

Virus Zika. Brasile, tra emergenza sanitaria e delitto di procurato aborto*

di **Doriana Vecchio** – *Dottoressa in giurisprudenza presso l'Università di Pisa.*

ABSTRACT: The following paper serves the purpose of analyzing the current Brazilian regulation related to abortion, as far as the ongoing health emergency caused by the spread of the Zika virus throughout Latin America is concerned. Therefore, this work aims to assess that the set of laws addressing the topic in a general sense as well as the particular circumstance taken in account can be already retrieved in previous case law. All of above, in addition, appears to be perfectly consistent with Brazilian constitutional principles, thus making it evident that the questioning could be solved throughout them.

SOMMARIO: 1. La disciplina. – 2. Il precedente: l'aborto di feto anencefalico. – 3. Utilizzabilità della pronuncia del Supremo Tribunale Federale Brasiliano. – 4. Aborto terapeutico e Costituzione brasiliana. – 5. Conclusioni.

1. La disciplina

Abortire in Brasile è, ad oggi, un delitto che trova disciplina agli artt. 124 ss. del Codice Penale¹ e rientra tra i crimini contro la vita, insieme all'omicidio (art. 121), l'induzione, l'istigazione o l'ausilio al suicidio (art. 122) e l'infanticidio (art. 123). Le uniche eccezioni previste – a livello legislativo – sono quelle previste all'art. 128 c.p., concernente le ipotesi di *aborto necessário (...se não há outro meio de salvar a vida da gestante)* e *aborto sentimental (...se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal)*. Trattasi quindi di due ipotesi eccezionali che determinano la scusabilità dell'atto. Nelle ipotesi di stupro, l'interruzione di gravidanza è realizzata in nome della dignità della

* Lavoro referato dalla Direzione della Rivista.

¹ Nelle ipotesi in cui l'aborto sia praticato dalla stessa gestante la pena prevista è la reclusione da uno a tre anni (art. 124 c.p.). Per chi provoca l'aborto di donna non consenziente la pena edittale va dai 3 ai 10 anni (art. 125 c.p.), mentre per l'interruzione di gravidanza di donna consenziente è prevista la reclusione da 1 a 4 anni (126 c.p.).

persona umana, in specie della donna violentata, che si ritiene prevalente rispetto alla vita (potenziale) del feto².

In qualsiasi fase della gestazione l'interruzione di gravidanza è configurata quale delitto e, al pari, è vietato l'aborto eugenetico o *pietatis causa*, in presenza di gravi fetopatie ed embriopatie.

La consistente diffusione del *virus Zika*³ nei Paesi latinoamericani ha riaperto il dibattito attorno all'aborto. «*Based on observational, cohort and case-control studies there is strong scientific consensus that Zika virus is a cause of GBS [sindrome di Guillain-Barré], microcephaly and other neurological disorders*», annuncia l'Organizzazione Mondiale della Sanità nel documento del 31 marzo 2016, dopo aver lo scorso febbraio già proclamato lo "stato d'emergenza mondiale".

Ecco quindi l'evidente opportunità di dare un nuovo quadro legislativo all'istituto o, quantomeno, vista la contingenza della situazione, la necessità di disciplinare l'eventuale ricorso legale all'interruzione di gravidanza nelle ipotesi accertate di fetopatie direttamente riconducibili al *virus* in questione.

2. Il precedente: l'aborto di feto anencefalico

Il *Supremo Tribunal Federal* (STF), in tempi relativamente recenti, ha avuto modo di accostarsi al tema. È del 2012 la storica decisione, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF) n. 54, con cui si stabilì la non punibilità dell'interruzione di gravidanza di un feto anencefalico sulla considerazione del fatto che, «*[o] aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo ... não existe vida possível*».

La richiesta avanzata con l'ADPF si sostanzava nell'interpretazione conforme a Costituzione della disciplina legale concernente l'aborto, al fine di stabilire che la suddetta non si applicasse nei casi di *antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado*. Con l'azione si richiedeva, pertanto, il riconoscimento del diritto della gestante di poter interrompere la gravidanza (o meglio, di anticipare il parto) senza la necessità di previa autorizzazione giudiziale o di qualsiasi altra forma di permesso statale.

I *Ministros* del STF⁴ procedettero al giudizio di merito in data 11 Aprile 2012. Nell'occasione il Procuratore Generale della Repubblica Roberto Gurgel sostenne fermamente che la gestante avrebbe dovuto godere di autonomia decisionale nelle ipotesi di anticipazione del parto di feto anencefalico, sottolineando come l'interruzione di gravidanza appartenga alla sfera di coscienza del singolo, precisando altresì come nel caso di specie *nulla quaestio* si poneva «*já que o anencéfalo é*

² G. NUCCI, *Código Penal Comentado. 4. ed., rev. atual. ampl. São Paulo*, in *Revista dos Tribunais*, 2003, 127-8 (la traduzione è mia).

