



# Comparative Law Review

2024 – Vol. 15 n. 3

**ISSN:2038 - 8993**

---



## COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the  
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia  
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437  
Email: [complawreview@gmail.com](mailto:complawreview@gmail.com)

### EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari  
Tommaso Edoardo Frosini  
Pier Giuseppe Monateri  
Giovanni Marini  
Salvatore Sica  
Alessandro Somma  
Massimiliano Granieri

### EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia  
Giacomo Capuzzo  
Cristina Costantini  
Virgilio D'Antonio  
Sonja Haberl  
Edmondo Mostacci  
Valentina Pera  
Giacomo Rojas Elgueta  
Tommaso Amico di Meane  
Lorenzo Serafinelli

### REFEREES

Salvatore Andò  
Elvira Autorino  
Ermanno Calzolaio  
Diego Corapi  
Giuseppe De Vergottini  
Tommaso Edoardo Frosini  
Fulco Lanchester  
Maria Rosaria Marella  
Antonello Miranda  
Elisabetta Palici di Suni  
Giovanni Pascuzzi  
Maria Donata Panforti  
Roberto Pardolesi  
Giulio Ponzanelli  
Andrea Zoppini  
Mauro Grondona

### SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)  
Thomas Duve (Frankfurt am Main)  
Erik Jayme (Heidelberg)  
Duncan Kennedy (Harvard)  
Christoph Paulus (Berlin)  
Carlos Petit (Huelva)  
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

COMPARATIVE  
LAW  
REVIEW  
VOL. 15/3 - 2024

6

CAMILLA CREA – BIANCA GARDELLA TEDESCHI

Il concepito e l'aborto: una comparazione critica tra Italia e Perù

27

PAOLO GUARDA – RAZMIK VARDANIAN

Certifications and protection of personal data: an in-depth analysis of a powerful compliance tool

56

MARINA FEDERICO

On Lands and Dispossession. The Relevance and Potential of Property Law for the Constitutional Recognition of the Rights of Indigenous Peoples

85

ANDREA STAZI

Late Payments in the Construction Industry: Comparative Law and Policy Approach in the UAE

95

FEDERICA GIOVANELLA

L'aspettativa di privacy del lavoratore: prospettive di diritto comparato

130

ISABELLA FERRARI

Tutela della proprietà intellettuale nel mondo dell'intelligenza artificiale: Artificial Inventor Project, Thaler e i brevetti negati a Dabus

147

RICCARDO IOVINE

Innovazione e tradizione: RegTech, Blockchain e indicazioni geografiche

162

RECENSIONE

“Sulle spalle dei giganti?”

La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto”



# IL CONCEPITO E L'ABORTO: UNA COMPARAZIONE CRITICA TRA ITALIA E PERÙ

*Camilla Crea & Bianca Gardella Tedeschi*

## SOMMARIO:

I. IL DIALOGO TRA ITALIA E PERÙ SULLA SOGGETTIVITÀ DEL CONCEPITO NEL QUADRO DI UNA 'LIBERA' LATINITAS GIURIDICA. II. DAL CODICE ALLA COSTITUZIONE E VICEVERSA. SOGGETTO DI DIRITTO VS PERSONA? III. IL REGIME DELL'ABORTO IN PERÙ: STATO DI CRIMINALIZZAZIONE, ECCEZIONI DISATTESE E REGOLE INFORMALI. IV. LE LINEE GUIDA SULL'ABORTO TERAPEUTICO AL VAGLIO DELLE CORTI. L'ARGOMENTO DELL'ASSOLUTEZZA DELLA TUTELA CONCEPITO. V. LA STRADA ITALIANA. IL BILANCIAMENTO COSTITUZIONALE IMPERFETTO E LA LIBERALIZZAZIONE DIFETTOSA. VI. SEGUE. LAW IN ACTION VS. LAW IN THE BOOKS. LE BARRIERE ALL'ACCESSO ALL'INTERRUZIONE DI GRAVIDANZA DI LÀ DALLA SOGGETTIVAZIONE DEL CONCEPITO. VII. CONCLUSIONI.

*Il profondo e storico dialogo fra la tradizione giuridica e culturale italiana e quella peruviana trova, nell'elaborazione del codice civile del Perù del 1984, uno dei suoi simboli iconici.*

*Il modello italiano ha, come noto, inciso fortemente su molteplici istituti codicistici, eredi di una contaminazione tra i due sistemi giuridici che, nel confronto, hanno preservato una loro identità di percorsi e spazi valoriali divergenti, liberi da inesistenti passati coloniali e, al contempo, avvicinati da forti somiglianze delle due lingue, l'italiano e lo spagnolo, entrambe neo-latine, evocative di una latinitas anche giuridica.*

*L'art. 1 del codice civile peruviano e la sua recente evoluzione rappresenta un esempio, anch'esso simbolico, del dialogo, della contaminazione ma anche delle distinte traiettorie seguite dai due paesi rispetto alla rilevanza giuridica del concepito, alla nozione di soggetto di diritto e di capacità, ed alle sue implicazioni sociali con riguardo alle politiche riproduttive e, dunque, al tema, assai sensibile e sensibilizzato nello scenario globale attuale, dell'aborto.*

*In particolare, l'analisi dello status giuridico del concepito e dei regimi dell'aborto nell'ordinamento peruviano e nell'esperienza italiana, condotta attraverso una comparazione critica, contestualizzata e attenta alle posture socio-culturali domestiche, ha rivelato il persistente potere 'selettivo' ed escludente della categoria del soggetto giuridico. Una tutela assoluta e unidirezionale del nasciturus, infatti, ostacola qualsiasi ragionevole bilanciamento con il diritto all'aborto legale e sicuro che secondo il lessico dei regimi internazionali 'dovrebbe' rappresentare un diritto umano e fondamentale.*

*The rich historical dialogue between the Italian and Peruvian legal and cultural traditions is symbolized effectively in the drafting of Peru's 1984 Civil Code. The Italian model had a strong influence on the Peruvian civil code as a result of cultural contamination between the two legal systems. Nevertheless, both systems have preserved their distinct identities, partly due to the absence of any past colonial relationship. The article addresses issues related to the legal status of the conceived, its social implications in reproductive politics and, above all, access to abortion. Article 1 of the Peruvian Civil Code and its recent evolution represents an example (also symbolic) of the dialogue and preservation of the differences between the two legal systems. In particular, this analysis of the legal status of the conceived and the abortion regimes in the Peruvian legal system and the Italian experience, conducted through a critical, contextualized comparison attentive to domestic socio-cultural postures, reveals the persistent 'selective' and exclusionary power of the category of the legal subject. The absolute and unidirectional protection of the nasciturus, in fact, hinders any reasonable balancing with the right to legal and safe abortion, which, according to the lexicon of international regimes, ought to be a human and fundamental right.*

**Keywords:** aborto – concepito – giustizia riproduttiva – codice civile peruviano – soggettività giuridica

#### I. IL DIALOGO TRA ITALIA E PERÙ SULLA SOGGETTIVITÀ DEL CONCEPITO NEL QUADRO DI UNA 'LIBERA' *LATINITAS* GIURIDICA

Il profondo e storico dialogo fra la tradizione giuridica e culturale italiana e quella peruviana trova, nell'elaborazione del codice civile del Perù del 1984, uno dei suoi simboli iconici<sup>1</sup>.

Il modello italiano ha, come noto, inciso fortemente su molteplici istituti codicistici, eredi di una contaminazione tra i due sistemi giuridici che, nel confronto, hanno preservato una loro identità di percorsi e spazi valoriali divergenti, liberi da inesistenti passati coloniali e, al contempo, avvicinati da forti somiglianze delle due lingue, l'italiano e lo spagnolo, entrambe neo-latine, evocative di una *latinitas* anche giuridica<sup>2</sup>.

L'art. 1 del codice civile peruviano e la sua recente evoluzione rappresenta un esempio, anch'esso simbolico, del dialogo, della contaminazione ma anche delle distinte traiettorie seguite dai due paesi rispetto alla rilevanza giuridica del concepito, alla nozione di soggetto di diritto e di capacità, ed alle sue implicazioni sociali con riguardo alle politiche riproduttive e, dunque, al tema, assai sensibile e sensibilizzato nello scenario globale attuale, dell'aborto. Le scelte normative, tutte le scelte normative, d'altro canto, non sono mai neutrali, giacché implicano una selezione di preferenze di valori e interessi da tutelare all'interno della fabbrica sociale.

La disposizione in questione, innovando rispetto al codice civile del 1936, grazie al suo redattore Carlos Fernandez Sessarego, accoglie la teoria della soggettività del concepito, prevedendo che «[l]a persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo». Il soggetto di diritto è nozione meta-inclusiva che ingloba, nel diritto privato nazionale, il concepito, la persona fisica, la persona giuridica e le associazioni non riconosciute. Il richiamo alla dottrina italiana è dichiarato<sup>3</sup>, e pur tuttavia il discostamento dal modello di riferimento e da molti altri sistemi giuridici è marcato. Proprio in relazione al *conceptus*, infatti, ecco che emerge l'anima iberica, che rifiuta la teoria della finzione giuridica e, focalizzandosi sul valore della vita umana, giunge

---

\* Camilla Crea, prof. associato di Diritto Privato, Università degli Studi del Sannio; Bianca Gardella Tedeschi, prof. associato di Diritti privato comparato, Università del Piemonte Orientale. Lo scritto è frutto di una riflessione congiunta delle autrici. Tuttavia, i §§ 1, 2, 5, 6, 7 sono da attribuire a Camilla Crea; mentre i §§ 4 e 5 sono da attribuire a Bianca Gardella Tedeschi.

<sup>1</sup> Fernández Sessarego, Carlos e Cárdenas Quirós, Carlos, “Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código civil peruano de 1984 en relación con el Código civil italiano de 1942”, in *El Código civil peruano y el Sistema jurídico latinoamericano*, Lima: Cultural Cuzco, 1986, p. 107 ss.

