Roma e America *online* **n. 4-2026, pp. 1-28** issn 2532 411X

LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO Y LOS LÍMITES DE LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA EN ITALIA Y PERÚ

CAMILLA CREA – BIANCA GARDELLA TEDESCHI*

Resumen: El artículo examina, desde una perspectiva crítica y comparada entre Italia y el Perú, las implicaciones de la construcción jurídica del concebido para la libertad reproductiva de las mujeres. En el marco de la circulación de los modelos jurídicos europeos en los ordenamientos latinoamericanos, el análisis reconstruye la influencia del formante doctrinal italiano en la elaboración del Código civil peruano de 1984, poniendo de relieve la recepción selectiva y la reelaboración local de las categorías de sujeto y de persona. El contraste entre los formantes legislativo, doctrinal y jurisprudencial permite cuestionar la pretendida neutralidad de dichas categorías y valorar sus efectos en las respectivas regulaciones sobre el aborto. En la experiencia peruana, el reconocimiento de la subjetividad jurídica del concebido sirve de fundamento a los argumentos que absolutizan la protección de la vida prenatal y contribuye, junto con la criminalización y el formalismo interpretativo, a restringir los márgenes de protección de la gestante. En la experiencia italiana, la ponderación constitucional entre la protección del concebido y la salud de la mujer ha hecho posible una legalización condicionada sin garantizar un acceso efectivo e igualitario a la interrupción del embarazo. La atención a la distancia entre las reglas enunciadas y las reglas operacionales, así como a las narrativas religiosas y políticas que orientan su aplicación, revela las tensiones entre las finalidades de protección y las consecuencias excluyentes de las construcciones jurídicas del concebido. La comparación muestra así de qué manera las categorías y los modelos compartidos adquieren significados y efectos distintos en los contextos de recepción, e indica las formas y los límites de la protección de la libertad reproductiva.

Sintesi: Il contributo indaga, attraverso una comparazione critica tra Italia e Perù, le implicazioni della costruzione giuridica del concepito per la libertà riproduttiva delle donne. Nel quadro della circolazione dei modelli giuridici europei negli ordinamenti latinoamericani, l'analisi ricostruisce l'influenza del formante dottrinale italiano sull'elaborazione del codice civile peruviano del 1984, mettendo in luce la ricezione selettiva e la rielaborazione locale delle categorie di soggetto e persona. Il confronto tra formanti legislativo, dottrinale e giurisprudenziale consente di interrogare la pretesa neutralità di tali categorie e di valutarne le implicazioni nei rispettivi regimi dell'aborto. Nell'esperienza peruviana, il riconoscimento della soggettività del concepito offre un fondamento alle argomentazioni che assolutizzano la protezione della vita prenatale, concorrendo, insieme alla criminalizzazione e al formalismo interpretativo, a restringere gli spazi di tutela della gestante. Nell'esperienza italiana, il bilanciamento costituzionale tra protezione del conce-

pito e salute della donna ha reso possibile una legalizzazione condizionata, senza tuttavia assicurare un accesso effettivo ed eguale all'interruzione di gravidanza. L'attenzione allo scarto tra regole enunciate e regole operazionali, nonché alle narrazioni religiose e politiche che ne orientano l'applicazione, rivela le tensioni tra finalità protettive e conseguenze escludenti delle costruzioni giuridiche del concepito. La comparazione mostra così come categorie e modelli condivisi assumano significati ed effetti diversi nei contesti di ricezione, incidendo sulle forme e sui limiti della tutela della libertà riproduttiva.

Palabras clave: Concebido; subjetividad jurídica; libertad reproductiva; interrupción voluntaria del embarazo; circulación de modelos jurídicos.

Parole chiave: Concepito; soggettività giuridica; libertà riproduttiva; interruzione volontaria della gravidanza; circolazione dei modelli giuridici.

Sumario: 1. Tradiciones jurídicas híbridas y circulación del modelo italiano en América Latina. – 2. Influencias italianas y reelaboraciones locales en la subjetividad del concebido en el Código civil peruano. – 3. La construcción peruana de la subjetividad del concebido: del Código civil a la Constitución. – 4. Criminalización del aborto y excepciones legales frente a las prácticas restrictivas en el Perú. – 5. La tutela absoluta del concebido como argumento en los litigios sobre el aborto en el Perú. – 6. El paradigma terapéutico y los límites de la autodeterminación reproductiva en Italia. – 7. La legalización ante el reto de la efectividad: el acceso al aborto en Italia. – 8. Conclusiones.

