

La selectividad del poder punitivo desde la perspectiva de la Teoría de Género: el caso de Milagro Sala

The selectivity of punitive power from the perspective of Gender Theory: the case of Milagro Sala

Constanza Estepa¹

Resumen: La presente propuesta surge desde la Teoría Crítica del Derecho para aportar elementos que nos permitan comprender en tiempo y espacio las razones por las cuales se encuentra detenida la dirigente argentina de la organización Barrial Tupac Amaru: Milagro Sala. Este trabajo pretende la promoción y defensa de los Derechos Humanos incorporando categorías de análisis de la Teoría de Género a través del estudio de un caso particular con el objeto visibilizar las principales dificultades a las que se enfrenta el Derecho en un contexto de retorno de políticas neoliberales en la región.

Abstract: The present proposal arises from the Critical Theory of Law to provide elements that allow us to understand in time and space the reasons why the Argentine leader of the organization Tupac Amaru: Milagro Sala is being detained. This work aims to promote and defend Human Rights by incorporating categories of analysis of the Theory of Gender through the study of a particular case with the object to visualize the main difficulties facing the Law in a context of return of neoliberal policies in the region

Palabras clave: Derechos Humanos; Poder Punitivo; Criminalización; Libertad de Expresión; Género

Introducción:

Las críticas del movimiento feminista al Derecho pueden ser catalizadores de transformaciones democratizantes en su interior (Facio:1999). Es importante para toda la comunidad jurídica analizar al Derecho desde una perspectiva de género para comprender y detectar las distintas discriminaciones que no sólo sufrimos las mujeres sino también los colectivos históricamente

¹ Abogada (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario). Maestrada Maestría de Derechos Humanos UASLP becaria CLACSO-CONACYT. Disciplina: Ciencias Jurídicas. Adscripta a la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Líneas de investigación: Derechos Humanos, Criminología, Filosofía de la Liberación, Movimientos Sociales. constanzaestepa@hotmail.com

oprimidos de nuestra América Latina (Scott, 1986:1053-1075). La llamada Teoría de Género incorpora elementos críticos para categorizar al Derecho (y a todas las ciencias) y sus aplicaciones a través de instrumentos conceptuales nuevos que caminan en un sentido de equidad; donde no se parte de una comprensión simplista de la sociedad, sino que se toma en cuenta la realidad social como construcción cultural donde operan poderes en uno u otro sentido.

En ese sentido Alda Facio realiza una propuesta para entender la importancia de la incorporación de la Teoría de Género y el Feminismo en el Derecho:

Considero que todas las corrientes del feminismo buscan algún grado de transformación del status jurídico y social de las mujeres, y por ende, necesariamente pretenden transformar las relaciones de poder entre los géneros, lo que a su vez transformaría radicalmente las relaciones entre las clases, razas, pueblos, etc. y la estructura misma de las sociedades y del pensamiento (Facio:1999)

No podemos dejar de señalar que si bien se habla de Feminismo y no de feminismos se hace con el objeto de sintetizar los principales puntos de coincidencia entre las diversas teorías y corrientes feministas; para la autora costarricense todas aquellas posturas feministas que tienen como objetivo el esclarecimiento del rol que desempeña el Derecho en el mantenimiento del patriarcado deben considerarse aportes a la Teoría Crítica del Derecho.

Si nos remitimos sólo a los instrumentos jurídicos internacionales parecería en un primer momento que todas las mujeres nacemos iguales que los hombres (según establece la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*), el Derecho Internacional se ha esforzado en legislar en ese sentido específicamente a través de *La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, incluso en el texto constitucional argentino se menciona la obligación al Congreso Nacional de legislar en miras de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres (Art. 75 inc 23); como así también se garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos consagrando la igualdad de oportunidades en el acceso a cargos electivos entre hombres y mujeres (Art. 37). Es decir, si el discurso sobre los Derechos Humanos ha cristalizado la igualdad entre hombres y mujeres en los instrumentos internacionales y en el caso particular de la República Argentina en su carta magna ¿cuál es la razón o cuáles son las razones por las cuales dicha igualdad

no se materializa en la realidad social?¹.

El Feminismo se pregunta sobre las razones y la Teoría de Género realiza un aporte de análisis más que enriquecedor para poder develar la cuestión. Alda Facio enumera algunas de las causas por las cuales muchos países legislan en miras de una supuesta igualdad de género y luego estas propuestas no sólo no resuelven la desigualdad sino incluso la aumentan:

Recordemos que muchas leyes que se han promulgado para el supuesto mejoramiento de la condición jurídica de las mujeres, con el tiempo han producido otras discriminaciones hacia algunas o muchas de nosotras. Esto es así porque las leyes son más reflexivas que constitutivas de realidades sociales y generalmente siguen la huella de los lineamientos existentes del poder (Facio:1999)