<sup>2</sup> Nicolussi, Andrea e Troncoso, María Isabele, “Efectos de la resolución del contrato por incumplimiento: restituciones e indemnización por daños en una perspectiva de comparación dentro de la latinidad jurídica”, in *Ius et veritas*, 2023, pp. 9-29.

<sup>3</sup> Fernández Sessarego, Carlos e Cárdenas Quirós, Carlos, de algunos aspectos del Código civil peruano de 1984 en relación con el Código civil italiano de 1942”, cit., p. 109; Espinoza Espinoza, Juan Alejandro, “Remembering Carlos Fernández Sessarego”, in *The Italian Law Journal*, 2019, p. 389 s.

ad una concettualizzazione astratta ma unificante, perché capace di proteggere l'essere concreto del nascituro, il quale è centro di riferimento e di imputazione di tutte le situazioni soggettive che lo favoriscono, non soltanto di quelle previste dalla legge (come invece si desume dalla lettera dell'art. 1 del codice civile italiano del 1942). Le situazioni giuridiche esistenziali sono riferibili al concepito senza alcuna condizione. Per contro, i diritti patrimoniali sono sottoposti alla condizione risolutiva della non nascita.

Un profilo assai singolare è che il tempo della riforma del codice civile peruviano coincide con l'esplosione in Italia del dibattito sull'aborto. Alla fine degli anni '70, infatti, viene approvata la legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, che ha stimolato nella dottrina domestica una intensa riflessione sulla condizione giuridica/soggettività del feto rispetto alla situazione giuridica della donna autorizzata, a certe condizioni procedurali e sostanziali, a ricorrere all'aborto. La negazione della soggettività del concepito, accolta da una parte considerevole della letteratura nazionale tradizionale<sup>4</sup> (ancorata alle regole codicistiche che attribuiscono diritti solo di natura patrimoniale al concepito dimenticando i diritti umani), di fronte agli interrogativi posti dalla nuova legge sull'aborto, accoglieva una concezione 'realistica'. La semantica giuridica che ruota attorno al nascituro, in linea con l'approccio realista, parla di 'persona in formazione' data l'indisponibilità del 'principio della vita', di valore unitario della vita umana sin da suo inizio o di soggetto che merita la massima protezione<sup>5</sup>. La semantica si giustifica, nel contesto italiano, sempre alla luce dei principi costituzionali, quali la dignità della persona e l'eguaglianza tra tutti gli individui, e delle aperture alla protezione del nascituro individuabili anche nell'argomentazione delle decisioni della Corte costituzionale italiana di quegli anni.<sup>6</sup> La legge sull'interruzione di gravidanza si presenta, per alcuni, come un testo contraddittorio: la legge menziona, nel suo *incipit*, la tutela della vita umana sin da suo inizio, il valore sociale della maternità e l'impegno dello Stato verso un diritto alla procreazione cosciente e responsabile; al contempo, però, consente l'interruzione di gravidanza, sia pur a certe condizioni e con crescenti limitazioni, a seconda che siano o meno trascorsi 90 giorni dall'inizio della gestazione. Così come contraddittorio è considerato l'art. 1 del cod. civ. it. che subordina la soggettività e l'acquisto della capacità giuridica al momento della nascita.

Questa parte della dottrina italiana ha influito sulla redazione dell'art. 1 del codice peruviano. Tuttavia, tale influsso si combina con una matrice culturale locale del tutto

---

<sup>4</sup> Emblematica la posizione di Coviello, Leonardo jr., "Capacità a succedere a causa di morte", in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, p. 56, dove si riferisce al concepito una situazione giuridica di «attesa... dipendente dall'attuale inesistenza del soggetto destinatario», dovendosi attendere la nascita per l'acquisto della capacità a succedere e a ricevere per donazione (artt. 462 comma 1 e art. 784, comma 1 cod. civ. it.).

<sup>5</sup> Fernández Sessarego, Carlos e Cárdenas Quirós, Carlos, "Estudio preliminar comparativo", cit., pp. 109-110. Il richiamo è, in particolare, al pensiero di Massimo Bianca, Francesco Busnelli, Giorgio Oppo, Guido Biscontini, i quali, a vario titolo, propendevano per una concezione realistica della condizione giuridica del concepito: Bianca, Cesare Massimo, Sub art. 1, I, in Bianca, Cesare Massimo e Busnelli, Francesco Donato (a cura di), *Commentario alla l. 22 maggio 1978*, n. 194, in *Nuove leggi civili commentate*, 1978, p. 1593 ss.; Oppo, Giorgio, "L'inizio della vita umana", in *Rivista di diritto civile*, 1982, p. 500 ss.; Biscontini, Guido, "Interruzione della gravidanza e tutela della maternità", in *Rassegna di diritto civile*, 1983, p. 85 ss.

<sup>6</sup> Cfr. il *leading case* Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, recuperato da <https://giurcost.org/>, che ha aperto la strada al legislatore nazionale per l'approvazione della legge sull'interruzione di gravidanza: per questa evoluzione rinviamo a Crea, Camilla, "Conscientious Objection and Abortion: The Italian Pseudo-Exceptionalism?", in *FIU Law Review*, 2024, vol. 18, no. 4, pp. 755-796.

peculiare. La produzione di una norma che attribuisce la soggettività al concepito quale centro di imputazione di diritti sia patrimoniali sia non patrimoniali, infatti, trova fondamento nella centralità del diritto alla vita accolta nella visione filosofica umanistica domestica. Questa filosofia, a sua volta, poggia su un rifiuto della normatività monolitica di stampo kelseniano, da un lato, e sull'accoglimento di una concezione non astratta, né formalistica del diritto: il diritto non può che avere una natura complessa, tridimensionale nella quale si combinano inscindibilmente realtà fattuale, logica, e sistema di valori. Siffatta teoria tridimensionale implica, dunque, una considerazione della vita umana come progetto e offre così il presupposto per un'analisi rinnovata e originale dei diritti della persona (*rectius*: del soggetto di diritto) e della loro tutela<sup>7</sup>.

L'interazione tra i due formanti dottrinali, italiano e peruviano, si somma ad un fattore normativo peculiare, ossia l'adesione alla Convenzione americana sui diritti umani, ratificata in Perù nel 1978, ove all'art. 4, comma 1 si afferma espressamente che il diritto alla vita inizia con il concepimento<sup>8</sup>.

Il nuovo articolo 1 del codice civile del 1984, grazie soprattutto all'apporto politico e culturale del maestro Carlos Fernández Sessarego<sup>9</sup>, si pone in discontinuità rispetto al codice del 1936, il quale ignorava la vita prenatale e subordinava l'acquisto della qualifica di 'persona naturale' (*persona física*) al momento della nascita.

## II. DAL CODICE ALLA COSTITUZIONE E VICEVERSA. SOGGETTO DI DIRITTO VS PERSONA?

La normativa peruviana sul concepito si connette strettamente alla tradizione di *civil law* che riconosce fin dall'epoca romanistica diritti patrimoniali in capo al nascituro. In questo solco, si inserisce l'approccio dei padri del diritto civile sudamericano, i quali riprendono il pensiero dell'Europa continentale ma con un evidente spostamento di prospettiva.<sup>10</sup> Assistiamo qui ad una importante narrativa del diritto sudamericano che vuole riconoscersi nella tradizione di *civil law* e, al contempo, afferma le sue specificità<sup>11</sup>. Il concepito è “una

---

<sup>7</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il diritto come libertà Lineamenti per una determinazione ontologica del diritto*, trad. in italiano a cura di V. Barba, Quodlibet, Macerata, 2022 (opera originaria: *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, 1950).

<sup>8</sup> Convención Americana sobre Derechos humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica, 1969. Per queste riflessioni v. Busnelli, Francesco Donato, “L'inizio della vita umana”, in *Rivista di diritto civile*, 2004, I, p. 540; Id., “Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita”, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, II, p. 185 ss.; Id., “Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività”, in *Diritti umani e diritto internazionale umani*, 2007, I, p. 245 ss.

<sup>9</sup> Sessarego, 2009, p. 222; e, per la ricostruzione di questo iter, e per un utile quadro comparativo sul tema v. Agurto Gonzàles, Carlos Antonio e Abanto, Juan Pablo, “La protección jurídica del concebido: desde los aportes de los padres fundadores del derecho de América del Sur a la Ley N.º 31935”, in *Doctrina Practica*, 2024, 2024, p. 53.

<sup>10</sup> Sulla ricostruzione della specificità sudamericana in relazione allo *status* del concepito, Agurto Gonzàles, Carlos Antonio e Abanto, Juan Pablo, “La protección jurídica del concebido”, cit., p. 41, i quali mostrano la volontà dei padri fondatori del diritto sudamericano di rimanere all'interno della tradizione romanistica pur affermando le peculiarità della loro tradizione giuridica. Nello stesso senso, Castán Vásquez, José María, “El artículo 1 del código civil Peruano y su criterio sobre el Comienzo de la vida humana, Themis”, in *THEMIS Revista De Derecho*, (30), 1994, pp. 49-56.

<sup>11</sup> Sui rapporti tra la tradizione giuridica dell'Europa continentale e la tradizione sudamericana, le narrative e le finzioni che legano e dividono l'una dall'altra in un processo continuo, Esquirol, Jorge L., *Ruling the Law, Legitimacy and Failure in Latin American Legal Systems*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

*persona por nacer*”, secondo la lettura offerta da Teixeira de Freitas,<sup>12</sup> il più autorevole civilista brasiliano del XIX secolo. Mentre per i Romani e poi per Savigny l’acquisizione dei diritti avveniva esclusivamente con la nascita, Teixeira de Freitas fornisce una lettura nuova delle fonti del diritto romano, dando luogo a una interpretazione “sudamericana” che si contrappone alla visione tedesca.