1. *Tradiciones jurídicas híbridas y circulación del modelo italiano en América Latina*

La experiencia jurídica peruana se inscribe en la compleja y multifacética historia de la tradición jurídica latinoamericana, o sistema jurídico latinoamericano[1]. Durante mucho tiempo, esta se ha considerado, sobre todo con respecto al derecho privado, el resultado de la recepción continua del derecho continental europeo y de una occidentalización vinculada tanto a la dependencia de los ordenamientos jurídicos occidentales como al derecho romano y a su estructura conceptual. La idea misma de tradición jurídica de *civil law*[2] es capaz, frente al estric-

[*] El escrito es fruto de una reflexión conjunta de las autoras. No obstante, los apartados 1, 2, 3, 6, 7 y 8 deben atribuirse a Camilla Crea; mientras que los apartados 4 y 5 corresponden a Bianca Gardella Tedeschi.

[1] Sobre la ubicación del sistema latinoamericano dentro de las clasificaciones de los sistemas jurídicos contemporáneos, véase S. Lanni, *Sistema giuridico latinoamericano*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, Agg., X, Torino, 2016, 715 ss. Véase, asimismo, A. Gambaro – R. Sacco – M. Graziadei, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2024, 297 ss.; en relación con la superación de las taxonomías etnocéntricas, véase M. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, Roma - Bari, 2000, X, XI y 175 ss.

[2] J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition, An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford (California), 1969.

to vocabulario taxonómico de la familia jurídica[3], de incorporar dinámicamente las diversidades contextuales y culturales autóctonas; sin embargo, reproduce la imagen de una periferia que imita los modelos del centro, con base en un enfoque etnocéntrico y eurocéntrico.

En efecto, también desde la perspectiva del estudioso europeo, América Latina se ha configurado progresivamente como «una experiencia de "frontera" en la que se constituye un bloque romano-ibero-precolombino, una "mezcla" en la que confluyen el derecho común americano, plasmado en las codificaciones, la tradición romanista y las instituciones indígenas precolombinas»[4]. La significativa influencia del derecho romano, que configuró las codificaciones de los Estados, representa, en la experiencia latinoamericana, un componente universalista[5] y antiindividualista[6]. Por ello, el sistema jurídico latinoamericano presenta especificidad «sistemológica» y una identidad pluralista propia[7], que se ha forjado también como resistencia al imperialismo estadounidense.

Por lo que se refiere a Italia, el sistema jurídico italiano ha sido, en los últimos siglos, esencialmente un «context of reception»[8], una periferia, o quizá una semiperiferia. El derecho privado nacional, en particular, se ha construido, a partir de la tradición del derecho romano, sobre dos arquetipos: el modelo francés (el *Code civil* napoleónico y, sobre todo, el formante doctrinal de la *école de l'exégèse*) y, posteriormente, el modelo alemán (es decir, la pandectística). Después de la Segunda Guerra Mundial, el interés por el derecho estadounidense comenzó a

[3] En relación con la pertenencia a la familia romano-germánica: R. David, *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*, Paris, 1956, 5, 17 y 18; para una perspectiva crítica, véase J.L. Esquirol, *The Fictions of Latin American Law (Part I)*, en *Utah Law Review*, 1997, 425. En cuanto a la influencia francesa, K. Zweigert – H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, I, edición italiana a cargo de A. di Majo – A. Gambaro, traducción de B. Pozzo, Milano, 1992, 260.

[4] G. Marini, *La costruzione delle tradizioni giuridiche e il diritto latinoamericano*, en *Rivista critica del diritto privato*, 2, 2011, 163 s., especialmente 166.

[5] S. Schipani, *Il codice civile del Perù del 1984 e il sistema giuridico latinoamericano (linee per una ricerca)*, en *Rassegna di diritto civile*, 1987, 186.

[6] P. Catalano, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, en Id., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, 115.

[7] S. Lanni, *Il diritto nell'America Latina*, Napoli, 2017. Entre otros, véase también M. Rosti, *Sobre la existencia de un sistema jurídico iberoamericano. La reconstrucción de un debate y prospectivas de investigación*, en AA.VV., *El Derecho en red: estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, coordinado por F.J. Ansuátegui Roig – R. De Asís Roig – M.E. Rodríguez Palop – J.M. Rodríguez Uribes, Madrid, 2006, 417 ss. Sobre la resistencia al panamericanismo y la crítica a la modernización, véase U. Mattei, *Transformaciones del mundo globalizado y derecho de propiedad durante la vigencia del Código Civil peruano: veinte años de saqueo imperialista y el potencial de resistencia de los juristas*, en *Derecho-PUCP*, 2005, 273 ss. y A. Somma, *Il diritto latinoamericano tra svolta a sinistra e persistenza dei modelli neoliberali*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 57 ss.