En ese sentido la antropóloga argentina Rita Laura Segato realiza una crítica iusfundamental del Estado que ayuda a comprender la situación que también aborda Alda Facio “el Estado con una mano introduce el mal, con la otra le inculca la vacuna. Dos caras de la misma moneda” (Segato, 2015:132); lo que señala Segato no es más que lo que han planteado algunas teorías feministas que entienden que Estado moderno² patriarcal sólo da pequeñas concesiones de derechos que nos arrebató a todas las mujeres a lo largo de la historia. Más allá de las limitaciones a las que nos somete el Estado moderno y que vale la pena estudiarlas como sistémicas debemos avanzar desde el Feminismo hacia una Teoría Crítica del Derecho que pretenda efectuar un cambio radical de perspectiva respecto de las teorías tradicionales en la observación del fenómeno jurídico, debemos vincular el Derecho con los procesos histórico-sociales en permanente transformación, no sólo tenemos que describir al objeto Derecho, sino que, al hacerlo, debemos afectarlo desde su raíz (Facio:1999).

Consideramos que desde un análisis (materialista) del Derecho como instrumento que sólo sirve para oprimir a las pueblos y será utilizado por la clase dominante que lo creó (los hombres) según sus necesidades para mantener el status quo social³ nos quedamos con una propuesta que no trabaja de manera integradora la cuestión porque parte desde una premisa fuertemente pesimista y de supuesta lucha entre los hombres y las mujeres; por otro lado podemos encontrar feminismos que se centran en la transformación del derecho a través de las reformas legislativas con perspectiva

de género y en la incorporación de más mujeres a los órganos de decisión gubernamentales⁴; estas propuestas tienen a parcializar la problemática en aspectos meramente formales y no visibilizan el carácter esencialmente patriarcal del Derecho, creen que con más leyes se soluciona la cuestión.

Tal como lo hemos desarrollado a lo largo de esta introducción, vamos a encontrar espacios de cuestionamiento y de lucha en el Feminismo para con el Derecho, algunas categorías serán trabajadas con mayor profundidad según el colectivo social del que se trate como así también del contexto en el cual tengan lugar. El análisis situado será fundamental para comprender este fenómeno; pero no podemos dejar de utilizar las categorías que incorporan las diversas Teorías de Género siempre que partan de un análisis crítico de la realidad social por sólo considerarlas parciales, cada categoría abona a la Teoría de Género y al Derecho especialmente. La gama de críticas que vienen tomando fuerza en la academia, en las calles, en las instituciones, en las familias, que parten desde el Género visibilizan los sesgos androcéntricos⁵ del Derecho incluso en que lo llamamos Derechos Universales; lo que nos obliga a cuestionar las propias suposiciones de objetividad, racionalidad y universalidad que subyacen en la concepción liberal del fenómeno jurídico (Facio:1999).

La Teoría de Género nos propone entonces salir del paradigma masculino, universal, abstracto, distributivo y neutral que nos propone el Derecho porque éste no será suficiente para un abordaje de la cuestión de manera integral. No podemos desconocer la importancia de conectar el Derecho con las teorizaciones de las ciencias sociales que han incorporado al Género como categoría de análisis; si lo hacemos nos perderemos la posibilidad de ser capaces de identificar las conductas discriminatorias, no sólo hacia las mujeres sino a cualquier otro colectivo social.

Todo sistema de dominación tiende a presentarse a sí mismo como una realidad objetiva que deriva necesariamente del orden natural de las cosas (Cuvillo, 2010: 79-112); la Teoría de Género ha dado este gran aporte para explicar por qué existe una dominación en el sistema patriarcal: algunas nacemos mujeres y otros nacen hombres. Si bien tenemos claras diferencias biológicas que son constantes, estas diferencias han sido utilizadas para establecer diferenciaciones de los tipos culturales y simbólicos que son variables que tienden a justificar las desigualdades entre hombres y mujeres.

A partir de las categorías que incorpora la Teoría Feminista y la Teoría de Género, analizaré el caso de la dirigente de Tupac Amaru Milagro Sala, quien se encuentra detenida sin condena a

pesar de las recomendaciones⁶ (y exhortaciones)⁷ que han dado los distintos organismos internacionales al gobierno nacional argentino. La propuesta de análisis de este caso surge porque en numerosos medios de comunicación⁸, como así también en el Encuentro Nacional de Mujeres de Argentina⁹ se ha afirmado que la dirigente jujeña “está presa por ser mujer, pobre, indígena y militante social”; si bien se puede estar de acuerdo con el enunciado que diversos colectivos sociales comparten respecto de la condición de Milagro Sala, considero que es de suma importancia trabajar el caso desde un abordaje interdisciplinario del Derecho:

Una de esas metodologías que tendría que utilizar (el Derecho) sería la de la reconstrucción como método de análisis de los conceptos supuestamente neutros para demostrar su verdadera naturaleza androcéntrica, así como para visibilizar las relaciones de poder que oculta. Asimismo tendría que recurrir a distintas formas de hacer crítica, como por ejemplo, testimonios o narrativas que permitan construir realidades sociales alternativas al tiempo que faciliten la protesta contra la aceptación acrítica de métodos y discursos que dejan por fuera gran parte de las distintas formas que toma la opresión a las mujeres (Facio:1999).