Di questa tradizione dell’America latina fa parte a pieno titolo il Perù in cui, a partire dal codice civile del 1852, si qualifica il concepito come una persona “*por nacer*”, lasciando intendere implicitamente che l’esistenza umana inizia già nel periodo di vita intrauterina. Il codice civile peruviano del 1936 si distacca da questa impostazione e afferma che il concepito diventa soggetto di diritto al momento della nascita. Successivamente, la riforma del 1984, con l’art. 1 c.c. ritorna alla visione tradizionale: la persona umana diventa soggetto di diritto con la nascita ma, allo stesso tempo, nel comma secondo, è affermato chiaramente che la vita umana comincia con il concepimento.

La nuova disposizione individua, dunque, una soggettività *sui generis*, speciale, del concepito che merita la massima protezione<sup>13</sup>, parificando, sia pur nelle specificità di ciascuno, la persona fisica (quale soggetto esistente nella realtà materiale, dopo la nascita) e il concepito quale soggetto/essere umano che esiste anche prima della nascita e distinto dalla soggettività giuridica della madre. Tale innovazione appare assai rilevante per una comparazione tra le codificazioni civili.

La modifica della legislazione codicistica è stata seguita, nel 1993, da un emendamento alla *Constitución Política* che ha riconosciuto espressamente la soggettività giuridica del concepito (art. 2 Cost. Per.). Ma già prima di questa riforma, anche in assenza di un riconoscimento esplicito e testuale, la giurisprudenza costituzionale interna ammetteva la soggettività del nascituro<sup>14</sup>.

La storia della tutela del *nasciturus* si muove secondo una traiettoria unidirezionale e lascia fuori dal quadro la gestante i cui diritti non sono esplicitati né nel codice civile, né nella Costituzione, diversamente dai diritti del concepito.

Il percorso peruviano appare in certo senso inverso rispetto a quello italiano: all’interno dell’esperienza giuridica italiana si è registrato un «declino del soggetto» in concomitanza con l’«ascesa della persona»<sup>15</sup>, grazie alla costituzionalizzazione delle regole del codice civile del 1942<sup>16</sup> ed anche all’influsso dei diritti umani e fondamentali, giacché soggetto e

<sup>12</sup> Teixeira de Freitas, Augusto, *Consolidação das leis civis*, Editorial del Senado Federal, 2003.

<sup>13</sup> Varsi-Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, Lima: Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, 2014, p. 169; v., inoltre, Santillán Santa Cruz, Romina, *La situación jurídica del concebido en el Derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica*, Lima: Motivensa, 2014.

<sup>14</sup> Llaja Villena, Jeannette, “El Derecho a la vida del concebido: la regulación constitucional del aborto. Una mirada al proceso constitucional de 1979 y 1993”, Justicia de Género, DEMUS, *Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer*, Jr. Caracas 2624 - Jesús María 4631236 Lima, 2009.

<sup>15</sup> Oppo, Giorgio, “Declino del soggetto e ascesa della persona”, in Rivista di diritto civile, 2002, p. 830 s.

<sup>16</sup> La Costituzione italiana del 1948 è postuma rispetto alle regole del codice civile del 1942, approvato durante il regime fascista. Sulla centralità della persona e del personalismo quale criterio di legittimazione degli istituti e delle categorie del diritto civile letto alla luce della Costituzione, v. Perlingieri, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, 4<sup>a</sup> ed., Napoli: ESI, 2020, p. 371; già Id., *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli: ESI, 1972. Per la transizione transizione verso la stagione del costituzionalismo del diritto dei privati, si rinvia a Id., “Norme costituzionali e rapporti di diritto civile”, in Rassegna di diritto civile, 1980, p. 90 ss., tradotta, nella versione inglese, “Constitutional Norms and Civil Law Relationships”, in 1 The Italian Law Journal, 2015, p. 17 ss.

soggettività appartengono all'ordine statale, ma non esauriscono il concetto di persona e personalità che operano nell'ordine sociale e che, superando la logica riduzionista ed escludente del formalismo e del positivismo, si fondano sul «codice dell'eguaglianza» sostanziale in antitesi con la soggettività astratta<sup>17</sup>. Per contro, il linguaggio della soggettività, così come sotteso all'art. 1 del cod. civ. peruviano, sembra avere una *vis* espansiva atta ad includere il paradigma categoriale della persona; sembra superare l'astrazione formalistica per guardare all'individuo concreto (a prescindere dal dato 'fisico' della nascita). E' il codice, in questo contesto, dunque, a trainare la costituzione.

Entrambi i due 'significanti' categoriali, persona da un lato e soggetto giuridico dall'altro, si appoggiano su un substrato minimo comune, la dignità, quale matrice profonda per la protezione dell'essere umano «nella sua essenza ultima che mai deve essere alterata»<sup>18</sup>; entrambi aspirano al superamento della logica patrimonialistica, abbracciando una prospettiva di umanizzazione. Tuttavia, il concetto di persona, nel lessico culturale e giuridico italiano e nella sua dimensione 'costituzionalizzata', ha una funzione non soltanto di concretizzazione dell'individualità, ma anche di inclusività sociale, nella quale la persona, lungi dal tradursi in una pericolosa 'maschera' categoriale, consente di dare rilievo a tutti gli aspetti dell'individuo nel suo essere nel mondo (secondo un processo di concretizzazione soggettiva) e, dunque, di sopperire ad una «perdita di rappresentatività sociale» del soggetto di diritto della legislazione civile del codice, che pure continua a coesistere. La persona è un dispositivo, almeno potenziale, di condivisione, là dove, invece, lo schema del 'soggetto astratto' di diritto è stato oggetto di severe critiche, specie da parte degli studi femministi, perché cognitivamente incapace di inglobare, come noto, le differenze di genere<sup>19</sup>.

Nel 2023, è stata approvata in Perù, dopo un lungo *iter* normativo, una legge che mira al riconoscimento dei diritti del concepito (artt. 1 e 2, Ley N.º 31935, 16 Novembre 2023), fondati sul valore primario della dignità, e in attuazione del menzionato art. 2 della costituzione domestica che, a sua volta, è stato preceduto dal codice. La lista delle situazioni giuridiche soggettive comprende il diritto alla vita, salute, integrità morale, psicologica e fisica, identità, libero sviluppo e benessere e, più in generale, tutti i diritti che favoriscono il nascituro in quanto soggetto di diritto.

Il testo entrato in vigore, che è stato accolto con grande favore dagli esponenti del mondo cattolico<sup>20</sup>, non sembra aver apportato significativi cambiamenti nell'ordinamento giuridico nazionale, sia sul piano delle regole e dei principi, sia sotto il profilo

---

<sup>17</sup> Rodotà, Stefano, "Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica", in *Filosofia politica*, 2007, p. 368.

<sup>18</sup> Marella, Maria Rosaria, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, in Bilotta Francesco, e Raimondi Fabio (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli: Jovene, 2020, p. 59 (in dialogo con Rodotà, Stefano, "Antropologia dell'homo *dignus*", in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2010, p. 547-564) e *ivi* una analisi della persistente tensione tra universalismo e frammentazione insita nel concetto di soggetto di diritto.

<sup>19</sup> Rodotà, Stefano, "Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica", cit., p. 369.

<sup>20</sup> "Perù: La Iglesia saluda la ley sobre los derechos al concebido", recuperato da <https://www.vaticannews.va/es/iglesia/news/2023-11/peru-la-iglesia-saluda-la-ley-sobre-los-derechos-al-concebido.html>; "Comunicato della Conferenza episcopale peruviana", recuperato da <https://iglesia.org.pe/2023/11/21/conferencia-episcopal-peruana-saluda-ley-que-reconoce-los-derechos-al-concebido/>.

interpretativo.<sup>21</sup> In ogni caso, la nuova legge ha aperto un notevole dibattito nella dottrina, poiché, qualora dovesse ritenersi idonea ad integrare la condizione giuridica del nascituro già contenuta nel codice civile, potrebbe rappresentare un ulteriore passo avanti nel processo di decodificazione, ossia di perdita della centralità del codice civile,<sup>22</sup> in atto da tempo all'interno dell'esperienza domestica, e che trova un parallelo nel pensiero giuridico e nel trend normativo italiano a partire dalla fine degli anni '90.

Ma se ciò è vero, se è vero che il legislatore nazionale si è rivelato, in questa occasione, un uomo comune e non straordinario, asistemico, ignorante e incoerente<sup>23</sup>, è altrettanto vero che il legislatore non è un comune cittadino e che anche il suo mero *dicere*, anche una sua semplice azione, sebbene priva di effettivo significato in termini di innovazione giuridica, ha un senso politico ed istituzionale. E' davvero possibile, dunque, affermare che il soggetto di diritto, così come inteso dal sistema giuridico peruviano, non ha alcun potere selettivo ed escludente? Lo *status* del concepito, accolto nel sistema giuridico peruviano, in quanto soggetto di diritto al quale viene espressamente riconosciuto, tra gli altri, il diritto alla vita, incide, infatti, sull'accesso all'interruzione di gravidanza delle donne. E il diritto all'aborto legale e sicuro, secondo il lessico dei regimi internazionali, dovrebbe rappresentare un diritto umano e fondamentale.

Per rispondere a questa domanda appare pertanto utile offrire una analisi della regolamentazione dell'aborto e della 'postura' normativa e socio-culturale che è emersa all'interno delle due esperienze giuridiche, italiana e peruviana, promuovendo l'idea di una funzione, in un certo senso sovversiva, della comparazione, utile ad una riflessione contestualizzata e, al contempo, critica del diritto<sup>24</sup>.

### III. IL REGIME DELL'ABORTO IN PERÙ: STATO DI CRIMINALIZZAZIONE, ECCEZIONI DISATTESE E REGOLE INFORMALI

In Perù l'aborto è da sempre fortemente criminalizzato, salvo poche eccezioni, tendenzialmente interpretate in modo restrittivo e formalistico<sup>25</sup>. *De facto*, vige un divieto di accesso all'interruzione di gravidanza.