[8] D. López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, 2004, 15 ss.

penetrar en la élite académica nacional, en el marco de una tendencia europea más amplia de *américanisation du droit*[9].

La combinación de los dos modelos mencionados se ha integrado en la cultura jurídica italiana a través de un proceso dinámico de contaminación, inherente a la naturaleza selectiva de toda recepción de modelos jurídicos[10]. El resultado de esta contaminación o hibridación – a menudo inconsciente – es una «unique mixture» que habría sido impensable en cualquiera de los países de origen. El sistema jurídico italiano – precisamente gracias a la peculiar integración del *German template* con el modelo francés, y pese a la centralidad de estos modelos en el contexto europeo – ha sido descrito como una «fuente» relevante para el estudio comparado de las tradiciones de *civil law*[11].

A diferencia de otras subtradiciones jurídicas occidentales, en todo caso, el sistema jurídico nacional, tras la unificación italiana, «nunca ha ocultado su naturaleza mixta», gracias a una suerte de «modestia cultural»[12], pero también a cierta curiosidad y sensibilidad de los juristas. Todo ello contribuye a explicar por qué Italia se presenta como una «weak tradition», también en el sentido de una tradición «widely opened to foreign "cultural intruders"»[13].

La idea de una tradición débil se explica asimismo en su vertiente activa, por la escasa capacidad de exportar su propio modelo al extranjero, que deriva de múltiples factores históricos, políticos, económicos y lingüísticos. Esa proyección exterior, además, ha seguido trayectorias no lineales e inevitablemente discontinuas en el tiempo.

Si bien resulta difícil negar la limitada circulación del modelo jurídico italiano en el extranjero, una de las excepciones parece ser precisamente la difusión de su formante doctrinal y legislativo en América Latina[14]. Probablemente, esta

[9] D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, en AA.VV., *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, editado por D.M. Trubek – A. Santos, Cambridge, 2006, 19, 23, 63 y M. Reimann, *Droit positif et culture juridique: L'américanisation du droit européen par réception*, en *Archives de philosophie du droit*, 45, 2001, 61 ss.

[10] P.G. Monateri, *The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures*, en *Transnational Law and Contemporary Problems*, 13, 2003, 575, especialmente 591. Véase, asimismo, C. Crea, *The Italian Legal Imaginary-Inside, outside, or Upside down? Learning from the History of a Journal*, en *Italian Law Journal*, 11, 2025, 1 ss.

[11] J.H. Merryman, *Note on the Italian Style*, en Id., *The Loneliness of the Comparative Lawyer And Other Essays in Foreign and Comparative Law*, The Hague - London - Boston, 1999, 175.

[12] M. Bussani, *Constitutional Justice in Italy and beyond: A Comparative (and Private) Law Perspective*, en *Italian Journal of Public Law*, 8, 2016, 12, especialmente 14, y M. Infantino, *The Italian Legal Recipe: Basic Ingredients and the Bustle of Time*, en *European Journal of Comparative Law and Governance*, 1, 2013, 4.

[13] P.G. Monateri, *The Weak Law* cit., 576.

[14] S. Schipani, *Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano in America Latina: il riconoscimento del sistema*, y A. Gambaro, *Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori dell'Europa. Riflessioni conclusive*, en AA.VV., *Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori dell'Europa – Atti del II Congresso Nazionale SIRD*, coordinado por S. Lanni – P. Sirena,

circulación se explica también por el peso particular de la doctrina, que constituye uno de los rasgos sistemológicos que identifican al sistema latinoamericano. En efecto, en este contexto, el formante doctrinal desempeña un papel constitutivo primordial: es el motor de cambios sustanciales, no solo en el plano legislativo, sino también en el jurisprudencial[15].

El presente ejercicio de comparación parte de esta premisa, pero con la conciencia de que el análisis del sistema jurídico latinoamericano, al que pertenece Perú, resulta condicionado por dos ficciones: la de la «legal Europeanness» y la del «fracaso del derecho» (según la cual el derecho latinoamericano no funciona como debería hacerlo un sistema jurídico moderno)[16]. Esta reflexión se inspira, además, en la conciencia de que el impacto del formante doctrinal (y legislativo) italiano es fruto de una recepción selectiva realizada por el país receptor y sus actores, quienes han reelaborado y adaptado el elemento o los elementos externos a su propio contexto.

2. *Influencias italianas y reelaboraciones locales en la subjetividad del concebido en el Código civil peruano*

El profundo e histórico diálogo entre la tradición jurídica y cultural italiana y la peruana encuentra, en la elaboración del Código civil peruano de 1984, uno de sus símbolos más emblemáticos[17].