El poder punitivo siempre es selectivo

Comenzaré el análisis del caso con un principio del poder punitivo que trabaja el jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni; para el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el poder punitivo es aquella acción que realiza un Estado que se centra en el proceso de selección de aquello que se quiere criminalizar. El ex juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación divide la selección de lo que se pretende criminalizar en dos categorías: Primaria y Secundaria. La Primaria atiende al acto de sancionar leyes que penalicen una conducta particular, aquí interviene el poder legislativo y el poder ejecutivo; por otro lado la Secundaria a criterio Zaffaroni es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, aquí intervienen las agencias policiales, las agencias judiciales y el poder político materializado en el poder ejecutivo (Zaffaroni, 2002: 7-8).

A criterio del jurista argentino es muy selectiva la operatividad de la criminalización Secundaria porque las agencias que intervienen en éste orden tienen capacidad limitada:

Incumbe a ellas decidir quiénes serán las personas que criminalice y, al mismo tiempo,

quiénes han de ser las víctimas potenciales de las que se ocupe, pues la selección no sólo es de los criminalizados, sino también de los victimizados. Esto responde a que las agencias de criminalización secundaria, dada su pequeña capacidad frente a la inmensidad del programa que discursivamente se les encomienda, deben optar entre la inactividad o la selección (Zaffaroni, 2002:9).

En ese sentido Zaffaroni concluye que la actividad selectiva está condicionada por el poder de otras agencias en las que incluye los medios de comunicación, los partidos políticos, la construcción de la moral social en un tiempo y espacio determinado que el jurista categoriza como *condicionantes coyunturales*.

Los aportes de la obra del juez argentino son sumamente valiosos para comprender la selectividad inherente al poder punitivo de un Estado; Zaffaroni concluye que en América Latina esta selección reviste ciertos caracteres comunes. El Estado tiende a buscar un enemigo que sea una persona (o a un grupo de personas) desvalorizada socialmente en un momento determinado para asociarla de una manera más sencilla a todas las cargas negativas existentes a través de los prejuicios. Es decir, el poder punitivo en su etapa de selección Secundaria prefiere elegir a una persona pobre que, a una persona rica, a una mujer que a un hombre, a un indígena que a un blanco, a un político que a un empresario, a un inmigrante que a un nacional. “Termina fijando una imagen pública del delincuente, con componentes clasistas, racistas, etarios, de género y estéticos. El estereotipo acaba siendo el principal criterio selectivo de criminalización secundaria” (Zaffaroni, 2002:11).

El juez a su vez aborda la cuestión de la selectividad del poder punitivo desde el plano jurídico más elemental:

es obvio que ésta selección lesiona el principio de igualdad, que no sólo se desconoce ante la ley, sino también en la ley, o sea que el principio de igualdad constitucional no sólo se viola en los fundamentos de la ley sino también cuando cualquier autoridad hace una aplicación arbitraria de ello (Zaffaroni, 2002:10).

Finalmente, el jurista analiza las categorías de vulnerabilidad y sistema penal, estableciendo

que el sistema penal lo que termina decidiendo es la selección de lo que pretende penar y no la comisión del injusto; en Argentina tuvieron que pasar casi 30 años para que la selectividad penal elija juzgar a los genocidas responsable de los crímenes de masa¹⁰ de la última dictadura cívico-militar: “creemos que es más o menos claro que cuando una persona se coloca en situación de vulnerabilidad es cuando el sistema penal la selecciona y la instrumenta para justificar su propio ejercicio de poder” (Zaffaroni, 2005:275)

La posición de vulnerabilidad es una condición principalmente social que puede definirse en el derecho penal como el riesgo que implica para la persona pertenecer a un grupo, clase, etnia, género de encajar en el estereotipo que el sistema penal elige criminalizar.

La vulnerabilidad no es sólo clasista, sino también de género, etaria, racista y, por supuesto, prejuiciosa. Las mujeres son criminalizadas en menor número que los hombres, pero son victimizadas en medida igual y superior (Zaffaroni, 2002:15)

Nos parece más que necesario entender la complejidad social a la que nos enfrentamos cuando pretendemos analizar el caso de Milagro Sala, no podemos responder a la pregunta que cuestiona el por qué de la detención de la líder de Tupac Amaru sin antes comprender que el sistema penal y el poder punitivo están atravesados por un criterio de selectividad que prefiere perseguir a una mujer, indígena, pobre y militante. A Milagro Sala se la acusa de liderar una acción de protesta contra el poder ejecutivo de la Provincia de Jujuy, se encuentra detenida por ejercer el derecho a la protesta reconocido por numerosos ordenamientos internacionales de Derechos Humanos. Las agencias judiciales, políticas y mediáticas le reprochan una conducta del tipo penal a Milagro Sala encuadrando su acción en preceptos que el Código Penal argentino criminaliza; la líder de Tupac Amaru lleva casi dos años detenida en prisión preventiva sin condena.

