromisos constitucionales –como, por ejemplo, los derechos al debido proceso- y que el hecho de que la restricción de dicho compromiso constitucional en nombre de la guerra contra las drogas sea meramente accidental. En estos casos, siendo que la guerra contra las drogas *aparece* como la

razón o la motivación que lleva a estas modificaciones, las tomo como *instrumentales* para la prohibición/guerra contra las drogas y no como cambios en los compromisos valorativos de nuestras propias comunidades políticas. Mientras no exista una renuncia a un compromiso constitucional en sí mismo, sino que éste se justifique o presente como instrumental a la guerra contra las drogas, entra dentro del ámbito de este ensayo.

Este ejercicio consiste, entonces, en proponer un marco analítico tentativo que permita identificar, entender y evaluar lo que llamo “costos constitucionales” de la guerra contra las drogas. Las *categorías* o *tipos* de costos constitucionales han sido desarrollados en torno a un caso de estudio de México a principios del siglo XXI, cuando su propia edición de la “guerra contra las drogas” provocó una verdadera avalancha de reformas legales y constitucionales. Ilustro la tipología con ejemplos tomados de este estudio de caso, pero de ninguna manera pretendo que sea una especie de ejercicio de “excepcionalismo mexicano”. El

marco analítico que presento aquí necesitará una revisión sustantiva cuando se pretenda aplicar en otros casos, pero creo que ayudará a iniciar la reflexión sobre los costos constitucionales que cada una de nuestras sociedades ha estado dispuesta a pagar.

Por ahora, propongo distinguir al

menos tres tipos de costos constitucionales: a) la restricción de derechos fundamentales; b) la reestructuración de nuestras formas de gobierno; y c) el debilitamiento de la seguridad jurídica por virtud del colapso de conceptos jurídicos o funciones del Estado. Esta nota se estructura en torno a esas tres categorías.

## RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La restricción de los derechos fundamentales puede presentarse de dos formas: a) la restricción de los derechos fundamentales para todos; o bien b) la creación de un régimen de derechos reducidos para ciertas personas. Los derechos fundamentales son, en teoría, los compromisos básicos que protegen ciertos valores fundamentales de la comunidad política y que el gobierno está obligado a respetar o, inclusive, garantizar o promover (Abramovich y Curtis, 2003). Alternativamente, pueden ser entendidos como los compromisos centrales que el gobierno tiene la obligación de procurar, independientemente de las preferencias mayoritarias transitorias; o bien, la esfera residual que le queda a individuos o grupos en la que el gobierno y, por lo tanto, las mayorías no pueden incidir. Históricamente, al menos en las Américas, se establecieron principalmente para *limitar*

posibles excesos del gobierno (Gargarella, 2010). Hoy en día se distinguen de los demás derechos no fundamentales porque son universalmente atribuibles, a diferencia de los derechos exclusivos o de los contingentes a las circunstancias (Ferrajoli, 2004).

La prohibición de ciertas drogas puede considerarse en sí misma, como una restricción de ciertos derechos fundamentales para todos, que van desde la libertad de religión (por ejemplo usos religiosos del peyote) y la libertad de conciencia (es decir, el derecho de alterar la propia conciencia), o bien el derecho a la salud (por ejemplo el cultivo y uso de marihuana con fines medicinales). Sin embargo, este no es el fenómeno que interesa aquí; no porque no sea relevante o intrínsecamente discutible, sino porque considero que es tanto pertinente como discutible. Lo que aquí interesa es, sobre todo,

la creación de regímenes “especiales” de derechos reducidos o la restricción de derechos para todos en aras de la guerra contra las drogas. El objetivo *explícito* del prohibicionismo es eliminar el uso de ciertas drogas. Así, esta restricción de derechos no es un costo de la “guerra contra las drogas”, sino su objetivo. Por el contrario, reducir (otros) derechos fundamentales no es un objetivo, sino un costo que se nos exige en aras de alcanzar el objetivo de la “guerra”. Por ejemplo, limitar la libertad de religión y la libertad de conciencia<sup>1</sup> debe entenderse como un *objetivo*, no un costo, del prohibicionismo; la reducción de otros derechos fundamentales, como el derecho al debido proceso, no lo es (al menos no explícitamente). El argumento recurrente de que se requiere conceder poderes excepcionales a las autoridades para “combatir” de manera eficaz al narcotráfico ha tenido un efecto corrosivo importante sobre el sistema de los derechos fundamentales, pero ese no era el objetivo declarado de la guerra contra las drogas. Las excepciones pueden ser temporales o pueden afectar a un solo grupo de individuos -los narcotraficantes, el crimen organizado-, pero la creación de un régimen “excepcional” que restrinja los derechos fundamentales es, en sí mismo, contrario a la lógica de los derechos fundamentales: que sean universales. Por otra parte, existe el riesgo de que en la medida de que las excepciones son admitidas al sistema jurídico, puedan posteriormente ser ampliadas -ver los casos