El modelo italiano ha influido de manera significativa – como es bien sabido – en múltiples instituciones codificadas, fruto de una confluencia entre ambos sistemas jurídicos que, en el marco del diálogo, han mantenido intacta su propia identidad en cuanto a trayectorias dogmáticas y valores divergentes. Esta relación se ha desarrollado sin que existiera entre ellos un pasado colonial que condicionara su intercambio, y se ha visto favorecida, al mismo tiempo, por las fuertes similitudes entre las lenguas italiana y española, ambas neolatinas, evocadoras de una *latinitas* también jurídica[18].

Napoli, 2013, respectivamente 339 ss. y 459 ss. Para un análisis crítico de la posible influencia del derecho italiano en el espacio europeo, véase *Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione*, en AA.VV., *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, editado por M. Bussani, Napoli, 2014, *passim*.

[15] S. Lanni, *Sistema giuridico latinoamericano* cit.

[16] J.L. Esquirol, *Ruling the Law: Legitimacy and Failure in Latin American Legal Systems*, Cambridge, 2020.

[17] C. Fernández Sessarego – C. Cárdenas Quirós, *Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código civil peruano de 1984 en relación con el Código civil italiano de 1942*, en AA.VV., *El Código civil peruano y el Sistema jurídico latinoamericano*, Lima, 1986, 107 ss.

[18] A. Nicolussi – M.I. Troncoso, *Efectos de la resolución del contrato por incumplimiento: restituciones e indemnización por daños en una perspectiva de comparación dentro de la latinidad jurídica*, en *Ius et veritas*, 67, 2023, 9 ss.

El artículo 1 del Código civil peruano y su evolución reciente constituyen un ejemplo, también simbólico, del diálogo, de la confluencia y, al mismo tiempo, de las distintas trayectorias seguidas por ambos países en lo que respecta a la relevancia jurídica del concebido, a la noción de sujeto de derecho y de capacidad, así como a sus implicaciones sociales en relación con las políticas reproductivas y, por tanto, con el aborto, un tema particularmente sensible y objeto de creciente sensibilización en el escenario global. Las decisiones normativas nunca son neutrales, pues siempre implican una selección de valores e intereses que busca tutelar dentro del entramado social.

La disposición en cuestión, que innova con respecto al Código civil de 1936 gracias a su redactor Carlos Fernández Sessarego, acoge la tesis de la subjetividad del concebido, al disponer que: «[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». El sujeto de derecho es una noción metainclusiva que, en el derecho peruano, incluye al concebido, a la persona natural, a la persona jurídica y a las organizaciones no inscritas. La referencia a la doctrina italiana es explícita[19]; sin embargo, el apartamiento respecto a este modelo – y a muchos otros sistemas jurídicos – es notable. Precisamente en relación al *conceptus*, aflora el alma ibérica[20], que rechaza la teoría de la ficción jurídica y, al centrarse en el valor de la vida humana, alcanza una conceptualización abstracta pero unificadora, por cuanto permite proteger el *nasciturus* en cuanto ser concreto, quien se erige en centro de referencia y de imputación de todas las situaciones subjetivas que le resulten favorables, no solo de aquellas previstas por la ley (como, en cambio, se deduce de la literalidad del art. 1 del Código civil italiano de 1942). Las situaciones jurídicas existenciales pueden atribuirse al concebido sin condición alguna. En cambio, los derechos patrimoniales están sujetos a la condición resolutoria de que no nazca con vida.

Un aspecto particularmente singular es que el proceso de reforma del Código civil peruano coincidió con la eclosión del debate sobre el aborto en Italia. A finales de los años setenta, en efecto, se aprobó la ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo, la cual suscitó en la doctrina italiana una intensa reflexión en torno a la condición jurídica o subjetividad del feto, en contraposición a la situación jurídica de la mujer, autorizada – bajo determinadas condiciones sustantivas y procedimentales – a recurrir al aborto. Frente a las interrogantes planteadas por la

[19] C. Fernández Sessarego – C. Cárdenas Quirós, *Estudio preliminar comparativo* cit., 109 y J.A. Espinoza Espinoza, *Remembering Carlos Fernández Sessarego*, en *The Italian Law Journal*, 2019, 389 ss.