<sup>21</sup> Agurto Gonzales, Carlos Antonio e Abanto, Juan Pablo, "La protección jurídica del concebido", cit., p. 63 i quali sottolineano che questa legge non ha recepito le proposte, emerse durante il dibattito parlamentare, relative ai diritti della gestante.

<sup>22</sup> Bustamante Oyague, Emilia, "Recensione Romina Santillán Santa Cruz, La situación jurídica del concebido en el derecho civil peruano", in *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, n. 20, pp. 1622-1629; per il versante italiano, v. Irti, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milano: Giuffrè, 1999.

<sup>23</sup> Per queste critiche e per un confronto tra il testo approvato e il testo iniziale, v. Agurto Gonzales, Carlos Antonio e Abanto, Juan Pablo, "La protección jurídica del concebido", cit., pp. 55 ss., spec. p. 63.

<sup>24</sup> Muir Watt, Horatia, "La fonction subversive du droit comparé", in *Revue internationale de droit comparé*, 2000, pp. 503-527.

<sup>25</sup> Appare per certi versi paradossale come il Perù criminalizzi l'aborto pur avendo ratificato la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (CEDAW), soprattutto considerando che le fonti internazionali sono vincolanti all'interno del sistema giuridico domestico: Valega Chipoco, Cristina e Benavides Reverditto, Ximena, "The Ambivalent and Hetero-Cis-Normative Peruvian Constitutional Jurisprudence of the Twenty-First Century", in Pou Giménez, Francisca, Rubio Marín, Ruth e Undurraga Valdés, Verónica (a cura di), *Women, Gender, and Constitutionalism in Latin America*, Oxon, New York: Routledge 2024, p. 210; Gianella Camila e Alvarez, Brenda, "Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts", in *Revista DireitoGV*, 2021, p. 1, considerano "puzzling" il caso del Perù, paese preso ad esempio per l'alto numero di interventi delle Corti sovranazionali in tema di aborto le cui vittorie non hanno avuto reali ripercussioni all'interno del paese.

Il dato normativo primario è contenuto nel codice penale: l'aborto, infatti, è un reato. L'art. 114 del codice penale stabilisce una pena di due anni o l'affidamento ai servizi sociali per la donna che abortisce, anche con l'ausilio di terze persone. L'art. 115 prevede una pena di un massimo di quattro anni per coloro che aiutano la donna ad abortire. Se poi sopravviene la morte della gestante, la pena è di un massimo di cinque anni. L'art. 116 si occupa del procurato aborto da parte di un terzo, contro la volontà della gestante, sancendo una pena detentiva da tre a cinque anni.

Sono poi previsti degli aggravati di pena per determinati soggetti, quali medici, ostetriche e qualunque esercente le professioni sanitarie che eseguano la procedura di interruzione di gravidanza: per questi, oltre alla pena detentiva, vige il divieto dell'esercizio dell'attività professionale per un determinato periodo di tempo. Il codice penale ha, quindi, esteso un cordone intorno alla gestante per impedirle di abortire: la donna o le persone cui si possa eventualmente rivolgere incorrono in un reato, con tutte le conseguenze che nella vita privata e lavorativa una condanna penale può comportare. La criminalizzazione dell'interruzione di gravidanza è un deterrente potente per dissuadere non solo le donne ma chiunque possa o voglia supportarle in questo difficile percorso.

Il codice prevede delle eccezioni alla perseguibilità penale, che in astratto consentirebbero spazi per l'accesso all'interruzione di gravidanza. L'art. 119, infatti, disciplina l'aborto terapeutico, entro le 22 settimane dall'inizio della gestazione, e stabilisce la non punibilità del medico che pratica un aborto quando questo è “el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”. Tuttavia, l'interpretazione formalistica, riduzionista e conservatrice sviluppata dalle corti domestiche ha, nella sostanza, disinnescato le potenzialità di questa eccezione.

Accanto all'aborto terapeutico, il codice penale individua ipotesi, certamente non minori, in cui è sensibilmente ridotta la pena per il medico. Così, l'art 120 indica una pena detentiva di tre mesi per l'interruzione di una gravidanza frutto di stupro, se perpetrato al di fuori del matrimonio, oppure derivante da una inseminazione artificiale non consentita. Per poter ottenere la pena ridotta, però, il personale sanitario ha l'obbligo di denunciare gli abusi alle autorità di polizia, imponendo alla vittima di violenza lo stress psicologico di una indagine penale. L'art. 120 prevede anche una pena ridotta per il medico che esegue l'interruzione di una gravidanza qualora il feto presenti gravi malformazioni.

Lo snodo per comprendere il funzionamento e il portato politico della normativa penale è quindi l'applicazione da parte dei medici e degli ospedali della eccezione dell'aborto terapeutico, quale unico rimedio per salvare la salute o la vita della gestante. L'aborto terapeutico è legale in Perù sin dal 1924, anche se non erano specificate le condizioni di accesso alla procedura. Il vuoto normativo ha permesso lo sviluppo di regole informali per negare l'aborto: i medici, infatti, dovendo prendere decisioni sulla vita delle gestanti nel timore di commettere un reato, hanno sempre preferito non procedere agli interventi abortivi.<sup>26</sup> La paura di una condanna penale ha favorito un ricorso limitato alla interruzione

---

<sup>26</sup> Valega Chipoco Cristina e Benavides Reverditto, Ximena, “The Ambivalent and Hetero-Cis-Normative Peruvian Constitutional Jurisprudence of the Twenty-First Century”, cit., p. 203, con i dati delle azioni penali portate avanti contro le donne che hanno chiesto aiuto per interrompere la gravidanza e contro coloro che le hanno aiutate. Le condanne sono in numero decisamente inferiore rispetto alle azioni intraprese ma la paura di essere oggetto un processo penale spinge le gestanti e i terzi, inclusi gli operatori sanitari, a limitare

della gravidanza nei casi di pericolo per la salute della gestante, lasciando alla discrezionalità, spesso di un singolo medico o operatore sanitario, la decisione finale.

Per ovviare al vuoto normativo sull'applicazione dell'art. 119, nel 2014 il Ministero della Salute Perù ha adottato le linee guida per l'accesso all'aborto terapeutico<sup>27</sup> il cui scopo è appunto rendere chiare e trasparenti le condizioni di accesso all'aborto terapeutico. Le linee guida indicano una serie di patologie in presenza delle quali il personale medico può procedere all'aborto terapeutico (art. 6.1) e le procedure da seguire all'interno delle strutture sanitarie (art. 6.4).

L'adozione delle linee guida è il risultato di un intervento delle corti internazionali, promosso, a sua volta, dall'attivismo di organizzazioni non governative. I due casi simbolici che hanno maggiormente inciso sul governo locale sono L.C. v. Peru<sup>28</sup> e K.L. v. Peru<sup>29</sup>. Le pronunce sono state sollecitate in reazione a due casi nei quali è stato negato l'aborto terapeutico nelle strutture sanitarie senza che il diniego fosse supportato da precise linee guida, e senza alcuna possibilità, per le gestanti, di contestare la decisione presa dai medici di fronte ai tribunali o ad altro comitato, entro le ventidue settimane stabilite per l'aborto terapeutico. In entrambe le decisioni, il Perù è stato riconosciuto deficitario rispetto alla tutela dei diritti umani della donna con conseguente necessità di adottare delle linee guida nazionali per consentire l'accesso all'interruzione di gravidanza. Il ricorso alle corti internazionali è stato il risultato di una precisa strategia dei movimenti femministi che si sono attivati per il riconoscimento del diritto all'aborto su più livelli: oltre che di fronte ai due diversi comitati dell'ONU, i movimenti hanno promosso una *litigation* domestica, ed hanno stilato delle linee guida ad uso interno delle strutture ospedaliere, anche se non giuridicamente vincolanti.<sup>30</sup>

Sebbene le linee guida del 2014 siano state salutate come l'inizio di una nuova era<sup>31</sup>, la loro implementazione è stata al centro di un acceso dibattito. Le critiche sono state formulate

---

gli interventi di interruzione di gravidanza. Cfr., anche, per un quadro empirico, Távora Orozco, Luis, Macharé, Pilar, García Angulo, Segundo, Guevara, Enrique, Cabrera, Santiago, Aguilar, Julio, Ramírez, Ysoé, Orderique, Luis, Silva, Carlos, Sánchez Sixto, Leveau, Walter, e Burela, Jhonny, "Barriers to Access to Safe Abortion in the Full Extent of the Law in Peru", in *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 2016, p. 153.

<sup>27</sup> Ministerio de Salud. Resolución Ministerial 486. Guía Técnica Nacional para la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria, por Indicación Terapéutica, del embarazo menor de 22 semanas, con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el Artículo 119 del Código Penal, Lima: Ministerio de Salud, Junio 2014.

<sup>28</sup> Cedaw /C/50/D/22/2009. L.C. Il caso riguardava una bambina di 13 anni, ripetutamente abusata dall'età di undici anni da un uomo adulto, la quale rimane incinta, cade in stato di depressione e si getta nel vuoto nel tentativo di suicidarsi. Dalla caduta deriva una lesione alla spina dorsale e il rischio di una disabilità permanente. È quindi necessaria una operazione chirurgica immediata impedita, però, dalla presenza della gravidanza. L'operazione è quindi rimandata attendendo la decisione dell'ospedale sulla praticabilità dell'aborto terapeutico. Nel frattempo L.C. abortisce spontaneamente per la gravità della sua condizione di salute, ma il ritardo di quattro mesi nell'intervento chirurgico comporta la paralisi definitiva della bambina.

<sup>29</sup> CCPR/C/85/D/1153/2003. K.L. In questa vicenda K.L. rimane incinta all'età di 17 anni. Le analisi mediche mostrano una importante anomalia del feto, la anencefalia, che non permette la sopravvivenza dopo la nascita. La ragazza non ha avuto accesso alle procedure di interruzione di gravidanza ed è stata costretta a partorire. Il bambino ha vissuto solo 4 giorni dopo la nascita.

<sup>30</sup> Gianella, Camila e Alvarez, Brenda, "Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts", cit., p. 4.