referidos en Madrazo (2014), en que la legislación secundaria derivada de la reforma constitucional penal de 2008 implica la colonización de la lógica del régimen de excepción dentro del régimen penal ordinario-.

Concretamente, la decisión de México de establecer un régimen penal de excepción para el “crimen organizado”, y la incrustación de este régimen en la Constitución misma, ilustra este tipo de medidas, y la amenaza que representan para las constituciones. En 2008 un régimen excepcional de derechos reducidos y poderes policíacos extraordinarios fue incorporado a la Constitución para los delitos realizados en modalidad de “crimen organizado” (incluyendo los “delitos contra la salud”, esto es, relacionados con drogas). El régimen de excepción fue adoptado en el mismo proceso de reforma constitucional en que la regulación constitucional del procedimiento penal ordinario (por oposición al procedimiento de excepción) fue revisado con el fin de que fuese más transparente y reflejase una lógica adversaria y privilegiara la oralidad (Diario Oficial de la Federación, en adelante DOF, 2008). En otras palabras, en 2008, México bifurcó su procedimiento penal; reconociendo que la discrecionalidad y la arbitrariedad han plagado históricamente tanto las investigaciones penales como los juicios, señalando al sistema de justicia penal como inoperante y opresivo, el constituyente permanente modificó el texto constitucional para incluir explícitamente

---

<sup>1</sup> El derecho a la salud es otro tema pero no lo discutiré aquí. Para unas consideraciones iniciales sobre el tema, ver Madrazo, 2010. En México existe una importante excepción a los límites a la libertad religiosa en el caso del peyote.

nociones tales como la presunción de inocencia, el juicio oral y público, los derechos de la víctima y una estructura contenciosa en los procesos penales. Al mismo tiempo, definió al crimen organizado vagamente (“tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”<sup>2</sup>) y creó un régimen de derechos reducidos para el procesamiento de “delinquentes organizados”. Este régimen de excepción incluye (i) la posibilidad de que los sujetos sean detenidos sin comunicación y sin cargos formales, hasta por 80 días si se considera necesario para cualquier investigación de “crimen organizado” (arraigo); (ii) una retención ampliada, es decir la retención de indicados por delitos puede ser del doble de tiempo (cuatro días) que en régimen penal ordinario, antes de que se le tenga que poner a disposición el juez o dejarle en libertad; (iii) la incomunicación en la cárcel (exceptuando la comunicación con su abogado defensor); (iv) la compurgación de penas en centros de reclusión “especiales”, separadas de la población general; (v) una autorización para establecer medidas no especificadas de vigilancia “especial”; y (vi) la posibilidad del desconocimiento de quién es el acusador. Todas estas medidas son, por supuesto, constitucionalmente prohibidas en el proceso de justicia penal “ordinario”.

El caso del arraigo es particularmente ilustrativo de los “costos constitucionales” que estamos dispuestos a pagar por nuestra guerra contra las drogas, y de su fácil extensión más allá del régimen de excepción. El arraigo es una medida (supuestamente) extraordinaria por la cual a las personas se les puede poner en lo que en otras latitudes se llama “arresto domiciliario” (*house arrest*), pero que en México se lleva a cabo, casi exclusivamente, en casas de seguridad de las autoridades. Para arraigar a alguien no hay necesidad de acusarle de un delito, sino simplemente sostener que su arraigo ayuda a tener “éxito” en una investigación. En México, la figura del arraigo fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte en 2005, ya que ésta sostuvo que la inclusión del arraigo al Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, resultaba incompatible con varios derechos del debido proceso establecidas en la Constitución federal (Suprema Corte de Justicia de la Nación, en adelante SCJN, 2005). La reforma constitucional penal del 2008, al insertar la figura del arraigo directamente en el texto de la Constitución (sin tocar los derechos con los cuales se había considerado que era incompatible), anuló la incompatibilidad constitucional haciendo que, técnicamente, resultara imposible de cuestionar. La inclusión se justificó como una excepción para permitir que el gobierno federal, y solamente éste, pudiera luchar contra