Estamos convencidos que la detención de la dirigente fue un punto de inflexión en el Estado argentino respecto al tratamiento de los conflictos sociales, ya que pone en manifiesto el mensaje amenazante de un Estado que busca disciplinar a través de la represión y criminalización de los dirigentes políticos disidentes.

La situación de la presa política Milagro Sala puso en alerta a numerosas organizaciones políticas y sociales, ya que se encuentra detenida desde enero del 2016 sin condena de prisión

efectiva. Sobre la situación se ha pronunciado el Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria de Naciones Unidas (GTDA): “*La detención de la señora Milagro Sala es arbitraria, el GTDA ordena la libertad inmediata de la parlamentaria*”(Diario Página12, 2016); *el GTDA a su vez también señala: “el Estado impidió el ejercicio del derecho de defensa de Sala por la falta de precisión y claridad de los hechos que se le imputan y por no informarle adecuadamente los delitos por los que es acusada. También entendió que Milagro Sala por su condición de parlamentaria del Mercosur contaba con fueros que impedían su detención. La detención de Sala se dio como resultado del ejercicio de sus derechos humanos*”(Diario Perfil, 2017).

A continuación, intentaremos encontrar las razones por las cuales Milagro Sala fue elegida por el poder punitivo (que siempre es selectivo) de la República Argentina a través de las categorías que nos trae la perspectiva de género; si los derechos son lo que podemos hacer de ellos, entonces allí encontraremos la posibilidad de reconceptualizarlos como relaciones y no como cosas abstractas que operan en la realidad de igual manera para todos. (Alda Facio)

La Teoría de Género no toma la experiencia masculina como medida de los derechos, sino reconoce en las experiencias de las mujeres la base para un nuevo contenido de éstos más inclusivo e integrador no sólo para las mujeres sino para todos los colectivos sociales históricamente oprimidos: “para los procesos de liberación es importante que el victimizado, el empobrecido y el oprimido se constituya en sujeto de su propia historia” (Rosillo, 2013:67).

Sobre la detención de Milagro Sala: mujer, indígena, pobre y militante

Durante el último Encuentro Nacional de Mujeres de Argentina¹¹ numerosas referentes señalaron que la condición de mujer de Milagro sumada a su participación política fueron las causas de su detención ilegítima. La líder jujeña forma parte de la mitad de la población mundial que ha sido oprimida a lo largo de la historia por el sistema heteropatriarcal. Sala es criminalizada por ser mujer, las relaciones de poder patriarcales que la Teoría de Género nos señala que “atravesar diferentes niveles y espacios, entre ellos el que corresponde al ámbito judicial” (Navarro, 2014:211) operan sobre Milagro de manera perversa para estigmatizarla socialmente como mujer.

Gran parte de las mujeres argentinas se encuentran en condiciones de desigualdad y vulnerabilidad a lo largo y ancho del país, si bien todas compartimos historias en comunes en razón de nuestras vivencias como mujeres, no es lo mismo para el poder punitivo una mujer blanca

militante universitaria de la Capital Federal¹² que una mujer indígena politizada del norte.

Basta una mera historización de la organización Tupac Amaru para comprender la detención de Sala:

La Tupac Amaru, originada en las protestas contra las reformas neoliberales características de la década de 1990 en el empobrecido noroeste argentino, desempeña un papel hegemónico en la articulación de demandas de los sectores populares informales y es la única del país que tiene como su máximo referente a una mujer (Tabbush; Caminotti, 2015:147-171)

Como podemos observar la Tupac Amaru es una organización política de fuerte incidencia nacional que surge a raíz de la crisis económica y social producto del neoliberalismo durante la década del 90; la reactivación económica de los gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner dieron lugar a un espacio de articulación de demandas de los diversos movimientos sociales que posibilitaron mejorar las condiciones de vida de gran parte de la población argentina, especialmente de los más humildes.

Sala a medida que el gobierno nacional (2003-2015) incrementaba el volumen de políticas sociales iba tomando mayor poderío en la toma de decisiones de su organización:

la Tupac Amaru presenta dos características que la diferencian de los movimientos de trabajadores desocupados de los años noventa. En primer lugar, los puestos de conducción en este caso son ocupados en buena medida por mujeres, bajo el liderazgo carismático de Milagro Sala, una dirigente que se autoidentifica como indígena. Esta dirigente tiene relaciones estrechas con altos(as) funcionarios(as) del gobierno nacional y es considerada un actor de veto en la política provincial. El lugar protagónico de las mujeres en la organización se da a su vez en un contexto provincial conservador, con acentuadas desigualdades de género que dificultan la participación política de las mujeres (Tabbush; Caminotti, 2015:147-171)

La organización social que lidera Milagro Sala durante los años de reactivación económica

y redistribución social de los gobiernos peronistas de los Kirchner se convirtió en la principal referencia de los sectores populares jujeños¹³; ésta referencia se materializó políticamente en su líder: mujer, indígena y pobre.

