

# RACISMO ESTRUCTURAL Y LA CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO EN BRASIL<sup>1</sup>

**Lívia Miranda Müller Drumond Casseres**

## RESUMEN

*Las presentes reflexiones buscan profundizar los argumentos presentados por la Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro al Supremo Tribunal Federal, en la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental no. 442, en el que se discute la constitucionalidad de dos tipos penales: el aborto provocado o consentido por la gestante y el aborto provocado por tercero, con el consentimiento de la gestante (artículos 124 y 126 del Código Penal Brasileño). Se sostiene que la criminalización del aborto representa una política de muerte para mujeres negras. Con base en ello, el trabajo defiende que el racismo y la dimensión antirracista del principio de la igualdad sean tomados como claves analíticas centrales para la solución de la controversia constitucional.*

## PALABRAS CLAVE

Aborto | Racismo | Discriminación indirecta | Inconstitucionalidad

*A las memorias de Alyne da Silva Pimentel, Maria Eduarda Alves Ferreira, Ingridiane Barbosa Carvalho, Claudia Silva Ferreira y Marielle Franco*

Este trabajo tiene como objetivo arrojar una perspectiva antirracista sobre la discusión constitucional en torno a la criminalización del aborto, inaugurada con la presentación de la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) no. 442, acción judicial ante el Supremo Tribunal Federal brasileño que cuestiona la constitucionalidad del crimen de aborto.<sup>2</sup> A partir de los datos recogidos por la Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro, en correlación con los indicadores del campo de la salud, se pretende demostrar que los tipos penales de los artículos 124 y 126 del Código Penal, además de no ofrecer la protección del bien jurídico que declaran tutelar, reproducen desigualdades constitucionalmente prohibidas.

La argumentación se estructura en tres puntos, que tratan de poner en jaque la “neutralidad” de las normas incriminadoras del aborto, a partir de la experiencia de las corporalidades subalternas de mujeres negras que son expuestas a una política de muerte en consecuencia de su prohibición.

## 1 • Perfil de las mujeres criminalizadas por la práctica de aborto en el Estado de Río de Janeiro

En un informe producido por su Dirección de Estudios e Investigaciones de Acceso a la Justicia, la Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro analizó las acciones penales promovidas contra mujeres por la figura del artículo 124 del Código Penal.<sup>3</sup>

A partir de una selección por asunto, el conjunto de acciones presentado por el Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro indicó 136 procesos en trámite en todo el Estado, distribuidos entre 2005 y 2007, desconsiderados aquellos que han sido definitivamente archivados.

Entre los procesos identificados, una parte se refería a *habeas corpus*, certificados de liberación, cartas rogatorias y otros estaban indisponibles para consulta, lo que resultó en una muestra final de 55 procesos, de los cuales 42 representaban acciones penales en las que se imputaba a la mujer la figura penal del artículo 124 del Código Penal Brasileño (“provocarse un aborto a sí misma o consentir que otro se lo provoque”).

De antemano, la pequeña muestra encontrada revela una inconsistencia en relación con la alta frecuencia de abortos entre las mujeres brasileñas. La Encuesta Nacional de Abortos, por ejemplo, registró que, solo en 2015, se realizó cerca de medio millón de abortos en Brasil.<sup>4</sup>

Es necesario, por ello, señalar desde luego que no sería posible tomar a esa pequeña porción de personas criminalmente denunciadas ante el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro como representativa del universo de mujeres que practicaron aborto en la región en el mismo período.

La discrepancia encuentra explicación en el fenómeno de la criminalización secundaria, en el ámbito del cual se realiza la decisión concreta de seleccionar, entre todas las mujeres que practicaron el tipo penal de aborto, a aquellas que serán de hecho conducidas al sistema de justicia criminal.<sup>5</sup>

En este sentido, aunque la confiabilidad científica de la investigación sería absolutamente cuestionable si tomara al conjunto de mujeres procesadas como simétrico a la población de mujeres que efectivamente practicaron aborto, es posible tomarla como referencia para comprender algunas tendencias del proceso de criminalización.