---

<sup>2</sup> Una de las funciones principales de “la ley de la materia” es, precisamente determinar qué delitos son susceptibles de realizarse en esta modalidad. Los delitos contra la salud, por supuesto, están incluidos en la lista, pero ésta incluye también robo de autos, secuestro y una lista larga. El punto aquí es que la remisión a “la ley de la materia” deja la decisión sobre a quiénes se les puede aplicar el régimen de excepción en manos del legislador ordinario; esto es, de las mayorías simples.

el crimen organizado y el narcotráfico.

El arraigo también es ilustrativo de los impulsos expansivos del régimen de excepción. La reforma constitucional incluyó un artículo transitorio por el cual el arraigo puede aplicarse a cualquier “delito grave”. El uso del arraigo se expandió enormemente durante la reciente “guerra contra las drogas” en México. En 2006, año en el que la administración del presidente Calderón declaró la guerra contra las drogas (en diciembre), el gobierno federal utilizó el arraigo en 42 ocasiones y obtuvo 137 sentencias condenatorias en el fuero federal por delitos cometidos bajo la modalidad del “crimen organizado”. En el 2010 el arraigo fue utilizado 1,679 veces, pero las sentencias condenatorias para el crimen organizado sólo aumentaron en 11 casos a 148 (Madrado y Guerrero, 2012). La encuesta del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) sobre la población de las prisiones federales de México (Pérez Correa y Azaola, 2012) también sugiere un uso muy liberal del arraigo por parte del Gobierno Federal: el 27% de los condenados en las cárceles federales declaran haber estado bajo arraigo antes de que se formularan los cargos en su contra, sin embargo, sólo 14.6% de los condenados fueron senten-

ciados por delitos cometidos en la modalidad de “crimen organizado”. Eso significa que el arraigo es utilizado en al menos el doble de ocasiones (no sabemos cuántos fueron detenidos bajo arraigo, pero no condenados) de las que el gobierno federal procesó exitosamente a personas por pertenecer al crimen organizado (esto, suponiendo que *todos* los condenados por crimen organizado fueron arraigados antes de ser acusados, lo cual no necesariamente es el caso).

Los límites y excepciones a otros derechos, como el derecho a la privacidad de las comunicaciones y el derecho de propiedad, también se han establecido en los últimos años. Por ejemplo, una ley del 2012 (DOF, 2012) permitió a los Ministerios Públicos obtener de los proveedores de telefonía celular, sin una orden judicial, la localización geográfica en tiempo real de los usuarios<sup>3</sup>; la Ley de la Policía Federal de 2009 (DOF, 2009b) permitió operaciones encubiertas, ilegales en México, hasta entonces, en virtud de ser consideradas una forma de incitación al delito (*entrapment*). Un recuento completo de todas estas intrusiones se justifica, pero supera las ambiciones de esta nota (al respecto, ver Madrado, 2014).

---

<sup>3</sup> La constitucionalidad de esta medida está a discusión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación al terminar este texto.

# REDISEÑO DEL GOBIERNO

Por reconfiguración del gobierno entiendo importantes ajustes de fondo a los arreglos por virtud de los cuales las facultades y responsabilidades se distribuyen entre poderes y/o ámbitos de gobierno. La reconfiguración de las relaciones y distribución de competencias entre los estados y la Federación es un ejemplo. La delegación de funciones legislativas o judiciales al Poder Ejecutivo podría ser otro. Lo que importa es que la forma en que se distribuye y limita el poder de las autoridades se altera. La reconfiguración constitucional de facultades y responsabilidades entre ámbitos de gobierno y poderes a fin de hacer efectiva una política pública específica (y muy cuestionada) debería llamar nuestra atención. Es contraintuitivo pensar que el diseño constitucional del gobierno deba ajustarse en función de las políticas públicas específicas, pues éstas deben supeditarse al contexto en el que se despliegan y los objetivos específicos que pretenden atender. Parece, sin embargo, que se trata de un fenómeno esperado o, al menos, fácilmente aceptado en el contexto de la guerra contra las drogas.