El triunfo de la Alianza Cambiemos en la Provincia de Jujuy en la República Argentina durante el 2015 trajo aparejado un plan sistémico de retorno a las políticas de ajuste y endeudamiento neoliberales de los años noventa. En este contexto, con apenas meses de gobierno de la Alianza triunfante, Milagro Sala es detenida en circunstancias poco claras y acusada múltiples delitos sin que se le desarrolle un juicio previo en su contra tal como lo ordena el *Art. 18 de la Constitución Nacional* argentina.

Historizando podemos afirmar que la Teoría de Género nos ayuda a comprender las razones de la detención. Milagro Sala no está presa por haber realizado una conducta reprochable de tipo penal; está detenida por ser *mujer* y por haber “gozado” de una posición de *poder* durante los gobiernos anteriores que el nuevo Estado quiere criminalizar a través de la selectividad de su poder punitivo. El Estado patriarcal condiciona las subjetividades del ser femenino enviando mensajes amenazantes a cualquier mujer que pretenda luchar por condiciones de vida más dignas. Con tantas medidas de protesta en contra de las políticas de ajuste del gobierno nacional de distinta índole a lo largo y ancho de nuestro país, no parece casual que se haya elegido detener a una dirigente mujer opositora del norte de la Argentina.

Las categorías de análisis propias de los diversos feminismos incorporan al presente trabajo una mirada heterogénea sobre Milagro Sala. Hay quienes señalaron que la jujeña está detenida por ser pobre e indígena. El *Feminismo Decolonial* y el *Feminismo Materialista* nos indican unas líneas para profundizar el estudio del caso desde una perspectiva integral.

La Teoría de Género, principalmente la que se pregunta sobre la violencia que sufren enorme cantidad de mujeres en sus familias, en sus trabajos y en sus hogares, tiende a concluir que entre muchos otros factores (que no podremos analizar en la presente propuesta) que una de las razones por las cuales las mujeres somos sometidas a la violencia en el seno de nuestras comunidades es debido a nuestra falta de recursos económicos que no nos posibilitan apartarnos del ámbito violento.

El tema es analizado por el Feminismo Decolonial en mayor profundidad. La distribución de los roles masculino y femenino fuertemente reforzados durante la conquista a América Latina

donde la mujer debe ocuparse de las labores privadas (hogar y crianza de los hijos) y los hombres de las públicas (trabajo remunerado) nos condujo a una situación de desigualdad económica alarmante. El Feminismo al preguntarse sobre la realidad de éstas mujeres comprende la importancia de la materialidad de las relaciones que influyen negativamente bajo el sistema heteropatriarcal.

El capitalismo es un orden de brutalidad, de violencia, que depende de que amplias zonas de la humanidad sean mantenidas en la miseria, en el hambre y en la guerra, en esa medida su promesa de igualdad universal es un mecanismo fraudulento cuyo objetivo es preservar la injusticia de su orden más rígido (Sanin Restrepo, 2014:23).

Las teorías más críticas al capitalismo que existen en el Feminismo son un aporte de gran valor para comprender al Derecho porque parten de la realidad, de la materialidad de las cosas y cuestionan desde un fundamento sistémico el modelo liberal de la Modernidad. Incluso, desde posturas más radicales afirman que no será posible el principio de igualdad mientras siga operando el capitalismo como modelo político y económico.

El Feminismo bien puede ser un movimiento democrático de resistencia al capitalismo, cuyo poder radica precisamente en transformar profundamente las bases de una sociedad patriarcal, o bien puede ser el aparato de consolidación del capitalismo (Sanin Restrepo, 2014:23).

En efecto, estudiar la sociedad como un conflicto entre dos clases (burgueses y proletarios) aplicada a Teoría de Género a través de la *materialidad* nos permite identificar quiénes son los sujetos oprimidos y quienes los opresores. Algunas propuestas marxistas incluso equiparan a la mujer con el proletariado y al sistema patriarcal con la burguesía donde opera el capitalismo dándole valores diferentes a las labores que realizan las mujeres sobre el que realizan los hombres. Dado que el cuidado de los hijos y el hogar no otorga una remuneración económica alguna para la mujer que lo realiza éste será menos valorado socialmente que el trabajo que realiza un hombre que sí es remunerado. De esta manera, el capitalismo en su afán de acumulación económica

incrementa las relaciones patriarcales despreciando aquel que está imposibilitado(a) de acumular. “El capitalismo contribuye ciertamente a mantener con vida el modo de producción patriarcal a través de sus mecanismos de exclusión de la mujer de la producción y de jerarquización de la fuerza de trabajo” (Arruza, 2010:110).