[20] P. Catalano, *Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, en *Rassegna di diritto civile*, 9.1, 1988, 58 (e Id., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, 195 ss.).

nueva legislación sobre el aborto, la negación de la subjetividad del concebido, sostenida por una parte considerable de la doctrina italiana tradicional[21] (anclada en las normas codificadas que atribuyen al concebido únicamente derechos de carácter patrimonial, olvidando los derechos humanos), se contrapuso con un enfoque de corte 'realista'. La semántica jurídica que gira en torno al *nasciturus*, en consonancia con el enfoque realista, habla de una 'persona en formación', dado el carácter indisponible del 'principio de la vida', del valor unitario de la vida humana desde su inicio, o de un sujeto que merece la máxima protección[22]. Dicha semántica se justifica, en el contexto italiano, siempre a la luz de los principios constitucionales, tales como la dignidad de la persona y la igualdad entre todos los individuos, así como de las aperturas hacia la tutela del *nasciturus* que también pueden advertirse en los razonamientos de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional italiana en aquellos años[23]. La ley sobre la interrupción del embarazo se presenta, para algunos, como un texto contradictorio: en su artículo 1 menciona la tutela de la vida humana desde su inicio, el valor social de la maternidad y el compromiso del Estado con un derecho a la procreación consciente y responsable; sin embargo, al mismo tiempo, permite la interrupción del embarazo – aunque bajo ciertas condiciones y con limitaciones cada vez más estrictas – según hayan transcurrido o no noventa días desde el inicio de la gestación. De modo análogo, se considera contradictorio el artículo 1 del Cód. civ. it. al supeditar la subjetividad y la adquisición de la capacidad jurídica al momento del nacimiento.

Esta parte de la doctrina italiana influyó en la redacción del artículo 1 del Código civil peruano. No obstante, dicha influencia se entrelaza con una matriz cultural local del todo singular. En efecto, la formulación de una norma que atribuye subjetividad al concebido como centro de imputación de derechos, tanto

[21] Ejemplar resulta la posición de L. Coviello jr., *Capacità a succedere a causa di morte*, en *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, 56, donde se atribuye al concebido una situación jurídica de «espera […] dependiente de la actual inexistencia del sujeto destinatario», dado que debe aguardarse el nacimiento para la adquisición de la capacidad de suceder mortis causa o de recibir por donación (arts. 462, primer párrafo, y 784, primer párrafo, del Cod. civ. it.).

[22] C. Fernández Sessarego – C. Cárdenas Quirós, *Estudio preliminar comparativo* cit., 109 s. La referencia es, en particular, al pensamiento de Massimo Bianca, Francesco Busnelli, Giorgio Oppo y Guido Biscontini, quienes, a distintos títulos, se inclinaban por una concepción realista de la condición jurídica del concebido: C.M. Bianca, *Sub art. 1*, I, en AA.VV., *Commentario alla l. 22 maggio 1978, n. 194*, coordinado por C.M. Bianca – F.D. Busnelli, en *Nuove leggi civili commentate*, Padova, 1978, 1593 ss.; G. Oppo, *L'inizio della vita umana,* en *Rivista di diritto civile*, 1982, 500 ss.; G. Biscontini, *Interruzione della gravidanza e tutela della maternità,* en *Rassegna di diritto civile*, 1983, 85 ss. Véase, además, C.A. Calderón Puertas, *El derecho de las personas en nuestros códigos civiles. Carlos Fernández Sessarego y los 40 años del Código Civil de 1984*, en *La Voz Jurídica. Revista de Derecho de la UARM*, 4, 2024, 86.

[23] Véase también el *leading case* Corte cost., 18 de febrero de 1975, n. 27, disponible en ‹*https://giurcost.org*›, que abrió el camino al legislador nacional para la aprobación de la Ley sobre la interrupción del embarazo. Para esta evolución, puede consultarse: C. Crea, *Conscientious Objection and Abortion: The Italian Pseudo-Exceptionalism?*, en *FIU Law Review*, 18, 4, 2024, 755 ss.

patrimoniales como extrapatrimoniales, se fundamenta en la centralidad que la visión filosófica humanista propia del país otorga al derecho a la vida. Esta filosofía, a su vez, se sostiene sobre un rechazo a la normatividad monolítica de corte kelseniano, por un lado, y por otro, sobre la acogida de una concepción del derecho que no es ni abstracta ni formalista: el derecho no puede sino tener una naturaleza compleja y tridimensional, en la que se entrelazan de forma inseparable la realidad fáctica, la lógica y el sistema de valores. Dicha teoría tridimensional implica, por tanto, entender la vida humana como proyecto y ofrece así el presupuesto para un análisis renovado y original de los derechos de la persona (*rectius*: del sujeto de derecho) y de su tutela[24].

La interacción entre los dos formantes doctrinales – el italiano y el peruano – se suma a un elemento normativo particular, esto es, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Perú en 1978, cuyo artículo 4.1 establece que el derecho a la vida está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción[25].

El nuevo artículo 1 del Código civil peruano de 1984, gracias sobre todo al aporte político y cultural del maestro Carlos Fernández Sessarego[26], marca una ruptura con respecto al Código de 1936, el cual vinculaba la adquisición de la condición de 'persona natural' ('persona física') al nacimiento y tutelaba al que estaba por nacer mediante la ficción de tenerlo por nacido para todo lo que le favoreciera, a condición de que naciera vivo.