³ Per approfondire vedasi la scheda tecnica redatta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/zika/en>.

⁴ Il Supremo Tribunale Federale è l'organo di vertice del potere giudiziario. Si caratterizza per assommare in sé sia la funzione di Corte di ultima istanza che quella di Tribunale costituzionale. Contro le pronunce del STF non è ammesso ricorso alcuno; si compone di undici giudici (*Ministros*) eletti a vita, tutti nominati dal Presidente della Repubblica e con obbligo di pensionamento allo scadere dei settanta anni d'età.

um natimorto cerebral»⁵. Seguirono i voti degli altri dieci Giudici, otto dei quali favorevoli alla non punibilità dell'anticipazione del parto (*rectius*: aborto terapeutico) nei casi di feto anencefalico. I due voti contrari fanno capo rispettivamente ai Giudici Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, allora Presidente del Supremo Tribunale. L'opinione dissenziente del *Ministro* Lewandowski seguì una doppia linea di ragionamento: facendo notare i limiti oggettivi del controllo di costituzionalità quale fondamento della indipendenza e autonomia dei poteri, sottolineò come il STF potesse solo attuare quale «*legislador negativo*», appartenendogli la funzione di estirpare dall'ordinamento giuridico le norme incompatibili con la Carta costituzionale. Essendo questa una competenza di carattere al contempo preventivo e repressivo, occorre estrema cautela nel suo utilizzo, dovendosi tenere sempre in conto il «*princípio da intervenção mínima*». Qualunque eccesso nell'esercizio di questo delicatissimo compito comporterà l'usurpazione di poteri nella misura in cui si tramuterebbe in attività “creativa”. A sostegno del secondo motivo di contrarietà alla rilettura della disciplina in esame, affermò il rischio che si correva con una tale pronuncia: la deroga alla legge penale nelle ipotesi di specie avrebbe aperto la strada al ricorso all'aborto per ogni altra ipotesi in cui il feto presentasse gravi anomalie⁶.

Si attestò sulla stessa linea il Presidente Peluso, affermando che affinché l'aborto potesse considerarsi crimine sarebbe stata sufficiente la soppressione della vita, a prescindere dalla reale o potenziale *viability*. Il principio di legalità e la *cláusula geral da liberdade*, secondo il *Ministro*, rappresentavano limiti per l'esistenza stessa della legge e, nei casi tipizzati quali crimini, non sarebbe stata ammissibile libertà giuridica alcuna, posto che «*a conduta censurada transpõe a esfera da autonomia e da liberdade individuais, enquanto implica, sem nenhum substrato de licitude, imposição de pena capital ao feto anencefálico*»⁷.

Tra i favorevoli, interessante risulta l'argomentazione che ha accompagnato il voto espresso dal *Ministro* Gilmar Mendes, dove, al punto 4) (*Do exame do aborto do fetos anencéfalo segundo o direito brasileiro*), sottolineò come la *causa petendi* si sostanziasse in tre fondamenti principali: I) l'atipicità del fatto (aborto di anencefalico); II) l'opportunità di interpretare il Codice Penale in senso evolutivo, tenendo conto del processo scientifico, posto che la redazione della parte speciale dello stesso risale al 1940; III) la prevalenza della dignità della persona umana e del diritto alla salute (della gestante), entrambi principi costituzionali.

Partendo da questi presupposti, osservava come la *ratio* della non punibilità degli aborti eseguiti al ricorrere delle circostanze di cui sopra andasse rinvenuta nella tutela della salute psico-fisica della gestante, posto che altrimenti la donna avrebbe dovuto convivere con il peso di portare a termine una gravidanza che avrebbe generato un *natimorto*. Questa situazione ricorda – argomentò il

⁵ S. MANCHADO, *A Questão Da Interrupção Da Gravidez De Feto Anencéfalo No STF – Uma Análise Da ADPF 54*, in *Rivista de Direito dos Monitores*, 2012.

⁶ Opinione dissenziente del *Ministro* Ricardo Lewandowski, APDF n. 54, «*É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina*».

⁷ *Dissenting opinion* del *Ministro* Cesar Peluzo, ADPF n. 54.