Entender la complejidad social desde una perspectiva de análisis de *clases* nos ayuda a identificar quiénes serán los sujetos que elegirá el poder punitivo criminalizar. A prima facie, si buscamos en cualquier población carcelaria de América Latina visualizaremos que la mayoría (por no decir casi toda) ésta población está conformada por personas pobres. ¿Esto significa entonces que sólo las personas pobres delinquen? para nada, el poder punitivo prefiere criminalizar a los pobres porque sobre ellos hay mayor estigma social.

La pobreza (o la marginalidad) no es la causa de la criminalidad (aunque en determinadas oportunidades pueda serlo) sino de la criminalización. Por ello, la marginalidad no constituye la gran causa del crimen, sino uno de los condicionantes de la punibilización (Finkelstein Nappi, 2004:534).

Desde el Feminismo Decolonial estudiaremos la última característica que el movimiento feminista argentino señala como condicionante de la detención de Milagro Sala; y es su condición de indígena.

Las Constituciones Modernas sostiene la Teoría Crítica del Derecho tienen un sexismo originario que no es remediado por la simple declaración de que todos somos iguales en sus principios normativos. En Estado Moderno se reflejan exclusiones y desigualdades de todo tipo, en América Latina las condiciones materiales y de vida de las mujeres no es equivalente a la de los países hegemónicos¹⁴.

En la mayoría de los casos, la discriminación se potencia en términos de sexo-etnia y la exclusión e invisibilización de grupos no sólo depende de diferenciaciones por sexo sino fundamentalmente en virtud de su pertenencia a una cierta etnia-cultura (Femenías, 2007:11-25).

En Feminismo Latinoamericano entiende que las mujeres de América Latina nos encontramos en una posición privilegiada para desarrollar la crítica debido a nuestra doble *subalternidad*¹⁵, por un lado somos mujeres y por otro también somos mujeres de la periferia. Esta condición nos obliga a buscar en las raíces más profundas las razones por las cuales las mujeres de nuestra región somos categorizadas dentro de los países hegemónicos como marginales.

Las obras de las autoras que investigan la raza y la etnia en América Latina proponen examinar los grupos específicos de las mujeres de nuestra región: mujeres negras, mujeres indígenas, mujeres mestizas para:

diseñar un mapa de los modos de mestización colonial y postcolonial, que pone al descubierto la rigidez racista de nuestras estructuras sociales, que se proclaman igualitarias, y los mecanismos de encubrimiento de la exclusión de género, potenciada étnica o culturalmente (Femenías, 2007:11-25).

En concreto, todas las autoras latinoamericanas que se han ocupado del estudio del género desde una perspectiva decolonial han logrado identificar que raza y la etnia dentro del paradigma aparentemente universal del “hombre, blanco, burgués, europeo y heterosexual”¹⁶ se entiende en términos de inferioridad. La construcción de las clasificaciones sociales en razón de raza y etnia atraviesa cada aspecto de la existencia social expresando la dominación colonial más aberrante y duradera. Es decir, nuestras subjetividades se encuentran colonizadas y tendemos a darle mayor valoración social a un hombre blanco que a un hombre indígena. “La homogeneización con una perspectiva eurocéntrica fue la propuesta nacional a través de la ideología del mestizaje, que aspiró a lo europeo como forma de mejorar la raza” (Ochy Curiel, 2007:26).

La antropóloga argentina Rita Laura Segato desarrolla una clasificación desde la Decolonialidad para enumerar algunas de las características más trascendentales dentro de lo que ella llamará Mundo Estado y Mundo Aldea. El Mundo Aldea para Segato es la comunidad que habitó en América Latina previa a la conquista; mientras que el Mundo Estado es el paradigma modernizador del proceso de colonización en nuestra región.

El Estado modernizador según la autora entró al interior de las naciones con sus instituciones y con el mercado capitalista “desarticulando, rasgando el tejido comunitario, llevando

el caos e introduciendo un desorden profundo en todas las estructuras que aquí existían y en el propio cosmos”(Segato, 2011:19); Segato entiende que el Mundo Estado penetró en el Mundo Aldea acentuando la estructura patriarcal en razón de los valores del mercado con su matriz europea blanca colonizadora; la antropóloga no niega un carácter patriarcal del Mundo Aldea pero afirma que éste era de baja intensidad. Si bien la mujer del Mundo Aldea se ocupaba principalmente de las tareas relativas al hogar y el hombre de la provisión de recursos; ambas tareas eran valoradas socialmente por la comunidad.