<sup>31</sup> Amanda Klasing, "Dispatches: New Abortion Rules in Peru", recuperato da <https://www.hrw.org/news/2014/07/01/dispatches-new-abortion-rules-peru>.

su diversi piani. Così, il Ministero della Salute è rimproverato il mancato monitoraggio della loro attuazione<sup>32</sup>, così come la mancata formazione del personale sanitario deputato ad applicarle<sup>33</sup>.

I medici, poi, non hanno accolto con favore le linee guida, anzi si sono opposti alla loro applicazione, ritenendo che fossero incerte e poco chiare e, quindi, incapaci di proteggerli dal rischio di una condanna penale. Il risultato è stato una sorta di ritorno alle regole informali che di fatto limitano l'accesso per le donne all'aborto ogni volta in cui si presenta la possibilità, anche remota, di una azione penale per il personale sanitario.

Le linee guida hanno inoltre omesso di prendere posizione rispetto alla salute mentale della gestante. Il danno di cui all'art. 119 c.p. concerne la salute fisica e non anche quella psichica,<sup>34</sup> che invece rileva fortemente in presenza gravidanze non volute, e specie quando la gestante è minorenni o vittima di abusi.

In conclusione, la normativa penale in vigore e la sua applicazione intrappolano la gestante all'interno di uno spazio chiuso in cui spesso l'unica via di uscita è il mercato parallelo clandestino<sup>35</sup>.

#### IV. LE LINEE GUIDA SULL'ABORTO TERAPEUTICO AL VAGLIO DELLE CORTI. L'ARGOMENTO DELL'ASSOLUTEZZA DELLA TUTELA CONCEPITO.

Dopo l'adozione delle linee guida, le organizzazioni antiabortiste hanno fatto ripetutamente ricorso ai giudici per limitare il già ristretto accesso all'interruzione di gravidanza. I casi sono stati portati all'attenzione della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni civili e penali. I ricorsi presentati hanno mobilitato, inoltre, le organizzazioni pro-aborto, spesso intervenute in giudizio. L'analisi di tre casi strategici aiuta a selezionare e comprendere le argomentazioni utilizzate dai diversi attori sociali su un tema divisivo, sul piano morale oltre che normativo, quale è l'aborto.

Le associazioni antiaborto hanno immediatamente cercato di impedire l'adozione delle linee guida, temendo che la loro implementazione avrebbe moltiplicato i casi di aborto

---

<sup>32</sup> Sono quindi mancati i dati sul numero di richieste di aborto terapeutico e sui tempi adottati nelle strutture sanitarie per garantire le relative procedure. Inoltre, i dati raccolti in diversi studi indipendenti mostrano una disparità di accesso all'aborto tra la capitale, Lima, dove sono eseguite la maggior parte interventi, e il resto del paese, dove gli aborti sono in numero visibilmente minore. Alcuni dati sul numero di aborti, il livello economico e l'istruzione delle gestanti sono stati raccolti da una ricerca dell'associazione Promsex (vedi: <https://promsex.org/wp-content/uploads/2019/02/EncuestaAbortoDiptico.pdf>). Sempre Promsex ha pubblicato uno studio approfondito sull'aborto terapeutico a 10 anni dall'entrata in vigore delle linee guida: Juárez, Elisa e Villalobos, José, "Abortos terapéuticos realizados en el Perú entre el 2014 y 2023" recuperato da

<https://promsex.org/wpcontent/uploads/2024/07/AbortosTerapeuticosRealizadosEnElPeruEntreEl2014y2023.pdf>.

<sup>33</sup> Gianella, Camila e Alvarez, Brenda, "Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts", cit., p. 5-6; Távara Orozco, Luis, Macharé, Pilar, García Angulo, Segundo, Guevara, Enrique, Cabrera, Santiago, Aguilar, Julio, Ramírez, Ysoé, Orderique, Luis, Silva, Carlos, Sánchez Sixto, Leveau, Walter, e Burela, Jhonny, "Barriers to access to safe abortion in the full extent of the law in Peru", cit., p. 154.

<sup>34</sup> Come è stato messo chiaramente in evidenza nei casi L.C. v. Peru, Cedaw /C/50/D/22/2009 e K.L. v Peru, CCPR/C/85/D/1153/2003 che configurano le ripercussioni sulla salute mentale in seguito al mancato aborto come una violazione dei diritti umani della gestante.

<sup>35</sup> Niamh Duffy, Deirdre Freeman, Cordelia e Rodríguez Castañeda, Sandra, "Beyond the State: Abortion Care Activism in Peru", in Signs: Journal of Women in Culture and Society, vol. 48, no. 3, 2023, p. 609.

nelle strutture sanitarie. Nel 2014, infatti, una ONG peruviana, Accion de Lucha anticorrupcion “Sin componenda”, con azione a tutela dei diritti fondamentali (*amparo*), si è rivolta al Tribunal Constitucional per impedirne l’adozione denunciando come le linee guida costituissero una violazione dei diritti del concepito<sup>36</sup>. Nel 2019, i giudici costituzionali hanno respinto il ricorso della ONG sulla base dei seguenti argomenti: il diritto alla vita non è assoluto ma incrementale; le linee guida sono espressione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza necessari per proteggere la salute, la vita e la dignità della donna; e, da ultimo, le linee guida sono conformi alle raccomandazioni internazionali rivolte al Perù nei casi K.L. v Peru e L.C. v Peru. Accion de Lucha ha poi impugnato la decisione del Tribunal Constitucional che è stata confermata, anche se con argomenti di natura meramente procedurale e non sostanziale. Al termine di cinque anni di *iter* giudiziario, le linee guida sono state ritenute legittime.

Una seconda mobilitazione delle associazioni anti abortiste contro le linee guida è avvenuta nel 2018. L’Associazione Tommaso Moro, sostenuta da gruppi cattolici, ha promosso un’azione popolare di fronte alla giurisdizione civile per chiedere l’abolizione. L’associazione sosteneva che la decriminalizzazione dell’aborto terapeutico non richiedesse anche una sua regolamentazione. Secondo l’associazione, l’esistenza stessa delle linee guida avrebbe violato il diritto alla vita del feto, all’eguaglianza, alla non discriminazione e alla salute; avrebbe violato, altresì, tutti gli altri diritti del concepito e impedito ai genitori la possibilità di accedere a una genitorialità responsabile nel rispetto della vita nascente. Il fine ultimo dell’azione popolare era il ritorno alla situazione di vuoto regolamentare che, facendo leva sul timore dell’azione (e della condanna) penale, di fatto favoriva il rifiuto del personale sanitario all’aborto terapeutico. In risposta all’azione popolare, si è avuta una forte reazione delle organizzazioni a tutela delle donne e l’associazione PROMSEX, in particolare, è intervenuta nel giudizio per difendere l’applicazione delle linee guida. Il caso è stato esaminato dal Tribunale Civile di Lima, il quale non ha accolto l’azione popolare, ma anche in questo caso la motivazione si è basata su questioni procedurali: lo strumento scelto per adire i giudici, l’azione popolare appunto, non è stato considerato adatto per ottenere una pronuncia sulla costituzionalità dell’art. 119 del codice penale. La regolamentazione dell’aborto terapeutico attraverso le linee guida è stata, dunque, considerata legittima ed in linea con le raccomandazioni degli organismi internazionali. Nella sostanza, però, è mancata una decisione sul merito.<sup>37</sup> L’Associazione Tommaso Moro ha continuato la sua battaglia giudiziaria senza successo. Nel 2023 la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema ha definitivamente rigettato le istanze della Associazione Tommaso Moro<sup>38</sup>, confermando la legittimità delle linee guida.

---

<sup>36</sup> EXPEDIENTE JUDICIAL N° 31583-2014. Per reperire i principali provvedimenti e relativi commenti si rinvia al seguente link dell’associazione PROMSEX: <https://promsex.org/wp-content/uploads/2020/04/PROCESO-DE-AMPARO-CONTRA-EL-PROTOCOLO-DE-ABORTO-TERAP%C3%89UTICO.pdf>.

<sup>37</sup> Resolución N° 25 de fecha 10 de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia de la República Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, PROCESO DE ACCIÓN POPULAR EXPEDIENTE N° 8933-2020 LIMA. Per una analisi esaustiva dell’*iter* dell’azione popolare e delle ulteriori argomentazioni utilizzate per respingerla v., sempre sul sito di PROMSEX, <https://incidenciainternacional.promsex.org/casos/aborto-terapeutico/>.

Un terzo caso emblematico riguarda l'applicazione delle norme penali sul reato di aborto. La vicenda di E.M.D., una studentessa di 17 anni, si inserisce in questa cornice di forte criminalizzazione. La minorenni, infatti, aveva assunto il misoprostolo per porre termine ad una gravidanza di sei settimane e si era poi rivolta ad una struttura sanitaria per le cure post aborto. Data la minore età, la somministrazione delle cure doveva essere autorizzata dal Tribunale della Famiglia e dal Pubblico Ministero. Questi rilasciarono sì l'autorizzazione ma, allo stesso tempo, venne aperto un procedimento penale nei suoi confronti per procurato aborto. La ragazza fu condannata in primo grado e poi assolta in secondo grado. Nel corso del giudizio emersero tratti della vita della ragazza: studentessa esemplare, con voti altissimi che le permettevano di accedere ad una borsa di studio prestigiosa e necessaria. Questi tratti positivi della ragazza non furono, però, considerati con favore dal Pubblico Ministero il quale, invece, sottolineò l'egoismo della giovane donna che, pur di continuare a studiare, era disposta anche ad abortire.<sup>39</sup>

I tre casi mostrano l'attivismo delle associazioni anti aborto che, in assenza di un auspicato intervento del Congresso per limitare ulteriormente l'accesso all'aborto, utilizzano le corti come veicolo per dare voce alle loro istanze repressive. Allo stesso tempo, le corti peruviane si rivelano formalistiche e non innovative, ritenendo che spetti al potere esecutivo o legislativo decidere sulla materia.<sup>40</sup> In questo contesto, le associazioni anti aborto hanno quindi avuto facilità nel proporre argomenti che si basano su una interpretazione letterale della normativa esistente, già fortemente avversa all'aborto.