En los últimos años, México ha experimentado precisamente este tipo reconfiguración constitucional: las relaciones entre el gobierno nacional, los estatales y municipales han sido modificadas como medidas de seguridad para hacer frente a la amenaza del narcotráfico. Aunque, en teoría, temporales y extraordinarias, estas medidas han resultado

más bien duraderas. Por ejemplo, llevamos varios años considerando que es normal que las funciones de la policía municipal sean realizadas por las fuerzas federales (policiales y militares) en ciudades específicas. Esto, en sí mismo, debería ser preocupante, no normal; más aún cuando expliquen -al menos parcialmente- el inusitado crecimiento de las tasas de homicidios en ciudades específicas (Escalante, 2010).

Sin embargo, quiero ilustrar el fenómeno de la reestructuración del gobierno con una transformación menos mediática: un reordenamiento de la relación Federación-estados que fue, desde el inicio, de manera explícita permanente. La Ley de Narcomenudeo (DOF, 2009), a menudo presentada como una reforma encaminada a “descriminalizar” el consumo de drogas (percepción imprecisa, por decir lo menos; al respecto ver Madrazo, 2012, 2014) fue la primera ocasión, en más de un siglo y medio, en que el gobierno federal ha estado facultado constitucionalmente para intervenir en la política criminal estatal (al menos oficialmente). Desde el derrocamiento de la dictadura de Santa Anna en 1855 y el establecimiento definitivo de México como una república federal con la Constitución de 1857, los estados habían tenido una autonomía completa con respecto a su legislación penal (excepto, por supuesto, por los límites establecidos a través de los derechos constitucionales federales).

En 2005, en un primer intento frustrado de aprobar una primera versión de la Ley de Narcomenudeo, el constituyente permanente modificó la Constitución, facultando al Congreso federal: “en las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales”. La salud es materia concurrente y los delitos de drogas se clasifican oficialmente como “delitos contra la salud”. La reforma constitucional de 2005 habilitó lo que no sería una realidad sino hasta el 2009 con la aprobación de una segunda versión de la Ley de Narcomenudeo. Se trató de un conjunto de reformas, a las leyes federales en materia penal y de salud, que transfirieron la jurisdicción para perseguir ciertos delitos de drogas (narcomenudeo) a los estados. La idea central de la reforma es coherente con uno de los objetivos programáticos clave del presidente Calderón (quien la impulsó): llevar a los gobiernos estatales y locales a bordo de la “guerra contra las drogas” (Plan Nacional de Desarrollo 2007), que, según él, no alcanzaba el éxito esperado, ya que se estaba llevando a cabo de manera aislada por la Federación. Los delitos de drogas habían sido, hasta 2009, de competencia exclusiva del gobierno federal. Con la Ley de

Narcomenudeo éstos pasaron a ser también de competencia estatal. La idea central de la reforma establece que la posesión y la venta de hasta ciertas cantidades de drogas caen bajo la autoridad de los estados y en cantidades mayores se mantiene la competencia a nivel federal. Al proponer la adopción de esta ley, el presidente Calderón pretendió obligar a los gobiernos estatales a asumir como propia la “guerra contra las drogas” que su gobierno había lanzado un par de años antes.<sup>4</sup>

Hasta hoy, la mayoría de los estados han sido lentos o renuentes en ejercer su nueva jurisdicción (Pérez Correa, Alonso y Silva, 2013). Al menos uno -Campeche- intentó variar la política federal, aumentando las cantidades de drogas que determinan qué casos deben ser “descriminalizados” y cuáles deben de ser procesados penalmente. La reacción del gobierno federal fue rápida y enérgica: desafió los ajustes del estado de Campeche y obtuvo una sentencia de la Suprema Corte que indica que la determinación de *cuáles* conductas pueden ser castigadas (tipo penal) y *qué tanto* (penas) deben ser castigadas es exclusivamente prerrogativa del Gobierno Federal (SCJN, 2011), limitándose la jurisdicción local al *cómo* deben perseguirse.