El análisis de las 42 acciones penales propuestas con base en el art. 124 del Código Penal possibilitó la distinción de dos grupos de personas denunciadas por el Ministerio Público, de acuerdo a cuatro factores fundamentales: i) método utilizado para la interrupción del embarazo; ii) forma de deflagración de la acción penal (noticia del crimen presentada por los profesionales implicados en la atención médica en la unidad de salud/por iniciativa de familiares/por iniciativa de terceros/por iniciativa de la propia víctima o en consecuencia de investigación policial preexistente); iii) indicadores sociales (raza-color, escolaridad, asistencia jurídica privada o pública); iv) tiempo gestacional al momento de la interrupción del embarazo.

En el primer grupo, compuesto de 20 mujeres, se sitúan los abortos realizados sin asistencia, practicados por las mujeres por sí solas o con la ayuda de un tercero, tal como su madre, una amiga o su pareja/compañero/cónyuge (**Grupo 1**).

Estos casos se caracterizan por el uso de métodos rudimentarios de interrupción de la gestación, con alto riesgo de muerte, que variaron desde la ingesta de medicamentos clandestinos, el uso de tés abortivos, hasta la aplicación intravaginal de objetos o de sustancias químicas.

En más de la mitad de los casos, la noticia del crimen provino de trabajadores de las unidades de salud, después que las mujeres buscaron atención médica en función de las previsibles complicaciones (en la inmensa mayoría de las investigaciones, se trataba de la red pública de salud y en un único caso la gestante fue atendida en la red privada).

El perfil racial de esas 20 jóvenes criminalizadas por autoinducirse el aborto desasistido era de un 60% de negras, con edades entre los 18 y los 36 años a la fecha de los hechos. Entre ellas, solamente un 22% había cursado la escuela secundaria – en los casos en que la información sobre su instrucción estaba disponible. La gran mayoría – 75% – necesitó la asistencia jurídica de la Defensoría Pública para ejercer su derecho de defensa.

En más del 80% de los casos con información disponible sobre el tiempo gestacional, las mujeres tenían más de 12 semanas de embarazo al momento de la interrupción. Esta demora para realizar el procedimiento pudo estar relacionada al miedo de que las descubrieran, a la falta de información sobre métodos disponibles o a la dificultad de organizar recursos y medios para el aborto.

Comparativamente, en el segundo conjunto de casos, se agruparon las 22 mujeres procesadas en consecuencia de la previa investigación policial de las clínicas clandestinas en las que fueron atendidas (**Grupo 2**).

Todas fueron sorprendidas *in fraganti* por las agencias policiales en el momento en que se encontraban en la clínica para la realización del procedimiento, lo que significa que, aunque la interrupción del embarazo ocurría en un ambiente de clandestinidad, se contaba con la presencia de un profesional de la medicina para llevarlo a efecto (solamente en una de las clínicas clandestinas no había ningún profesional con formación médica). Los riesgos de complicaciones y muerte, por lo tanto, fueron minimizados por los métodos empleados.

Aquí observamos un perfil diferente. Se verificó una franja de edad más ancha, que comprendía a mujeres entre los 19 y los 40 años. Por otra parte, el 53% de las acusadas eran blancas, el 75% de ellas cursó hasta la escuela secundaria y la proporción de asistidas por la Defensoría Pública fue bastante menor respecto del primer grupo (solo 40% de ellas utilizaron la asistencia jurídica estatal).

Otro patrón observado en el segundo grupo reveló que las mujeres que tuvieron acceso a clínicas clandestinas se realizaron el aborto en una fase más prematura de la gestación. En el 100% de los casos con información sobre el tiempo gestacional, el aborto se hizo con menos de 12 semanas, un escenario de menor riesgo de secuelas o mortalidad. El precio pagado por ello varió entre R\$600,00 y R\$4.500,00.

En todos los escenarios, del aborto desasistido y del realizado en clínicas clandestinas, hay un punto común: ninguna mujer fue mantenida presa durante el proceso; no hubo ninguna condenación a la pena privativa de libertad y en más de la mitad de los casos fue suspendida la acción penal sin que fuera necesario conducir a la acusada a juicio.

Pese a la similitud de las consecuencias jurídicas para ambos grupos examinados – lo que alejaría la posibilidad de demostrar una jerarquía racial en la aplicación de la norma penal –, los patrones identificados deben ser enfocados más allá de los estrictos límites del proceso penal o de la justicia.