Giudice – nella sua struttura logico-funzionale, l’aborto di feto risultante da stupro, ove la *ratio* della norma disciplinante è proprio la protezione della salute psichica della gestante, con la non trascurabile differenza che, in quest’ultima ipotesi, si permette l’interruzione di gravidanza nonostante il feto sia in grado di sopravvivere al parto (*viable*)⁸. In dottrina vi fu chi – riferendosi alle ipotesi in questione – parlò di “tortura psicologica” che le donne, ove non fosse stata ammessa la deroga, avrebbero subito, essendo coattivamente costrette a portare in grembo un figlio già biologicamente morto; questo significa arrecare dolore, angustia e frustrazione alla gestante, mettendo a rischio la «*sua própria saúde, a dignidade humana estaria sendo violada e, assim, ocorreria a tortura psicológica*»⁹.

Mauricio Antonacci Krieger, a commento della decisione, pose l’attenzione proprio sull’*iter* argomentativo seguito dalla Corte, da cui risultava desumibile la preminente attenzione prestata alla libertà, all’autonomia decisionale e alla salute psichica della gestante¹⁰, a prescindere dal fulcro giustificante, costituito dalla non capacità di vita del feto, che rappresentava il punto di incontro tra le varie posizioni dei giudicanti.

3. Utilizzabilità della pronuncia del Supremo Tribunale Federale Brasiliano

Oggi, con la crescente diffusione del *virus* Zika e con l’appurata biunivocità intercorrente tra l’aumento dei nati microcefalici e la diffusione del suddetto *virus*, da più fronti in Brasile si torna a prendere in considerazione la possibilità di interrompere la gravidanza nei casi di menomazione encefalica. È quindi opportuno chiedersi se la pronuncia del 2012 possa essere utilizzata al fine di permettere il ricorso all’IVG nei casi in questione.

Se è vero che la giurisprudenza ha permesso il ricorso all’aborto nelle ipotesi di feto anencefalico, con le argomentazioni di cui sopra, è vero anche che la microcefalia non comporta – necessariamente – la prematura morte del nascituro. Nell’ADPF n. 54 l’argomento a sostegno della “scusabilità” dell’aborto terapeutico di specie, si sostanzialmente nell’osservazione per cui non vi fosse probabilità di vita potenziale del soggetto anencefalico; detto in altri termini, il delitto d’aborto non si configurava proprio in quanto non si attentava alla vita: «... *o feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal*», come affermato dal Giudice relatore Marco Aurélio Mello. Parrebbe, pertanto, che la decisione non possa essere utilizzata al fine di regolare il fenomeno cui il Brasile sta oggi facendo fronte. In realtà, sarebbe opportuno, ad opinione di chi scrive, concentrarsi sulle “argomentazioni-cornice” che hanno accompagnato i voti espressi, come le considerazioni concernenti l’autodeterminazione della

⁸ Il *Ministro*, al fine di evitare un utilizzo distorto delle proprie argomentazioni ribadì esplicitamente che «... *as ponderações que faço neste voto não devem ser estendidas a quaisquer outras hipóteses de aborto, seja o aborto puro, seja o eugênico*»: opinione del *Ministro* G. Mendes, ADPF n. 54.

⁹ O.V. VIERA, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. Colaboração de Flávia Scabin*. São Paulo, Malheiros, 2006, 91.

¹⁰ M. ANTONACCI KRIEGER, *Comentário à ADPF n.54*, in *Direito fundamentais & justiça- ano 8, n°26*, 240-255, gennaio/marzo 2014.

gestante, il diritto alla vita e alla salute della stessa, il rispetto del «*princípio da liberalidade de consciência e da liberdade de crença como direitos individuais fundamentais*»¹¹, ma soprattutto le osservazioni riguardanti le due ipotesi di interruzione di gravidanza espressamente permesse dalla legge.

4. Aborto terapeutico e Costituzione brasiliana

«Difendere i diritti umani delle donne è essenziale affinché possa risolversi l'emergenza di salute pubblica causata dal *virus Zika*», ha affermato, il 5 febbraio scorso, Zeide Ra'ad Al Hussein, Alto Commissario ONU per i diritti umani, sottolineando, altresì, come le leggi e la politica che restringono l'accesso ai servizi di salute sessuale e riproduttiva, essendo contrarie alle norme internazionali, vadano revocate e come si renda opportuno adottare ogni mezzo atto a garantire alle donne adeguato accesso alle informazioni, all'assistenza ed ai servizi che permettano loro di esercitare «*their rights to determine whether and when they become pregnant*».

«Chiaramente, gestire la diffusione del *virus Zika* è una grande sfida per i Governi dell'America Latina» continua Zeid, «però, il consiglio rivolto alle donne (*sottinteso* da parte degli Stati interessati) di non rimanere incinte ignora quella che è la realtà, dove molte donne e giovani ragazze semplicemente non possono esercitare il controllo sul “se” e “quando” intraprendere una gravidanza, specialmente in un ambiente in cui la violenza sessuale è così comune e ove non sono previsti servizi di salute sessuale e riproduttiva, posto che la pratica abortiva risulta criminalizzata. Ecco perché nelle ipotesi di specie il mero consiglio a non intraprendere gravidanze risulta inefficace»¹². Questo rende ancora più urgente – oltre che evidente – la necessità di legalizzare l'aborto, a prescindere dalla situazione di emergenza in questione. «*Laws and policies that restrict her access to these services must be urgently reviewed in line with human rights obligations in order to ensure the right to health for all in practice*»¹³, conclude l'Alto Commissario.