Se puede sostener que el derecho penal debería ser uniforme y de jurisdicción

<sup>4</sup> Si los estados *pueden o deben* perseguir delitos contra la salud, es una cuestión que está sujeta a cierta incertidumbre. La mayor parte de los estados no han resistido ni asumido plenamente la competencia (al respecto ver Pérez Correa, Catalina y Meneses, Rodrigo (2014), “La guerra contra las drogas y el procesamiento penal de los delitos de drogas (2006-2012)”. La intensión del gobierno calderonista fue, claramente, obligar a las entidades federativas a participar en su “guerra”. Sin embargo, la propuesta original de Calderón sufrió -en otros aspectos- cambios importantes en el proceso legislativo que obligan a poner en duda que el legislador compartiera esa intensión. Lo que es más, el texto constitucional es claramente facultativo al señalar que las entidades federativas *podrán* perseguir delitos federales (Madrazo, 2012).

nacional. Otras federaciones, como Canadá, mantienen la materia penal como un asunto exclusivamente federal; pero no es el caso de México. El derecho penal estatal (por oposición al federal) como una cuestión a ser decidida exclusivamente por los gobiernos estatales fue, hasta 2005, una decisión constitucional sólida y una de las competencias más importantes reservadas a los estados en nuestro sistema federal. La excepción a esos principios fue forjada en el contexto de la “guerra contra

las drogas” y en la actualidad las relaciones federal-estatales, en materia de derecho penal, se encuentran en un proceso de profunda transformación. Esta transformación incluye esquemas de colaboración institucional que establecen “unidades” de esfuerzo entre las procuradurías y policía federal y estatal -los Centros de Operación Estratégica (COE)-, que surgieron para coordinar esfuerzos en la persecución de delitos contra la salud, pero que hoy van más allá.

## COLAPSO DE CATEGORÍAS Y CONFUSIÓN DE FUNCIONES

Por confusión de funciones y colapso de categorías me refiero a la difuminación de las distinciones que permiten saber qué autoridad está facultada para qué actividad y cuál cumple ciertas funciones. Esta difuminación se traduce en la disminución de la claridad normativa y, en consecuencia, de la seguridad jurídica de la que deberían gozar los ciudadanos cuando enfrentan la acción del Estado. Esto puede ser entendido como un costo constitucional *indirecto*, por oposición a los cambios *directos* al sistema constitucional que disminuyeron derechos o socavaron principios tales como el federalismo, descritos en las dos secciones anteriores. Este tipo de costo constitucional es *indirecto* porque en colapsar categorías o confundir funciones de las autoridades se fo-

menta la inseguridad jurídica. Por lo tanto, un compromiso constitucional fundamental -el principio de legalidad - que debe regir toda la acción del Estado, pero especialmente las acciones represivas se ve debilitado. La distinción en sí misma no es (necesariamente) un valor constitucional, pero su colapso o confusión afecta a un compromiso constitucional fundamental: la seguridad jurídica. La difuminación de las distinciones anteriormente claras (o comparativamente claras) hace a los ciudadanos más vulnerables a la arbitrariedad y a las autoridades menos responsables de sus acciones.

Para ilustrar este tipo de costo constitucional que, al menos en México, ha alcanzado proporciones alarmantes, echo mano



tanto del colapso de categorías normativas, como de la confusión de funciones gubernamentales. Tradicionalmente, había habido una clara distinción entre tres categorías normativas diferentes: la seguridad nacional, la seguridad pública y la procuración de justicia. Cada uno de estos conceptos se refiere a un área distinta del actuar estatal, y quedaba a cargo un órgano específico del Estado. La seguridad nacional se refería a amenazas externas a la comunidad política y fue el ámbito propio de las fuerzas armadas. En consecuencia, las funciones de las fuerzas armadas se debían limitar a hacer frente a las amenazas “existenciales” del Estado (excepcionalmente, atendían también catástrofes naturales). La seguridad pública se refería a amenazas internas a la sociedad sin cuestionar la autoridad política y era el ámbito de los diferentes cuerpos de policía -federal, estatal y municipal-; incluía la prevención del delito y lucha contra el crimen en los casos de flagrancia, pero no las investigaciones penales (que corresponden al ámbito de la procuración de justicia). La investigación de delitos y la procuración de justicia fue el “monopolio” del Ministerio Público -esto es, las procuradurías generales (ya sean estatales o federales)- que debían ser asistidos por una policía especial, directamente subordinada a la procuraduría y la única que podía llevar a cabo investigaciones en materia penal. En resumen: la seguridad nacional era el ámbito de las fuerzas armadas, la seguridad pública del ámbito de los cuerpos policiales, y la investigación de delitos el ámbito de las procuradurías generales.

A partir del 2005, una vez más, en un supuesto intento de dotar a las autoridades con las herramientas para poder hacer cumplir la prohibición de drogas y la lucha contra la delincuencia organizada (enfaticando el narcotráfico), estas distinciones se derrumbaron rápidamente. En ese mismo año, la novedosa Ley de Seguridad Nacional (DOF 2005) y, por lo tanto, el alcance del ámbito de acción de las fuerzas armadas, de forma que entre estas quedaron incluidos “actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada” y “actos tendientes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada” (Madrazo, 2014).