## 2 • La centralidad del racismo en la discusión de la constitucionalidad de los tipos penales de aborto

Como se ha visto, la inconsistencia entre los números del aborto en Brasil y la efectiva aplicación de la norma penal ya sería suficiente para cuestionar cualquier función preventiva de los tipos penales analizados. En lugar de desestimular la práctica del aborto, queda claro que la prohibición penal estimula prácticas de riesgo.<sup>6</sup>

El esquema observado en la comparación de los grupos de mujeres denunciadas

formalmente por la práctica de aborto es ilustrativo de la desigual distribución de riesgos que la tipificación penal produce.

Los métodos y cuidados disponibles en cada uno de los grupos antes destacados, el diferente promedio de tiempo gestacional al momento de la toma de la decisión y los indicadores sociales de las mujeres procesadas descortinan la cruel iniquidad que el ambiente de la ilegalidad impone.

Factores como ingresos y raza son decisivos en el enfrentamiento del estigma impuesto por la incriminación del aborto y en la gestión de los recursos disponibles para que los dos grupos de mujeres sometidas a la ilegalidad penal puedan proteger sus propias vidas.

La mayoría del Grupo 2 – de mujeres blancas, más instruidas, e insertas en una franja de ingresos más elevada – tuvo condiciones de tomar una decisión más rápida y la posibilidad de movilizar medios para pagar por una atención médica. En el otro extremo, el Grupo 1, de mayoría negra y menos instruida, por no disponer de los mismos recursos informacionales y materiales, echó mano de métodos grotescos de interrupción, con alto riesgo de complicaciones. Y por el miedo de un abordaje inhumano y estigmatizante en los propios servicios públicos de salud, en algunos casos demoraron mucho en buscar auxilio y se expusieron aún más al riesgo de muerte.

El cruce de la investigación realizada por la Defensoría Pública con los datos producidos por los expertos en salud confirma la hipótesis de producción y reproducción de desigualdades por la criminalización: la mortalidad materna como consecuencia del embarazo que termina en aborto implica un riesgo de muerte 2,5 veces mayor para mujeres negras en comparación con las mujeres blancas.<sup>7</sup>

A la vez que las desigualdades sociales impactan sobre el acceso a la salud, el racismo institucional determina las condiciones de atención de las mujeres negras, grupo más expuesto al acceso descalificado a los servicios del Sistema Único de Salud (SUS), incluso cuando se equiparan en niveles de ingreso, instrucción y ocupación en el mercado de trabajo.<sup>8</sup>

La investigación “A cor da dor”<sup>9</sup> (El color del dolor), publicada en 2017 por la Escuela Nacional de Salud Pública Sérgio Arouca, de la Fundación Oswaldo Cruz – primer análisis del alcance nacional de las influencias de la raza/color en la experiencia de la gestación y parto – dejó claro que el funcionamiento cotidiano de los servicios de salud muestra beneficios y oportunidades diferenciadas según raza/color, aun cuando se equiparan las características socioeconómicas y se controlan las variables demográficas.

De allí el por qué de la insuficiencia de la racialización como un concepto subsidiario a las ideas de selectividad y vulnerabilidad<sup>10</sup> en el ámbito de la discusión de la constitucionalidad de los tipos penales de aborto. Mucho más allá de una selectividad racista, la incriminación del aborto para las mujeres brasileñas significa el ejercicio de un poder de muerte, de que trató

Foucault.<sup>11</sup> Significa decir que, a través de la tecnología de la raza se ejerce un “biopoder” que se apropia de la vida para gestionarla y sujetarla a la completa instrumentalización.

Esa sofisticación del ejercicio del poder exige que cualquier discusión en la temática del aborto esté centrada en los sujetos racializados reales sobre los cuales ocurre no solo una mayor incidencia selectiva de la criminalización secundaria, sino un verdadero proceso material de dominación.

Tal escenario plantea el desafío para un giro epistémico y metodológico en la aplicación de la norma constitucional por parte del Supremo Tribunal Federal, para que la cuestión racial se transforme en una categoría analítica indispensable para la aplicación del Derecho brasileño – y no tan solo un elemento de la condición socioeconómica o un elemento de la vulnerabilidad.