La Argentina en su obra sobre feminismo y colonialidad se pregunta si es posible recomponer el tejido comunitario que el Estado Moderno ha dañado para concluir que:

Un papel para el Estado sería entonces, como dijimos, el de restituir a los pueblos su fuero interno y la trama de su historia, expropiada por el proceso colonial y por el orden de la colonial/modernidad, promoviendo al mismo tiempo la circulación del discurso igualitario de la modernidad en la vida comunitaria. Contribuiría, así, a la sanación del tejido comunitario rasgado por la colonialidad, y al restablecimiento de formas colectivistas con jerarquías y poderes menos autoritarios y perversos que los que resultaron de la hibridación con el orden primero colonial y después republicano (Segato, 2011:29).

Según nuestra propuesta de análisis de la detención de Milagro Sala y concordancia con las teorías feministas que han puesto su mayor esfuerzo en el estudio de nuestra América Latina y las estructuras de poder que operan en ésta en razón de etnia y raza no podemos dejar de tomar las categorías de la Colonialidad para responder a los interrogantes que motivaron nuestro trabajo.

La Constitución Nacional Argentina en su *artículo 75. inc. 17* establece que el estado argentino reconoce la preexistencia étnica y cultural de comunidades indígenas, garantiza el respeto a su identidad; a recibir una educación bilingüe e intercultural; a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y a regular la entrega de otras aptas para el desarrollo humano. Esta protección que le da el texto constitucional es fundada en razón de son considerados como sujetos colectivos de derecho.

Las comunidades indígenas, pueblos y naciones que, teniendo una continuidad histórica

con las sociedades previas a la invasión y a la Colonia que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Conforman en el presente sectores no dominantes de la sociedad ¹⁷

Al respecto señala el jurista Alejandro Médici una perspectiva histórica de la cuestión en relación a lo que Segato denomina Mundo Aldea y Mundo Estado:

A estas características hay que agregar que estas comunidades suman a los agravios históricos que sufren desde los estados nacionales modernos, la que resulta del proceso mundial de acumulación de capital que tiende a subsumir incluso las regiones más remotas, y a rentabilizar cada vez más valores de uso naturales y culturales, con el resultado de un incremento de la amenaza a sus estilos de vida tradicionales, sus derechos consuetudinarios y sus economías campesinas (Médici, 2011:260).

Como podemos observar, la dirigente de la organización de Tupac Amaru forma parte de una comunidad que ha sufrido históricamente su condición de subalternidad y su marginalidad social en razón de su color de piel. El sentido común imperante en nuestro tiempo nos diría que Milagro debería aceptar ésta situación y resignarse al rol social que le asignó el Estado Moderno; de no ser así cualquier acción que pudiese ejercer para exigir los derechos que le fueron arrebatados podrían ser juzgadas social y jurídicamente.

Conclusiones:

El presente trabajo es un esbozo para acercarnos a un Derecho crítico, hemos intentado comprender las razones por las cuáles el poder punitivo del Estado Moderno elige criminalizar a una dirigente social aún cometiendo todo tipo de arbitrariedades e ilegalidades que ponen en serio peligro el Estado de Derecho. Fue nuestra intención comprender cómo la Teoría de Género es un campo por explorar para el Derecho en razón de los elementos analíticos que aporta.

Las críticas del Feminismo no van únicamente orientadas en un sentido de denuncia contra las discriminaciones que sufrimos las mujeres sino pretenden ser mucho más abarcativas y

profundas, los pensamientos feministas nos ayudan a entender las bases que sustentan el sistema jurídico para concluir que el Derecho ha sido históricamente parcial. La supuesta neutralidad que proponen muchos juristas en relación al Derecho entra en contradicciones estructurales cuando la crítica feminista (heterogénea y diversa) lo atraviesa.

Milagro Sala está presa porque es una persona que el Estado Moderno considera peligrosa, su peligrosidad no reside cuestiones del Derecho Penal, sino políticas.

Milagro tiene la capacidad de organizar un colectivo social dispuesto a luchar por los derechos que le fueron arrebatados, Milagro representa un símbolo de lucha para todas las mujeres de América Latina, Milagro está presa porque no se resignó a aceptar su condición de mujer, pobre e indígena dentro de los parámetros que la hubieran condenado a ella y a toda su comunidad a la marginalidad. Milagro tomó su condición de triple subalternidad para anteponerse a las desigualdades sociales y desde allí construyó política.