De este modo, esta definición le dio fundamento legal a “las operaciones navales y militares contra la delincuencia organizada”. Es decir, aunque el texto parece presuponer operaciones navales y militares, está, de hecho, legalmente habilitándolas. Sin embargo, el crimen y la delincuencia organizada fueron y son -según el texto de la Constitución- la esfera *exclusiva* de la Procuraduría General de la República, que tiene el “monopolio” para iniciar el proceso penal. Esto significa que, en torno al concepto de la delincuencia organizada, que sigue siendo el ámbito del Procurador General, la Ley de Seguridad Nacional estableció una “zona de penumbra” mal diferenciada del núcleo, que permitió a las fuerzas armadas ser desplegadas en la lucha contra el crimen (organizado). Esta es la confusión fundamental que permitió al presidente Calderón desple-

gar al Ejército y a la Marina en forma masiva para llevar a cabo el trabajo de la policía -en algunos casos, inclusive, suprimiendo y sustituyendo la policía local- a lo largo y ancho del país. La Ley de Seguridad Nacional también incluye amplias cláusulas que le dan poder a las fuerzas armadas para colaborar y apoyar las investigaciones penales realizadas por la Procuraduría General de la República.

La participación de las fuerzas armadas en el trabajo policial y de las investigaciones penales que han llegado al extremo de tener a la Marina patrullando los desiertos de Coahuila, lejos de cualquier masa de agua-continúo, de manera ininterrumpida, incluso después de la reforma constitucional de 2008 (anteriormente mencionada) que establecía que *sólo* organismos civiles podrían llevar a cabo funciones de policía. Esto nos lleva a la siguiente equiparación: la reforma de 2008 redefinió el concepto de “seguridad pública” para incluir a la investigación penal (al tiempo que afirmaba, de manera retórica al parecer, que la seguridad pública debía estar a cargo exclusivamente de órganos civiles), colapsando así las actividades policiacas con la procuración de justicia (Madrado, 2014). Otras reformas, posteriores y derivadas, incluyeron la Ley de Policía Federal de 2009 (DOF, 2009b) que dio amplias facultades a la policía federal para “ayudar” (coadyuvar) a la Procuraduría General en la investigación de delitos mediante la participación directa en las investigaciones que ésta llevara a cabo. Aún más: también se facultó a la policía para llevar a cabo investigaciones “preventivas” independientes. La pri-

mera pregunta que surge es en qué -además de la ausencia de la Procuraduría General- difieren las investigaciones preventivas de las investigaciones sobre las cuales las oficinas de los Procuradores Generales tienen, dice la Constitución, un monopolio.

El resultado de estos colapsos y confusiones -entre la seguridad nacional, la seguridad pública y la investigación penal- ha generado una situación de enorme incertidumbre en la que no está claro lo que hace cada uno de los organismos involucrados -el Ejército, la Marina, la Policía Federal y la Procuraduría General de la República- ni quién es responsable de qué: ¿quién puede detener, investigar, cuestionar y presentar cargos en contra de quién? La incertidumbre es el menor de los males que esto implica para la población civil. La situación ha llegado a proporciones alarmantes. Jesús Murillo Karam, Procurador General del gobierno que asumió el poder inmediatamente después de la administración calderonista, declaró al respecto que estas confusiones anulaban la capacidad de la Procuraduría para investigar los delitos:

Se le puso un rol a la policía que tenía la Procuraduría, digo, que tenía, porque ya no son policías, resulta que [los policías directamente bajo la autoridad de la Procuraduría encargados de realizar las investigaciones] se comenzaron a ocupar para hacer labores de escoltas o traslado de detenidos, y no para apoyar al Ministerio Público en sus investiga-

ciones. (...) Mientras que se le dieron todas las facultades a la Policía Federal para hacer la investigación; pues lo que sucedió es que la Policía Federal y la Procuraduría tuvieron un conflicto, no había interacción, y hoy estamos viendo el efecto de esa cuestión, consignaciones que se han venido cayendo una tras otra, porque no hubo una investigación suficiente para integrar (...) [De los más de cuatro mil agentes especiales de la Policía Federal Ministerial], sólo 495 estaban asignados a trabajos de investigación (...) [El resto del personal] estaba asignado a labores de escolta o guardaespaldas para diferentes personas (*Excélsior*, 2013).