En esta segunda etapa de la argumentación, el propósito es el de poner de manifiesto el racismo estructural como un componente orgánico del orden social brasileño, reproducido cotidianamente por el funcionamiento normal de las instituciones del sistema económico y del sistema político.<sup>12</sup>

Los dispositivos que criminalizan el aborto no solo inciden sobre la raza como algo que les es externo, sino que integran un conjunto de fenómenos vinculados a la estructura social brasileña, en la que raza y sistema penal se constituyen mutuamente y determinan las vidas dignas de proteger y aquellas que se puede dejar morir.<sup>13</sup>

Si los movimientos feministas mundialmente discuten la cuestión del aborto en términos de ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, resultado de la autonomía privada o del derecho al propio cuerpo, para las mujeres negras brasileñas expuestas a la muerte en la práctica insegura del aborto, ni siquiera la idea de “maternidad a la fuerza” sería adecuada para retratar su condición.

Blanco preferencial de esterilizaciones forzadas y de destituciones abusivas del poder familiar, el cuerpo negro muchas veces no es merecedor ni siquiera del reconocimiento del papel social subalterno y determinado de madre.

Al crear condiciones para la discriminación sistemática, la opción legislativa por una política penal para el aborto refuerza los mecanismos que someten a las mujeres negras a un régimen político de subciudadanía, y alimenta la continuidad del racismo, entendido como proceso histórico y político.<sup>14</sup>

Por tales razones, la protección del principio constitucional de la igualdad en su dimensión antirracista (artículo 3º, inciso IV, de la Constitución de 1988) constituye el epicentro de la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental no. 442. Es decir, la Corte Suprema es llamada a afirmar la humanidad de las mujeres brasileñas en su más radical concepción: el punto de vista de las mujeres negras.

### 3. • ¿Quién puede decidir sobre el cuerpo de las mujeres negras?

El giro metodológico propuesto aquí desafía el paradigma del normativismo positivista que, al reducir el Derecho al conjunto de normas jurídicas, oculta otras caras del complejo fenómeno jurídico, que incluyen aspectos éticos, políticos y económicos.

Se plantea, entonces, como problema final a ser enfrentado, la legitimidad de la decisión mayoritaria de incriminar la práctica del aborto por parte de la mujer, un argumento recurrente en los debates sobre el asunto.

El lente del formalismo jurídico, estratégicamente, produce el silenciamiento de las condiciones de poder que están por detrás de la producción del propio Derecho. Con ello, se legitima la ley como expresión de la voluntad general del cuerpo político resultante de una asamblea constituida en igualdad de condiciones.<sup>15</sup>

Ahora bien, si la norma jurídica es producida por instituciones que reflejan estructuras de distribución desigual de poder – como el racismo y el patriarcalismo – las leyes son muchas veces una extensión del poder político del grupo que detenta el poder institucional.

Utilicemos un emblemático ejemplo histórico: la Constituyente de 1987-1988, un pacto sexual y racial firmado por 594 parlamentarios predominantemente hombres y blancos, entre los cuales había tan solo 26 diputadas mujeres, solo una de ellas negra – la constituyente Benedita da Silva.<sup>16</sup>

En aquel escenario, las mujeres negras no tuvieron, así como no lo tienen en la disposición actual del sistema político, espacio de participación en la deliberación legislativa, lo que refuerza las razones democráticas para que la jurisdicción constitucional asuma su punto de vista para reequilibrar esta correlación de fuerzas.

Cuando el Derecho está al servicio de proyectos de discriminación sistemática, como hemos visto que es el caso de la criminalización del aborto, es necesario mirar por debajo de la superficie, para identificar las implicaciones de reglas aparentemente neutrales y democráticamente discutidas que representan, en realidad, la perpetuación de la situación de subordinación de grupos históricamente discriminados.

De eso trata la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental no. 442, que se espera pueda inaugurar una toma de posición en la interpretación de la norma constitucional en Brasil, localizando en el cuerpo negro el ensanchamiento de la protección de la dignidad humana.