Bibliografía:

- Álvarez Cuvillo Antonio, “El Género como categoría y las categorías de Género”, *Revista de Derecho Social*, N 52, España, Bomazo, 2010
- Arruzza Cinzia, “Las sin partes. Matrimonios y Divorcios entre Feminismo y Marxismo”, *Crítica y Alternativa*, 2010
- Boaventura de Sousa Santos en “Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales”, La Paz, CLACSO, 2008
- CELS. *El Estado frente a la protesta social*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2003.
- Dussel, Enrique. *Filosofía de la Liberación*. México: Fondo de Cultura Económica, 1975
- Facio Alda, “El Derecho Patriarcal Androcéntrico, en *Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patrones, y otros Varones*”, San José: ILANUD
- Facio Alda, “Hacia una Teoría Crítica del Derecho”, tomado de Fries Lorena
- Facio Alda, *Género y derecho*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 1999
- Femenías María Luisa, “Esbozo de un feminismo latinoamericano”, *Estudios Feministas*, Florianópolis, 15(1): 11-25, janeiro-abril/2007
- Finkelstein Nappi Juan Lucas, “¿Criminalización de la pobreza o Criminalización a secas?”, “Lecciones y Ensayos”, Número 80, Ediciones UBA, Buenos Aires, 2004

- Joan W. Scott, “El Género una categoría útil para el análisis histórico”, *Historical Review*, 91, 1986, pág. 1053-1075
- Médici Alejandro, “El Malestar en la Cultura Jurídica”, La Plata, Editorial de la Universidad de La Plata, 2011
- Navarro Sánchez Urenda Quletzú, “Feminismos y Derecho”, San Luis Potosí, Editorial CENEJUS, 2014
- Ochy Curiel,” Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista”, *Nómadas*, Colombia, Universidad Central Colombia, 2007
- Rosillo Martínez Alejandro, “Fundamentación de los Derechos Humanos desde América Latina”, San Luis Potosí, Editorial Itaca
- Sanín Restrepo Ricardo, “Feminismos y Derecho”, San Luis Potosí, Editorial CENEJUS, 2014
- Segato Rita Laura, “Des/Posesión Género, Territorio y Luchas por la Autodeterminación, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México Programa Universitario de Estudios de Género, abril del 2015
- Segato Rita Laura, “Descolonizando el Feminismo desde y en América Latina”, Buenos Aires, Ediciones Godot, 2011
- Tabbush Constanza; Caminotti Mariana, “Igualdad de género y movimientos sociales en la Argentina posneoliberal: la Organización Barrial Tupac Amaru”, *Perfiles Latinoamericanos*, Artículo, vol. 23, núm. 46, 2015
- Zaffaroni Eugenio Raúl, “En Busca de las Penas Perdidas, Buenos Aires, EDIAR, 2005
- Zaffaroni Eugenio Raúl, *Crímenes de Masa*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012
- Zaffaroni, Eugenio Raúl /Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, “Derecho Penal: Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002

Notas _____

¹ La protección de los Derechos Humanos en condiciones de igualdad para todos y todas además de los instrumentos ya mencionados se encuentra también consagrado en el Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración

Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

² Boaventura de Sousa Santos en “Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales”, La Paz, CLACSO, 2008, pág 31. Establece la crisis de la institucionalidad del Estado moderno y de una democracia sin lazos políticos.

³ Estas tesis son presentadas por los feminismos más radicales fuertemente influenciados por las categorías análicas de Karl Marx

⁴ Esta tesis no cuestiona de fondo el carácter androcéntrico del Derecho

⁵ ver Alda Facio, “El Derecho Patriarcal Androcéntrico, en Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patronos, y otros Varones”, San José: ILANUD.

⁶ Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria de Naciones Unidas (GTDA): “La detención de la señora Milagro Sala es arbitraria, el GTDA ordena la libertad inmediata de la parlamentaria”

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos: “el Estado argentino debe sustituir la prisión preventiva por la medida de arresto domiciliario u otra medida que sea menos restrictiva de sus derechos”

⁸<https://www.investigacion.net/es/milagro-sala-presa-por-ser-indigena-mujer-y-luchadora-social/>(Consultado 29/11/2017)

⁹<https://www.telesur.tv/news/Argentina-Encuentro-Nacional-de-Mujeres-pidio-por-Milagro-Sala-20171017-0004.html> (Consultado 29/11/2017)

¹⁰ ver Eugenio Raúl Zaffaroni, *Crímenes de Masa*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

¹¹ En el 32º Encuentro Nacional de Mujeres tuvo como sede la ciudad de Resistencia, Provincia del Chaco, durante el mes de octubre del 2017 donde participaron más de 60000 mujeres

¹² La Capital Federal se ha distinguido históricamente por concentrar la mayor riqueza del país haciendo un aporte de más del 25% del producto bruto interno del país

¹³ La Provincia de Jujuy se ha distinguido históricamente por sus elevados niveles de pobreza y una estructura económica débil que realiza un magro aporte al producto interno bruto del país, cercano al 0.5%

¹⁴ Los países hegemónicos son definidos como aquellos que cuentan con abundancia de recursos militares y políticos ejerciendo a través de éstos presión y dominio sobre los países más débiles

¹⁵ ver Enrique, Dussel

¹⁶ ver Aníbal Quijano “La colonialidad del poder”

¹⁷ Definición dada por el entonces Relator Especial de las Naciones Unidas, Martínez Cobo y hecha suya por Boaventura de Souza Santos, 1998, p. 154