Si la policía preventiva hace trabajo de la Procuraduría y, a su vez, la policía de la Procuraduría funge de guardaespaldas, no debe sorprendernos que, inclusive, los procesos criminales mas notorios fracasen en México. Al mismo tiempo, como Alejandro Anaya (2014) ha documentado, encargar tareas de seguridad pública a las fuerzas armadas también ha tenido repercusiones graves en materia de derechos humanos. El resultado final, al parecer, es que la ciudadanía no goza de los beneficios de contar con un sistema penal funcional, pero, por el contrario, sí debe cuidarse de no ser detenida por el Ejército si llega a manejar en carretera. Cuando cualquier autoridad puede realizar cualquier acción, y nadie es responsable de que las cosas que deben suceder (investigación, procuración de justicia) sucedan, el resultado es la más profunda inseguridad e incertidumbre para todos; excepto para las autoridades.

# CONCLUSIONES

La guerra contra las drogas exige grandes sacrificios a las sociedades de todo el mundo. Entre ellos tenemos que tomar en cuenta cambios fundamentales que, como comunidades políticas, estamos dispuestos a emprender. Los sacrificios que asumimos en tanto comunidades políticas deben ser contados entre los otros muchos costos de la guerra contra las drogas. Cuando sacrificamos los valores fundamentales que compartimos y renunciamos a compromisos básicos que nos habíamos prometido unos a otros como partícipes de una comunidad política, tenemos que estar seguros de que lo hacemos por una buena (y poderosa) razón. Hasta ahora, los costos constitucionales no han sido sopesados como tales, sino como medidas excepcionales y extraordinarias que debemos adoptar para lograr nuestro objetivo; medios para un fin. Sin embargo, estas medidas nos están transformando y si seguimos aceptándolas sin verlas como costos a cargo de la forma en que existimos como comunidades, pronto dejaremos

de reconocernos en nuestros sistemas políticos. Nuestra forma de organización y nuestros compromisos normativos más sentidos ya no estarán allí, al menos no como los conocemos.

La agenda que propongo es que nos demos la tarea de identificar y analizar estos costos constitucionales, entendiéndolos como tales. Propongo que, al hacerlos visibles, los comparemos a través de nuestras diferentes experiencias en nuestros distintos países y exploremos lo que tienen en común. Sólo al enfrentarlos como lo que son -un sacrificio de la forma en que nos constituimos- seremos capaces de ponderar lo mucho que nos exigimos para hacer efectiva la prohibición de las drogas. Y conscientes de lo que cuesta, habrá que preguntarnos si estamos dispuestos a seguir pagando una guerra que no podemos ganar. Contar los costos constitucionales de la guerra contra las drogas es una manera en la que podemos ver con claridad que, al final, la guerra contra las drogas es una guerra contra nosotros mismos.

## REFERENCIAS

- Abramovich, Victor y Courtis, Christian (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.
- Michelle Alexander, Michelle (2010). *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. The New Press.
- Anaya, Alejandro (2014). *Violaciones a los derechos humanos en el marco de la estrategia militarizada de lucha contra el narcotráfico en México 2007 a 2012*. CIDE.
- Castillo, Camilo Juan, Mejía Lodoño, Daniel y Restrepo, Pascual (2013). *Illegal Drug Markets and Violence in Mexico: The causes beyond Calderón*. On file.
- Escalante Gonzálbo, Fernando (enero, 2010). La muerte tiene permiso, Nexos.
- Ferrajoli, Luigi (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Forné Silva, Carlos, Pérez Correa, Catalina y Gutiérrez, Rodrigo (septiembre-diciembre, 2012). Uso de la fuerza letal. Muertos, heridos, y detenidos en enfrentamientos de las fuerzas federales con presuntos miembros de la delincuencia organizada, *Desacatos*, No. 40, CIESAS.
- Gargarella, Roberto (2010). *The Legal Foundations of Inequality*. Cambridge University Press.
- Madrazo, Alejandro (2010). *¿Qué hacer con las drogas?*, Vázquez, Rodolfo (ed.) Fontamara-ITAM
- Madrazo, Alejandro (2012). La Ley. En *Más allá de la guerra de las drogas: Informe Jalisco*, Aguilar Camín et al., Nexos-Cal y Arena.
- Madrazo, Alejandro (2014). *El impacto de la política de drogas 2006-2012 en la legislación federal*. CIDE.
- Madrazo, Alejandro y Guerrero, Ángela (diciembre, 2012). Más caro el caldo que las albóndigas, Nexos.
- Pien Metaal, Pien y Youngers, Coletta (eds.). (2011). *Prisons Overload: Drug Laws and Prisons in Latin America*. TNI-WOLA.
- Pérez Correa, Catalina y Azaola, Elena (2012). *Resultados de la Primera Encuesta realizada en los Centros Federales de Readaptación Social*. CIDE.
- Pérez Correa, Catalina, Alonso, Fernanda y Silva, Karen (2013). *La reforma en materia de narcomenudeo: seguimiento de los cambios legislativos e institucionales*. DTEJ 61, CIDE.
- Uprimny, Rodrigo, Guzmán, Diana y Parra, Jorge (2013). *Addicted to Punishment: The Disproportionality of Drug Laws in Latin America*, de Justicia, Working Paper 1.