Gli argomenti che i gruppi cristiani e conservatori propongono alle corti si articolano su quattro piani e sono tutti presenti nei tre casi emblematici analizzati sinora.

I movimenti anti aborto, nelle varie azioni giudiziarie, si appoggiano costantemente alla normativa civilistica che tutela la vita umana fin dal concepimento. Questo argomento viene presentato come un tratto caratteristico della realtà dell'America Latina, in virtù dell'art. 4.1 della Convenzione Americana sui Diritti Umani che trova anche la declinazione locale nell'art. 1 del codice civile del Perù<sup>41</sup>. È piuttosto evidente che questo tipo di argomentazioni ha un peso importante nelle lotte contro l'aborto. In questo contesto, sono state peraltro evocate posizioni sovraniste, in cui il *favor* per l'aborto è descritto come un "business" di attori globali, non in linea con le specificità del pensiero locale<sup>42</sup>.

Un secondo ordine di argomentazioni, utilizzato sovente dalle organizzazioni antiabortiste, fa leva sulla preminenza dei diritti del concepito rispetto alla posizione

---

<sup>39</sup> Il caso è riportato in Gianella, Camila e Alvarez, Brenda, "Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts", cit., p. 11.

<sup>40</sup> Molte proposte di legge sono state presentate alla discussione del Parlamento peruviano, sia per decriminalizzare l'aborto che rafforzare lo stato di criminalizzazione. Nessuna delle proposte è stata approvata: Gianella, Camila e Alvarez, Brenda, *o.u.c.*, pp. 6-9.

<sup>41</sup> Bergallo, Paola, Jaramillo Sierra, Isabel Cristina e Juan Marco Viaggione (a cura di), *El aborto en América Latina: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*, Buenos Aires: Siglo 21, 2018.

<sup>42</sup> Cfr. Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 268/2023 EXP. N.º 00098-2022-pa/tc Lima ong Centro de promoción y defensa de los derechos sexuales y reproductivos [promsex] che riguarda un caso di pubblicazione di articoli in cui i gruppi cattolici hanno denunciato i legami di associazioni locali pro aborto con Planned Parenthood da cui avrebbero ottenuto un consistente finanziamento.

giuridica della donna. Il *nasciturus* è considerato come un essere umano<sup>43</sup>; da ciò deriva la sua assolutezza e primarietà. La superiorità della vita del concepito rispetto ad altre “esigenze” della donna impedisce, dunque, ogni operazione di bilanciamento tra i diritti del feto e quelli della gestante.

A favore delle posizioni antiabortiste, gioca poi un ruolo fondamentale la criminalizzazione dell’aborto. È chiaro che una legge penale deve essere applicata e costituisce una base sicura per perseguire la donna che intende abortire, seppure in autonomia, e le persone, medici o personale sanitario che la supportano.

Un’ultima serie di argomenti messi in campo riguarda la configurazione dell’aborto terapeutico. Per le associazioni antiabortiste, il ricorso all’aborto terapeutico deve essere limitato e non deve diventare una scappatoia o una copertura per sfuggire alla chiarezza della legge penale. D’altra parte, affermano le organizzazioni contrarie all’aborto, la scienza ha fatto degli enormi progressi dal 1924, quando è stato introdotto l’aborto terapeutico, e la medicina è ormai in grado di salvare sia la vita della madre che del feto, rendendo inutile, nella maggior parte dei casi, l’interruzione di gravidanza per esigenze di salute della madre. Di fronte a queste argomentazioni, variamente presenti nei tre casi esaminati, i giudici hanno respinto le richieste dei movimenti antiabortisti. Tuttavia, le motivazioni delle decisioni si sono basate su vizi di tipo procedurale, senza dare chiare indicazioni di merito e, dunque, lasciando aperta la strada per ulteriori istanze di repressione.

Il formalismo praticato dalle corti peruviane è, invero, politicamente orientato e strumentale ad una particolare visione restrittiva dell’interruzione di gravidanza. Il richiamo alla tutela della vita del codice civile in simbiosi con la criminalizzazione dell’interruzione della gravidanza contenuta nel codice penale permette ai giudici di non prendere in considerazione i diritti della gestante, escludendo ogni possibilità di bilanciamento. Il risultato sociale della scarsa possibilità di accesso all’interruzione di gravidanza si risolve in un ampio ricorso all’aborto clandestino, ma anche nella creazione di “*infrastructures of abortion care*”, ossia reti alternative allo Stato, nate con lo scopo di fornire un servizio di cura e supporto alle donne che vogliono o debbano abortire.<sup>44</sup>

#### V. LA STRADA ITALIANA. IL BILANCIAMENTO COSTITUZIONALE IMPERFETTO E LA LIBERALIZZAZIONE DIFETTOSA

L’aborto è un tema simbolico, *locus* critico portatore di distinte ed opposte visioni del mondo, che induce ad una profonda riflessione sulla natura umana, sulla cittadinanza delle donne, sul controllo bio-politico della sessualità e del corpo femminile e, più in generale, sulle complesse dinamiche sociali tra individui e tra individui e stato. E’ innegabile che, quanto più si estende l’assolutezza dei diritti del concepito, tanto più un sistema normativo vieta e criminalizza l’aborto, tanto maggiore è la compressione della libertà di autodeterminazione delle donne nelle scelte riproduttive e il rischio per la loro salute.

<sup>43</sup> Gianella, Camila e Alvarez, Brenda, “Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts”, cit., p. 17, usano la parola “bambino” che risulta, in questo contesto, particolarmente evocativa.

<sup>44</sup> Niamh Duffy, Deirdre Freeman, Cordelia e Rodríguez Castañeda, Sandra, “Beyond the State: Abortion Care Activism in Peru”, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 48, no. 3, 2023, p. 609, in cui è descritto l’“*acompañamiento*”, quale “a feminist political praxis that constructs transformation orientated “*infrastructures of abortion care*” (p. 611).

L'esclusione dell'accesso all'interruzione di gravidanza, dovuta ad una persistente criminalizzazione, produce e giustifica una etero-imposizione della maternità e una eterogestione del corpo e della sessualità femminile.

E', inoltre, innegabile che la sacralità inviolabile della vita umana sin dal concepimento è un dogma della Chiesa cattolica romana e una norma intoccabile del diritto canonico<sup>45</sup>. L'aborto è da sempre considerato un crimine, un atto abominevole<sup>46</sup>. Sia il Perù, sia l'Italia condividono un marcato influsso della cultura cattolica nel tessuto sociale nazionale; in entrambi i paesi la costruzione sociale dell'aborto si fonda su una diffusa cultura della vita e della famiglia, stratificata nell'immaginario collettivo, e che produce e alimenta processi di stigmatizzazione, sia sociale, sia istituzionale. I movimenti cattolici, con il supporto di gruppi politici locali conservatori hanno stabilmente ostacolato la legalizzazione dell'interruzione di gravidanza, anche se con intensità ed effetti differenti nei due paesi a seconda dei momenti storici oggetto di valutazione. Qualunque fattore di somiglianza esistente tra i due sistemi richiede, infatti, una analisi profonda e soprattutto contestualizzata e storicizzata.

Le barriere socio-culturali ostili al riconoscimento della libertà di autodeterminazione della donna nelle scelte riproduttive, qui solo sommariamente accennate, sono state la base delle battaglie condotte in Italia dai movimenti femministi negli anni '70, che hanno faticosamente portato all'approvazione della legge nazionale sull'interruzione di gravidanza<sup>47</sup>.

La disciplina ha liberalizzato le procedure di aborto all'interno di un sistema sanitario nazionale, pubblico e gratuito.

Il testo è il frutto di un compromesso con il mondo cattolico che emerge già nel titolo della legge ('Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria di gravidanza') e nei suoi primi articoli. L'aborto si configura quale servizio sanitario riservato agli ospedali pubblici, e si colloca nel quadro di valori prioritari quali la procreazione cosciente e responsabile, il valore sociale della maternità, e la «tutela della vita umana sin da suo inizio»<sup>48</sup>. In nessun caso, inoltre, l'interruzione di gravidanza può tradursi in un dispositivo di controllo o limitazione delle nascite. Lo stato e le regioni, i sistemi sanitari e i consultori familiari sono tenuti ad impegnarsi per promuovere una scelta consapevole delle donne e, in sostanza, a scoraggiare l'interruzione della gravidanza.

Non c'è, dunque, nella trama normativa, un diritto soggettivo all'aborto libero e su richiesta<sup>49</sup>, se per diritto soggettivo si intende una situazione giuridica soggettiva atta ad esprimere una piena signoria del volere delle donne. E' più facile e più corretto parlare di una 'concessione' legislativa condizionata (*i.e.*: in presenza di alcuni limiti temporali e di

---

<sup>45</sup> Can. 1397-8, Codice di diritto canonico, reperito da [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>46</sup> Crea, Camilla, "Conscientious Objection", cit., pp. 770-772.

<sup>47</sup> Legge, 22 maggio 1978, n. 194.

<sup>48</sup> Art. 1, Legge 194/1978.

<sup>49</sup> Navarretta, Emanuela, *Il danno ingiusto*, in *Diritto civile* Lipari-Rescigno, vol. IV, Milano: Giuffrè, 2009, p. 175 s.; Monateri, Pier Giuseppe, "Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile", in *Corriere giuridico*, 2013, pp. 59, 64 (commento a Cass., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754). Sullo schema giuridico del diritto soggettivo e la sua evoluzione nel sistema giuridico domestico, v., in particolare, Graziadei, Michele, *Diritto soggettivo; potere; interesse*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile* Sacco, Torino: Utet, 2001, pp. 3-104.

requisiti - procedurali e/o sostanziali - l'interruzione di gravidanza diviene legale), o discorrere di un modello di aborto «per giusta causa»<sup>50</sup>, dovendosi necessariamente bilanciare l'interesse della gestante e quello del concepito. La violazione dei requisiti di legge, infatti, produce una regressione allo stato di criminalizzazione<sup>51</sup>, essendo previste sanzioni sia amministrative, sia penali. In ogni caso i servizi di aborto si inseriscono, in teoria, in un sistema nazionale sanitario pubblico, universale<sup>52</sup> e gratuito, che dovrebbe essere garantito a tutte le donne.