Come ricorda Léo Rosa, «*é de saber: acordos internacionais ratificados pelo Brasil têm força constitucional*». «I giuristi che leggono la questione come se le donne fossero persone giuridiche», prosegue l'Autore, «cadono nei fronzoli interpretativi tipici del diritto comune»¹⁴. Ed è così che giungono ad affermare la non utilizzabilità della pronuncia della Corte Suprema in materia di feto anencefalico nelle ipotesi di feto microcefalico. Ma la donna è «*pessoa constitucional*», ecco perché le ipotesi di danno materiale alla salute della gestante, così come il danno morale, e il danno alla salute psico-fisica dovrebbero essere fondanti il concetto di pregiudizio e rientrare quindi tra le ipotesi di aborto legale¹⁵.

¹¹ Constituição Federal de 1988, art. 5o, inciso VI. Per approfondire, T.I. TELES PIRES, *Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político*, Brasília a. 49 n. 195 jul./set. 2012.

¹² La traduzione è mia.

¹³ <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17014&LangID=E>.

¹⁴ L. ROSA “*Constituição, zika, aborto, hipocrisia e falsidade*”, in *JusBrasil*, 2016, in <http://leorosa.jusbrasil.com.br/artigos/305117268/constituicao-zika-aborto-hipocrisia-e-falsidade>.

¹⁵ *Ibidem*, la traduzione è mia.

5. Conclusioni

Poiché, come si è osservato, le considerazioni sulla salute sessuale, riproduttiva e mentale della gestante – nel rispetto dei principi costituzionali – fondano la legittimità dell’aborto *sentimental*¹⁶, è evidente che esse debbano ritenersi in grado di legittimare il ricorso all’interruzione di gravidanza di feto microcefalico, in ragione del nocimento che la nascita di un figlio gravemente malato possa comportare alla salute psico-fisica della madre. Ferma restando l’opportunità di un intervento legislativo volto a disciplinare nuovamente la materia, anche alla luce dei Trattati internazionali, la già presente giurisprudenza qui esaminata sarebbe di per sé in grado di “scusare” il ricorso all’aborto delle gestanti colpite da *virus Zika*. L’utilizzo di una pronuncia della Supremo Tribunale in contrasto con la disciplina legalmente posta è fenomeno già verificatosi in altri ordinamenti. Si ricorderà certamente la vicenda, per certi versi analoga, accaduta in Italia nel 1976 a Seveso (piccolo Comune della Brianza), dove l’esplosione di un reattore della ICMESA, una fabbrica chimica di proprietà della multinazionale svizzera Hoffman-La Roche, aveva provocato la liberazione di una consistente nube di diossina TCDD, sostanza tossica capace di provocare gravissime malformazioni fetali. Da qui l’esigenza di tutelare le gestanti entrate in contatto con la sostanza nociva. All’epoca l’aborto non era legale, la legge n. 194 (“Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza”) sarebbe entrata in vigore nel 1978. Era però accaduto che in materia fosse intervenuta la Corte costituzionale che, con la storica sentenza n. 27 del 1975, aveva dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 546 c.p. con riferimento agli artt. 31, secondo comma, e 32, primo comma, Cost., nella parte in cui puniva chiunque cagionasse l’aborto di donna consenziente, anche in caso di accertamento della pericolosità della gravidanza per il *benessere fisico e l’equilibrio psichico della gestante*, qualora non ricorressero gli estremi dello stato di necessità, previsto all’art. 54 c.p.

La particolarità della situazione richiedeva un intervento pubblico tempestivo, al fine di salvaguardare il diritto alla salute delle gestanti coinvolte, pertanto, data la necessità e l’urgenza, le gestanti interessate poterono abortire, giustificando l’atto alla luce della suddetta pronuncia.

Ora, se è vero che nel caso di specie la ADPF n. 54 risulta considerare quale caso eccezionale la non-vita del bambino, è vero anche che le considerazioni di diritto e di fatto ivi esposte paiono vevoli anche per le ipotesi di microcefalia, al fine di garantire l’accesso ad un aborto legale, sicuro e garantito alle gestanti che, affette da Zika, intendano interrompere la gravidanza.

¹⁶ V., *ex multis*, voto particolare del *Ministro* G. Mendes, ADPF n. 54.