## NOTAS

- 1 • El artículo explora los argumentos presentados en la sustentación oral realizada en audiencia pública ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, a 07 de agosto de 2018, disponible en versión completa en: "Audiência Pública - Descriminalização do aborto (4/4)," video de YouTube, 4:45:50, subido por STF, 07 de agosto de 2018, visitado el 15 de noviembre de 2018, <https://www.youtube.com/watch?v=La8DG6eLyyY&t=10866s>.
- 2 • "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º. 442," Supremo Tribunal Federal, Relatora Ministra Rosa Weber, 2018, visitado el 15 de noviembre de 2018, <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>.
- 3 • "Perfil de Mulheres Criminalizadas pela Prática de Aborto," Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2017, visitado el 27 de septiembre de 2018, <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/a144fd918d944afebc6fd61401e2e0e9.pdf>
- 4 • Débora Diniz, Marcelo Medeiros y Alberto Madeiro, "Pesquisa Nacional de Aborto 2016," *Revista Ciência e Saúde Coletiva* 22, no. 2 (2017): 653-660.
- 5 • Contraria a la criminalización primaria – el acto de sancionar una ley penal que criminaliza una determinada conducta y se da a nivel de abstracción –, la criminalización secundaria es la acción punitiva sobre personas concretas, que procede de modo selectivo dada la limitada capacidad operativa de las agencias policiales y judiciales. (E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal* (Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2ª edição, 2003): 43-44).
- 6 • Mario Francisco Giani Monteiro, Leila Adesse e Jacques Levin, "As Mulheres Pretas, as Analfabetas e as Residentes na Região Norte Têm Risco Maior de Morrer por Complicações da Gravidez que Termina em Aborto." Trabajo presentado en el XVI Encontro de Estudos Populacionais, Caxambu/MG, 29 de septiembre a 03 de octubre de 2008, visitado el 15 de noviembre de 2018, [http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole/textos/monteiro\\_as\\_mulheres.pdf](http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole/textos/monteiro_as_mulheres.pdf), p. 2.
- 7 • *Ibid.*, p. 6.
- 8 • Emanuelle Freitas Goes e Enilda Rosendo do Nascimento, "Mulheres Negras e Brancas e os Níveis de Acesso aos Serviços Preventivos de Saúde: Uma Análise sobre as Desigualdades," *Revista Saúde em Debate* 37, no. 99 (oct/dic 2013): 571-579.
- 9 • Maria do Carmo Leal *et. al.*, "A Cor da Dor: Iniquidades Raciais na Atenção Pré-natal e ao Parto," *Cadernos de Saúde Pública* 33, supl. 1 (2017).
- 10 • Zaffaroni *et al.*, *Direito Penal Brasileiro*, 2003.
- 11 • Michel Foucault, *Em defesa da Sociedade*. Traducción de Maria Ermantina Galvão (São Paulo: Martins Fontes, 1999): 40.
- 12 • Jurema Werneck, "Racismo Institucional e Saúde da População Negra," *Revista Saúde e Sociedade* 25, no.3 (2016): 535-549.
- 13 • Evandro Piza Duarte e Salo de Carvalho, *Criminologia do Preconceito: Racismo e Homofobia nas Ciências Criminais* (São Paulo: Saraiva, 2017).
- 14 • Silvio Luiz de Almeida, *O Que É Racismo Estrutural?* (Belo Horizonte: Letramento, 2018).
- 15 • La crítica feminista al concepto rousseauiano de contrato social fue formulada por Carole Pateman. Por medio de la noción de "contrato sexual", la autora caracteriza la diferencia sexual como una diferencia política e interpreta la legislación y el estado civil como dimensiones de la compleja y multifacética estructura de dominación del patriarcado moderno. Ver: Carole Pateman, *O Contrato Sexual* (São Paulo: Paz e Terra, 1993).
- 16 • Bases de Datos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1988, Brasil, Senado Federal, 2018, visitado el 15 de noviembre de 2018, <http://www.senado.leg.br/atividade/baseshist/bh.asp>.



**LÍVIA CASSERES** - *Brasil*

Lívia Miranda Müller Drumond Casseres cursa su maestría en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro. Graduada en Derecho por la Universidad Estatal de Río de Janeiro (2008), es defensora pública en el Estado de Río de Janeiro desde 2012 y coordina actualmente el Núcleo Especializado contra la Desigualdad Racial.

Recibido en Octubre de 2018.

Original en Portugués. Traducido por Celina Lagrutta.



“Esta revista es publicada bajo la licencia la Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License”