L'espressione 'diritto all'aborto' - secondo il significato, accolto dal pensiero liberale, di paradigma di autonomia e autodeterminazione della donna nelle scelte procreative - si è radicata nel dibattito femminista domestico ma ha una accezione essenzialmente politica, non giuridica. Non c'è un diritto all'aborto, ossia un diritto di libera scelta della donna, nella legge, né nella Costituzione<sup>53</sup>. Si riconosce una copertura costituzionale della interruzione volontaria di gravidanza ma, per lo più, questa copertura resta confinata nelle anguste maglie del diritto alla salute psico-fisica della donna.

In linea con un approccio di parziale legalizzazione, è possibile chiedere e ottenere un aborto volontario, entro i primi 90 giorni, ma a condizione che ci sia un serio pericolo per la salute fisica o psichica della donna derivante dalla prosecuzione della gravidanza.

In realtà, il legislatore del 1978 ha richiamato diverse tipologie di problematiche che possono giustificare la richiesta di interruzione: questioni di natura strettamente medica, anomalie o malformazioni del concepito, ma anche situazioni economiche, sociali o familiari della donna, nonché specifiche 'circostanze in cui è avvenuto il concepimento' (*i.e.*, una sorta di aborto sociale). Tuttavia, ognuna di queste circostanze/eventi deve sempre essere causalmente ricondotta all'interno del meta-requisito di 'un serio pericolo' per la salute psico-fisica della donna<sup>54</sup>. In sostanza, dunque l'aborto volontario possibile sembra essere solo quello terapeutico, perché soltanto in caso di minaccia alla salute o alla vita della donna il sistema giuridico italiano concede il sacrificio del feto<sup>55</sup>.

Inoltre, sia la gravidanza, sia la volontà della donna di procedere alla sua interruzione richiedono l'attestazione di un medico, del consultorio o della struttura sanitaria, nella quale si invita la donna, ad un periodo di riflessione di sette giorni<sup>56</sup> (*mandatory waiting time*). Centrale è il ruolo di assistenza, informazione e sostegno affidato ai consultori familiari pubblici. Le gestanti minori d'età, per accedere al servizio abortivo devono avere l'assenso preventivo di chi esercita la responsabilità genitoriale o, in mancanza, del giudice tutelare<sup>57</sup>. Seguendo un approccio di gradualità della 'gravità' dell'aborto, dopo 90 giorni dall'inizio della gravidanza, l'aborto è in ogni caso autorizzato laddove sussista un 'grave' pericolo

---

<sup>50</sup> Moscarini, Lucio Valerio, "Aborto. Profili costituzionali e disciplina legislativa", in *Enciclopedia giuridica*, I, Roma: Treccani, 1988, p. 2 s.; D'Atena, Antonio, *Commento all'art. 9*, in Bianca, Cesare Massimo e Busnelli, Francesco Donato (a cura di), *Commentario alla l. 22 maggio 1978*, n. 194, cit., p. 1650 ss.

<sup>51</sup> Art. 19, l. 194/1978.

<sup>52</sup> Iadiccio, Maria Pia, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino: Giappichelli, 2020, p. 115.

<sup>53</sup> Nicolai, Silvia, "La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto", recuperato da [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2, 2005.

<sup>54</sup> Art. 4, l. 194/1978.

<sup>55</sup> Hanafin, Patrick, *Conceiving Life: Reproductive Politics and the Law in Contemporary Italy*, Farnham: Routledge, 2007, p. 6.

<sup>56</sup> Artt. 5 e 6, l. 194/1978.

<sup>57</sup> Art. 12, l. 194/1978.

per la vita della donna o per la sua salute, data in particolare, la presenza di processi patologici accertati tra i quali anomalie o malformazioni del feto<sup>58</sup>.

All'interno di questo quadro normativo si colloca la disposizione sull'obiezione di coscienza, che rappresenta la più paradigmatica espressione dell'influenza della chiesa cattolica e dei suoi dogmi sulle politiche riproduttive in Italia. L'art. 9 della legge sulla interruzione di gravidanza legittima il personale sanitario<sup>59</sup> a sottrarsi dal compimento delle procedure e delle attività «specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza». L'esonero non si estende alle attività di assistenza antecedenti o successive all'intervento abortivo. In ogni caso, l'obiezione riguarda il singolo medico, non la struttura ospedaliera pubblica, che è obbligata a garantire questo servizio sanitario universale, poiché è vietata la c.d. obiezione di struttura o *institutional conscientious objection*. L'obiezione, inoltre, non può operare se, data la particolarità delle circostanze, l'intervento del personale medico o ausiliario «è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo».

#### VI. SEGUE. *LAW IN ACTION VS. LAW IN THE BOOKS*. LE BARRIERE ALL'ACCESSO ALL'INTERRUZIONE DI GRAVIDANZA DI LÀ DALLA SOGGETTIVAZIONE DEL CONCEPITO.

La regolazione dell'aborto nel contesto italiano soffre di un divario sostanziale tra *law in action* e *law in the books*<sup>60</sup>, tra regole formali e regole operazionali. Il sistema giuridico ha infatti legalizzato, dal 1978, l'interruzione di gravidanza, stabilendo una serie di condizioni e procedure per l'accesso a questo servizio sanitario. Tuttavia, sin dall'approvazione della legge si è assistito ad un processo di sabotaggio sostanziale, dovuto ad una molteplicità di fattori legati all'interpretazione e implementazione concreta della legge. Pertanto, l'impatto della normativa non può essere valutato attraverso un mero *black-letter approach*.

I periodi di attesa obbligatori per la donna sono tra i più lunghi d'Europa; i centri sanitari pubblici che offrono il servizio di interruzione di gravidanza sono mal distribuiti a livello regionale; i consultori familiari, creati per supportare la maternità, sono fortemente legati ai movimenti pro vita e pro famiglia. La più forte barriera è<sup>61</sup>, in particolare, la pratica diffusa dell'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario. L'esenzione dall'obbligo di prestazione del servizio abortivo è giustificata da un imperativo etico/religioso riconosciuto dal legislatore. La disciplina prevede, dunque, una esplicita interferenza di sistemi discorsivi altri dal diritto: la morale e la religione, infatti, nonostante la secolarizzazione culturale del paese, incidono sulla effettività dell'accesso all'aborto che

---

<sup>58</sup> Art. 6, l. 194/1978.

<sup>59</sup> Come noto, all'interno del sistema sanitario, il solo personale specializzato in ginecologia o ostetricia, che opera in strutture pubbliche, può praticare aborti. Una categoria professionale, dunque, assai limitata: Minerva, Francesca, "Conscientious Objection in Italy", in *Journal of Medical Ethics*, vol. 41, 2015, pp. 170-73.

<sup>60</sup> Pound, Roscoe, "Law in Books and Law in Action", in *American Law Review*, vol. 44, 1910, p. 12 s.

<sup>61</sup> Per questi aspetti, v. Caruso, Elena, "Abortion in Italy: Forty Years On", in *Feminist Legal Studies*, vol. 28, 2020, p. 92; Busatta, Lucia, "Abortion Law in Italy: A Pluralist Legislation Lacking Effectiveness?", in Portier-Le Cocq, Fabienne (a cura di), *Debates Around Abortion in the Global North*, New York: Routledge, 2022, pp. 97, 102; Brunelli, Giuditta, "L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)", in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli: Jovene, 2009, p. 815 ss.

di fatto, grazie alla presenza di un numero considerevole di obiettori, è negato in molteplici aree regionali del paese.

Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS) ha denunciato in più occasioni le criticità dell'Italia: nel 2014, a seguito di una denuncia collettiva della ONG *International Planned Parenthood Federation-European Network* (IPPF EN)<sup>62</sup>, ha affermato che l'obiezione di coscienza nelle procedure di aborto viola il diritto alla tutela della salute e alla non discriminazione sanciti nella Carta Sociale Europea (art. 11, § 1, da solo e in combinato disposto l'art. E), data la mancanza di professionisti non-obiettori negli ospedali pubblici, che limita illegittimamente l'accesso all'interruzione di gravidanza. Le donne, infatti, sono costrette a trasferirsi in altre regioni o all'estero, il che significa aumentare sia i rischi per la loro salute mentale o fisica, sia i livelli di disuguaglianza, che derivano anche dalla combinazione di fattori socio-economici e geografici (*i.e.*: discriminazione intersezionale e multipla)<sup>63</sup>. La legge nazionale sull'aborto, secondo il CEDS, è, dunque, inefficace in quanto il suo art. 9, comma 4. obbligherebbe tutte le strutture sanitarie pubbliche a fornire i servizi di aborto 'in tutti i casi', anche quando il numero di obiettori di coscienza è elevato. Ancora, nel 2016<sup>64</sup>, dopo un reclamo collettivo presentato, questa volta, dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), il Comitato ha sottolineato ancora una volta che l'accesso all'aborto è quasi impossibile in alcune regioni del paese. In questa seconda decisione è stata altresì rilevata una violazione dell'art 1, § 2 della Carta sociale, che tutela le condizioni di lavoro, in ragione del trattamento differenziato esistente tra operatori sanitari obiettori e non obiettori, nonché una violazione dell'art. 26, § 2 (dignità del lavoro), poiché il governo italiano non avrebbe posto in essere adeguate misure preventive di formazione o sensibilizzazione per proteggere il personale non obiettore dalle molestie morali e dalla discriminazione che subisce nei contesti lavorativi.

Da allora nulla è realmente cambiato, nonostante si registri un formale calo nazionale del numero di aborti negli ultimi decenni.