3. *La construcción peruana de la subjetividad del concebido: del Código civil a la Constitución*

La normativa peruana sobre el concebido se vincula estrechamente con la tradición del *civil law*, que reconoce – ya desde la época romana – derechos patrimoniales a favor del *nasciturus*. En esta línea se inscribe el enfoque adoptado por los padres del derecho civil sudamericano, quienes retoman el pensamiento de

[24] C. Fernández Sessarego, *Il diritto come libertà. Lineamenti per una determinazione ontologica del diritto*, traducción al italiano de V. Barba, Macerata, 2022 (obra original: *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, 1950).

[25] Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica, 1969. Para estas reflexiones, véase F.D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, en *Rivista di diritto civile*, I, 2004, 540; Id., *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2010, 185 ss. e Id., *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, I, 2007, 245 ss.

[26] Para la reconstrucción de este *iter* y un útil panorama comparado sobre el tema, véase C.A. Agurto Gonzáles – J. Pablo Abanto, *La protección jurídica del concebido: desde los aportes de los padres fundadores del derecho de América del Sur a la Ley N.° 31935*, en *Actualidad Civil*, 116, 2024, 53.

Europa continental, aunque con un evidente cambio de perspectiva[27]. Así, asistimos a una relevante narrativa del derecho sudamericano que busca reconocerse dentro de la tradición del *civil law* y, al mismo tiempo, afirmar sus propias especificidades. El concebido es una 'persona por nacer', según la interpretación ofrecida por Teixeira de Freitas[28], el más destacado civilista brasileño del siglo XIX. Mientras que para los romanos, y luego para Savigny, la adquisición de derechos se producía exclusivamente con el nacimiento, Teixeira de Freitas propone una nueva lectura de las fuentes del derecho romano[29], dando lugar a una interpretación 'sudamericana' que se contrapone a la visión alemana.

A esta tradición latinoamericana pertenece plenamente el Perú, donde, ya desde el Código civil de 1852, se califica al concebido como una persona 'por nacer', dando a entender implícitamente que la existencia humana comienza desde el periodo de vida intrauterina. El Código civil peruano de 1936 se aparta de dicho planteamiento y sostiene que el concebido deviene en sujeto de derecho solo a partir del nacimiento. Posteriormente, la reforma de 1984, con el artículo 1 del Cód. civ. per., retoma la visión tradicional: si bien la persona humana se convierte en sujeto de derecho con el nacimiento, en el segundo párrafo se afirma expresamente que la vida humana comienza con la concepción.

La nueva disposición configura, por tanto, una subjetividad *sui generis*, especial, del concebido, que merece la máxima protección[30], equiparando – aunque con las especificidades propias de cada cual – a la persona física (en cuanto sujeto existente en la realidad material, tras el nacimiento) y al concebido como sujeto/ser humano que existe también antes del nacimiento, y cuya subjetividad jurídica es distinta de la de la madre. Esta innovación reviste particular relevancia en el marco de una comparación entre las codificaciones civiles.

La modificación de la legislación codificada fue seguida, en 1993, por la promulgación de la nueva Constitución Política, que reconoció expresamente la

[27] Sobre la reconstrucción de la especificidad sudamericana en relación con el *status* del concebido, véanse C.A. Agurto Gonzáles – J. Pablo Abanto, *La protección jurídica del concebido* cit., 41, quienes evidencian la voluntad de los padres fundadores del derecho sudamericano de mantenerse dentro de la tradición romanista, sin dejar por ello de afirmar las peculiaridades propias de su tradición jurídica. En el mismo sentido, J.M. Castán Vásquez, *El artículo 1 del código civil peruano y su criterio sobre el comienzo de la vida humana*, en *Themis. Revista de Derecho*, 30, 1994, 49 ss.

[28] A. Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, Brasília, 2003.

[29] P. Catalano, *Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano* cit., 45 ss. Sobre la condición jurídica del concebido en el derecho romano y las distintas posiciones doctrinales, véase, asimismo, P. Ferretti, In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. *L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008, 37 ss., 161 s. y 187 ss.; M.P. Baccari, *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Torino, 2004; Ead., *La difesa del concepito nel diritto romano. Dai Digesta dell'imperatore Giustiniano*, Torino, 2006; y E. Bianchi, *Per un'indagine sul principio "*conceptus pro iam nato habetur*". Fondamenti arcaici e classici*, Milano, 2009.