Vicenteño, David (30 de mayo de 2013). PGR admite que dejó de indagar. *Excélsior*.

Diario Oficial de la Federación (DOF), 20 de agosto, 2009. Decreto por el que reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código de Procedimientos Penales.

Diario Oficial de la Federación (DOF), 18 de junio, 2008. Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución.

Diario Oficial de la Federación (DOF), 17 de abril, 2012. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, el Código Penal Federal, la Ley Federal de Telecomunicaciones, de

la Ley que Establece las Condiciones Mínimas Sobre Readaptación Social de los Sentenciados y de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Diario Oficial de la Federación (DOF), 3 de enero, 2005. Decreto por el que se expide la Ley de Seguridad Nacional.

Diario Oficial de la Federación (DOF), 1 de junio, 2009. Decreto por el que se expide la Ley de la Policía Federal.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 20/2003; 2005.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 20/2020; 2011.





Este Cuaderno de Trabajo *Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas: una primera aproximación (desde México)* se terminó de imprimir en junio de 2014, en los talleres de Impresos Minerva, en Av. Independencia No. 126, Aguascalientes, Ags., México. El tiraje constó de 300 ejemplares.

La corrección de estilo la realizó Teresa Cuellar Miranda y el diseño gráfico Armín Cortés. Punto y Aparte Mercadotecnia desarrolló la página [www.politicadedrogas.net](http://www.politicadedrogas.net)





## Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas: una primera aproximación (desde México)

Los costos de la prohibición de las drogas -o, en su versión más belicosa, la "guerra contra las drogas"- son muchos. Los esfuerzos para identificar, comprender y cuantificarlos van en aumento. Independientemente del éxito o fracaso que ha tenido el régimen prohibicionista, hoy vigente, para reducir la oferta de drogas, los costos que implica son cada vez más preocupantes. Estos esfuerzos permiten hacer una evaluación más matizada y realista de las políticas prohibicionistas actualmente en vigor.

En *Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas: una primera aproximación (desde México)*, de Alejandro Madrazo Lajous, se manifiesta que por "costos constitucionales" se entienda a la restricción, supresión, neutralización, o cualquier otra afectación a los valores e instituciones de gobierno largamente consagrados y valorados, con el fin de hacer más efectiva una política pública específica. Con ello, su autor propone que se cumpla la prohibición de las drogas no sólo en términos de dinero y sangre, sino también en lo que respecta a los efectos jurídicos y políticos que esta "guerra" ha tenido en la configuración de las comunidades políticas. Así deja abierto el siguiente cuestionamiento: ¿hasta qué punto estamos dispuestos a cambiar la forma y fondo de nuestras organizaciones políticas para eliminar el consumo de drogas?

### Sobre el autor

Alejandro Madrazo Lajous. Estudió la carrera de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), recibiendo de éste último con mención honorífica. Posteriormente obtuvo la maestría y el doctorado, ambos en Derecho, por la Universidad de Yale, EU.

Es Profesor-Investigador de Tiempo Completo en el CIDE Región Centro. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I. Ha publicado en revistas especializadas en México y el extranjero sobre la enseñanza del derecho, la historia del pensamiento jurídico, la libertad de expresión, la justicia electoral, los derechos sexuales y reproductivos, el control del tabaco y la regulación de drogas.

Contacto: [alejandro.madrado@cide.edu](mailto:alejandro.madrado@cide.edu) / [@BuenMadrazo](https://twitter.com/BuenMadrazo)