I dati riportati nelle relazioni annuali del Ministero della salute, anche i più recenti, rilevano le medesime criticità<sup>65</sup>. Ciò che più allarma è che molti ginecologi e anestesisti dichiarano che l'opzione per l'obiezione di coscienza nasce dall'esigenza di evitare un lavoro sporco, monotono e ripetitivo, o un carico di lavoro troppo impegnativo, considerando che il numero di non obiettori è assai ridotto; o, ancora, dal desiderio di potersi dedicare a prestazioni sanitarie diverse e maggiormente gratificanti sul piano professionale. In tutti

---

<sup>62</sup> Collective Complaint, *International Planned Parenthood Federation-European Network (IPPF-EN) v. Italy*, No. 87/2012, (ECSR, Sept., 3 2012); Resolution CM/ResChS(2014)6, ECSR, *International Planned Parenthood Federation-European Network (IPPF-EN) v. Italy*, No. 87/2012 (Apr. 30, 2014). V. sul punto, D'Amico, Marilisa, "The Decision of the European Committee of Social Rights on the Conscientious Objection in Case of Voluntary Termination of Pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)", in D'Amico, Marilisa e Guiglia, Giovanni (a cura di), *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 219 ss.

<sup>63</sup> Lukas, Karin e Ó Cinéide, Colm, "Gender Equality Within the Framework of the European Social Charter", in Cook, Rebecca J. (a cura di), *Frontiers of Gender Equality: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia: Univ. of Penn Press, 2023, pp. 219, 232.

<sup>64</sup> Resolution CM/ResChS(2016)3, ECSR, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v Italy*, Complaint No 91/2013.

<sup>65</sup> *Amplius*, Camilla, Crea, "Conscientious Objection", cit., p. 790.

questi casi appare evidente che non c'è alcuna coscienza o convincimento etico-religioso da tutelare.

L'azione opportunistica degli obiettori è animata, sovente, anche da puri interessi personali. Ma il paradosso, in ogni caso, è che il sistema normativo legittima anche i falsi obiettori, ai quali è consentito di esercitare il diritto al rifiuto senza alcun obbligo di motivazione della propria scelta e senza alcuna conseguenza giuridica o sociale.

La regolazione dell'interruzione di gravidanza resta cristallizzata in quel bilanciamento individuato, nel 1975<sup>66</sup>, dalla Corte costituzionale, la quale ha affermato che la protezione del feto non può avere una priorità assoluta sulla vita e la salute della madre (art. 32 cost.) se messe in pericolo dalla continuazione della gravidanza. Inoltre, ha dichiarato che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». E siffatto bilanciamento, per quanto ancorato ad una logica oppositiva imperfetta tra concepito e donna gestante, è rimasto inalterato<sup>67</sup>. La Corte costituzionale non ha mai più inciso sulla materia, assegnando un potere di modifica della disciplina dell'aborto al legislatore.

Il legislatore, a sua volta, non è mai intervenuto sulla legge relativa l'interruzione di gravidanza, né *in melius*, né *in peius*.

Al contempo, le proposte e i disegni di legge promosse da gruppi cattolici e conservatori che, negli ultimi anni<sup>68</sup>, hanno provato a rafforzare la posizione del concepito, per riconoscergli una piena soggettività giuridica (emendando l'art. 1 cod. civ. it.) non hanno avuto seguito.

Quel bilanciamento imperfetto delineato dalla Corte costituzionale prima, e dal legislatore poi, rimane un compromesso inadeguato e, tuttavia, capace, nonostante le molteplici barriere all'accesso all'aborto in Italia<sup>69</sup>, una via normativamente giustificata per tutelare la libertà di autodeterminazione della donna e i diritti riproduttivi.

## VII. CONCLUSIONI

L'analisi dello *status* del concepito nel sistema giuridico peruviano, in comparazione con l'esperienza italiana, ha mostrato il persistente potere 'selettivo' ed escludente della

---

<sup>66</sup> Corte cost., 18 Febbraio 1975, n. 27.

<sup>67</sup> Corte cost., 1 febbraio 1981, n. 26, recuperato da <https://giurcost.org/>.

<sup>68</sup> Disegni di legge ad iniziativa parlamentari e senatori di provenienza conservatrice, in supporto di movimenti pro vita nazionali: Gasparri, 'Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito', Senato della Repubblica, XIX Legislatura, n. 165, 13 ottobre 2022; Menia, 'Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica ad ogni essere umano', 13 Gennaio 2023, XIX Legislatura, n. 464; Gasparri, Quagliariello, Mallegni e Gallone, 'Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito', XVIII Legislatura, 20 Novembre 2018, n. 950; nonché, la Proposta di legge, Carlucci, 'Modifica dell'articolo 1 del codice civile, concernente il riconoscimento della personalità giuridica ad ogni essere umano', XVI Legislatura, 18 febbraio 2011, n. 4099; Proposta di legge, Volonté, 'Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica ad ogni essere umano', XVI Legislatura, 29 aprile 2008, n. 363, che riprende una proposta di legge di iniziativa popolare, promossa per la prima volta nel corso della XII legislatura, 20 luglio 1995, sostenuta dal 'Forum delle famiglie' e da esponenti del mondo accademico.

<sup>69</sup> Erdman, Joanna N. e Cook, Rebecca J., "Decriminalization of Abortion - A human Rights Imperative", in *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology*, vol. 62, 2020, pp. 11-24.

categoria del soggetto giuridico. Una tutela assoluta e unidirezionale del *nasciturus*, infatti, ostacola qualsiasi ragionevole bilanciamento con i diritti delle gestanti.

La criminalizzazione dell'aborto in Perù, in chiara violazione del diritto umano all'aborto legale e sicuro, si giustifica, sul piano normativo e giurisprudenziale, sulla base dell'assolutezza dei diritti del concepito, del suo diritto alla vita e sul paradigma, statualistico, della soggettività giuridica, stratificata e consolidata nella tradizione culturale peruviana, nel codice civile, nella costituzione, e nella postura formalistica e riduzionista assunta dalle corti domestiche.

In Italia, il sistema normativo ha liberalizzato, sin dalla fine degli anni '70, l'interruzione di gravidanza, stabilizzando un bilanciamento tra la tutela del feto e la tutela della salute psico-fisica della donna. Questo bilanciamento assiologico imperfetto, talvolta accusato di paternalismo, si è cristallizzato nella legge nazionale e nelle decisioni della Corte costituzionale. Vero è che non può parlarsi, nel contesto italiano, di un diritto soggettivo all'aborto sicuro, effettivo ed eguale, poiché sussistono molteplici problemi di implementazione e interpretazione della legge, barriere e disparità nell'accesso alla procedura sanitaria. E', però, altresì vero che un bilanciamento difettoso è pur sempre un bilanciamento. L'assenza di soggettività giuridica del concepito, il suo non essere 'ancora persona' (secondo il lessico della Corte costituzionale) continua a preservare uno spazio di compromesso minimo a tutela della condizione femminile e della libertà di autodeterminazione riproduttiva.

Nel paese sudamericano si registra una maggiore reazione delle istituzioni nazionali agli impulsi sovranazionali. Tale reazione, confluita nelle linee guida sull'aborto terapeutico, non è però riuscita a scalfire l'impianto domestico di generale criminalizzazione. L'Italia, a sua volta, si è mostrata assai meno reattiva alle raccomandazioni sovranazionali, preferendo una strategia di resistenza passiva, e conservando religiosamente quel compromesso politico e giuridico faticosamente conquistato alla fine degli anni '70. D'altro canto, questa differente postura dei due paesi, si comprende, alla luce di una riflessione: tanto più i regimi dell'aborto sono repressivi, tanto maggiori sono le reazioni sia 'interne', giacché la criminalizzazione produce sistemi sociali e parastatali di gestione alternativa delle pratiche di interruzione di gravidanza, come le infrastrutture del c.d. *acompañamiento*<sup>70</sup>; sia 'esterne', poiché all'eccesso di repressione dei diritti e delle libertà riproduttive delle donne si accompagna un più intenso intervento degli attori internazionali a tutela dei diritti umani e la necessità, almeno formale, di agire da parte dei governi e delle istituzioni nazionali.

In una visione comparatistica emerge, inoltre, che in entrambi gli ordinamenti è fortemente presente l'influenza di ideologie religiose e politiche<sup>71</sup> conservatrici, che hanno inciso, con diversa intensità a seconda dei vari momenti storici, sulle politiche riproduttive nazionali. Si tratta, verosimilmente, di formanti impliciti, o crittotipi (secondo il lessico di

---

<sup>70</sup> Duffy, Deirdre Niamh, Freeman, Cordelia e Rodríguez Castañeda, Sandra, "Beyond the State: Abortion Care Activism in Peru", cit., p. 611.

<sup>71</sup> Kennedy, Duncan, "Political Ideology and Comparative Law", in M. Bussani e U. Mattei (a cura di), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 35, 38.

Rodolfo Sacco<sup>72</sup>), ma anche di tralattizie narrazioni, consolidate nei contesti sociali dei due paesi, che perpetuano processi di stigmatizzazione dell'aborto, in quanto contrario all'archetipo della donna-madre, al modello della famiglia tradizionale e alla cultura della vita. Le narrazioni, d'altro canto, hanno una incidenza significativa nella analisi comparata dei regimi abortivi. Le narrazioni sono, infatti, parte costitutiva di ciascuna tradizione giuridica, secondo una concezione ampia della normatività. Le narrazioni costruiscono relazioni di senso tra l'universo materiale e normativo e, soprattutto, aiutano a comprendere quell'insieme di azioni normative che possono essere collegate con schemi di significato estratti, a loro volta, da schemi di significato del passato<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Sacco, Rodolfo, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)", in *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1991, pp. 343, 384–87.

<sup>73</sup> Cover, Robert, "Foreword: Nomos and Narrative", in *Harvard Law Review*, vol. 97, 1983, pp. 4, 7, 9.