[30] E. Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de las personas*, Lima, 2014, 169; véase además R. Santillán Santa Cruz, *La situación jurídica del concebido en el Derecho civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica*, Lima, 2014.

subjetividad jurídica del concebido (art. 2). No obstante, incluso antes de 1993, y en ausencia de un reconocimiento expreso y textual, la jurisprudencia constitucional interna ya admitía la subjetividad del *nasciturus*[31].

La historia de la tutela del *nasciturus* sigue una trayectoria unidireccional y deja fuera del marco normativo a la gestante, cuyos derechos no se explicitan ni en el Código civil ni en la Constitución, a diferencia de los derechos del concebido.

El camino seguido por el Perú aparece, en cierto modo, como inverso al recorrido por Italia: en la experiencia jurídica italiana se ha constatado un «declive del sujeto» en paralelo con el «ascenso de la persona»[32], a raíz de la constitucionalización de las normas del Código civil de 1942[33] y de la influencia de los derechos humanos y fundamentales, ya que el sujeto y la subjetividad pertenecen al orden estatal, pero no agotan los conceptos de persona y de personalidad, que operan en el orden social y que, al superar la lógica reduccionista y excluyente del formalismo y del positivismo, se fundan en el «código de la igualdad» sustancial, en contraposición con la subjetividad abstracta[34]. Por el contrario, el lenguaje de la subjetividad, tal como se encuentra en el trasfondo del artículo 1 del Cód. civ. per., parece poseer una *vis* expansiva capaz de incluir dentro de sí el paradigma categorial de la persona; parece superar la abstracción formalista para dirigirse al individuo concreto (con independencia del dato físico del nacimiento). En este contexto, es el Código el que impulsa a la Constitución.

Ambos significantes categoriales – persona, por un lado, y sujeto de derecho, por el otro – se apoyan en un sustrato mínimo común: la dignidad, entendida como matriz profunda para la protección del ser humano «en su esencia última, que jamás debe ser alterada»[35]; y ambos aspiran a superar la lógica patrimonialista, abrazando una perspectiva de humanización. Sin embargo, el concepto de persona, en el léxico cultural y jurídico italiano y en su dimensión constitucionalizada,

[31] J. Llaja Villena, *El derecho a la vida del concebido: la regulación constitucional del aborto. Una mirada al proceso constitucional de 1979 y 1993,* en *Justicia de Género*, Lima, 2009, 3-20.

[32] G. Oppo, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, en *Rivista di diritto civile*, 2002, 830 ss.

[33] La Constitución italiana de 1948 es posterior a las normas del Código civil de 1942, aprobado durante el régimen fascista. Sobre la centralidad de la persona y el personalismo como criterio de legitimación de los institutos y categorías del derecho civil a la luz de la Constitución, véase P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, Napoli, 2020[4], 371; y previamente Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972. Para la transición hacia la etapa del constitucionalismo del derecho privado, remítase a Id., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, en *Rassegna di diritto civile*, 1980, 90 ss., traducido al inglés como *Constitutional Norms and Civil Law Relationships*, en *The Italian Law Journal*, 1, 2015, 17 ss.

[34] S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica,* en *Filosofia politica*, 2007, 368.

[35] M.R. Marella, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, en AA.VV., *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, coordinado por F. Bilotta – F. Raimondi, Napoli, 2020, 59 (en diálogo con S. Rodotà, *Antropologia dell'homo dignus*, en *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2010, 547 ss.); y allí mismo, un análisis de la persistente tensión entre universalismo y fragmentación inherente al concepto de sujeto de derecho.

cumple una función no solo de concreción de la individualidad, sino también de inclusión social. En efecto, la persona, lejos de convertirse en una peligrosa máscara categorial, permite dar relevancia a todos los aspectos del individuo en su estar en el mundo (según un proceso de concreción subjetiva), y suple, de este modo, «la pérdida de representatividad social del sujeto de derecho» previsto por la legislación civil codificada, que no obstante continúa coexistiendo. La persona constituye un dispositivo, al menos en potencia, de inclusión y de comunión, mientras que, por el contrario, el esquema del 'sujeto abstracto' de derecho ha sido objeto de severas críticas – especialmente desde los estudios feministas – por su incapacidad cognitiva para incorporar, como es sabido, las diferencias de género[36].

En 2023, fue aprobada en el Perú, luego de un largo procedimiento legislativo, una ley destinada al reconocimiento de los derechos del concebido (arts. 1 y 2, Ley n. 31.935, 16 de noviembre de 2023), fundada en el valor primario de la dignidad y en el desarrollo del mencionado artículo 2 de la Constitución peruana, el cual, a su vez, fue precedido por el Código. La enumeración de las situaciones jurídicas subjetivas incluye el derecho a la vida, a la salud, a la integridad moral, psicológica y física, a la identidad, al libre desarrollo y al bienestar, así como, en términos más generales, todos aquellos derechos que favorezcan al *nasciturus* en cuanto sujeto de derecho.

El texto que ha entrado en vigor, y que ha sido acogido con gran beneplácito por representantes del mundo católico[37], no parece haber introducido cambios significativos en el ordenamiento jurídico nacional, ni en el plano de las reglas y los principios, ni desde la perspectiva interpretativa[38]. En todo caso, la nueva ley ha suscitado un importante debate doctrinal, pues si se considerara apta para integrar la condición jurídica del *nasciturus* ya contenida en el Código civil, podría representar un paso más en el proceso de descodificación, es decir, en la progresiva pérdida de centralidad del propio Código[39], fenómeno ya presente desde hace tiempo en la experiencia jurídica interna y que encuentra un paralelo en la reflexión doctrinal y en la tendencia normativa italiana a partir de finales de los años noventa.

Pero si esto es cierto, si es cierto que el legislador nacional se ha revelado, en esta ocasión, como un hombre común y no extraordinario, asistemático, ignorante

[36] S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica* cit., 369.

[37] *Perú: La Iglesia saluda la ley sobre los derechos al concebido*, recuperado de ‹*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*, recuperado de ‹*https://iglesia.org.pe/2023/11/21/conferencia-episcopal-peruana-saluda-ley-que-reconoce-los-derechos-al-concebido/*›.

[38] C.A. Agurto Gonzáles – J. Pablo Abanto, *La protección jurídica del concebido* cit., 63, donde subrayan que esta ley no ha recogido las propuestas surgidas durante el debate parlamentario relativas a los derechos de la gestante.

[39] E. Bustamante Oyague, *Reseña de Romina Santillán Santa Cruz, La situación jurídica del concebido en el derecho civil peruano*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 20, 2024, 1622 ss.; para el contexto italiano, véase N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.

e incoherente[40], también lo es que el legislador no es un ciudadano cualquiera y que incluso su mero *dicere*, incluso una simple acción suya, aunque carezca de verdadero alcance innovador en términos jurídicos, posee un significado político e institucional. ¿Es realmente posible, entonces, afirmar que el sujeto de derecho, tal como es entendido por el sistema jurídico peruano, carece de toda capacidad selectiva y excluyente? Lo cierto es que el *status* del concebido, acogido por el ordenamiento jurídico peruano en tanto sujeto de derecho al que se reconoce expresamente, entre otros, el derecho a la vida, repercute sobre el acceso de las mujeres a la interrupción del embarazo. Y el derecho al aborto legal y seguro, conforme al léxico de los regímenes internacionales, debería representar un derecho humano y fundamental.

Para responder a esta pregunta, parece oportuno, entonces, ofrecer un análisis de la regulación del aborto y de la 'postura' normativa y sociocultural que ha emergido en las dos experiencias jurídicas, italiana y peruana, promoviendo la idea de una función, en cierto modo subversiva, de la comparación, útil para una reflexión contextualizada y, a la vez, crítica del derecho[41].

4. *Criminalización del aborto y excepciones legales frente a las prácticas restrictivas en el Perú*

En el Perú, el aborto ha estado históricamente sujeto a una fuerte criminalización, salvo contadas excepciones que, en la práctica, suelen ser interpretadas de forma restrictiva y formalista[42]. *De facto*, rige una prohibición de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.

El dato normativo fundamental se encuentra en el Código penal, pues el aborto constituye, en efecto, un delito. El artículo 114 del Código penal establece una pena de hasta dos años de prisión o la aplicación de medidas de prestación de servicios comunitarios para la mujer que aborte, incluso cuando lo haga con la asistencia de terceros. El artículo 115 prevé una pena máxima de cuatro años para quienes ayu-

[40] Para estas críticas y para una comparación entre el texto aprobado y el texto inicial, véase C.A. Agurto Gonzáles – J. Pablo Abanto, *La protección jurídica del concebido* cit., 55 ss., especialmente: p. 63.

[41] H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, en *Revue internationale de droit comparé*, 2000, 503 ss.

[42] Resulta, en ciertos aspectos, paradójico que el Perú criminalice el aborto a pesar de haber ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), sobre todo considerando que las fuentes internacionales son vinculantes dentro del ordenamiento jurídico interno: C. Valega Chipoco – X. Benavides Reverditto, *The Ambivalent and Hetero-Cis-Normative Peruvian Constitutional Jurisprudence of the Twenty-First Century*, en AA.VV., *Women, Gender, and Constitutionalism in Latin America*, a cargo de F. Pou Giménez, R. Rubio Marín – V. Undurraga Valdés, Oxon (New York), 2024, 210; C. Gianella – B. Álvarez, *Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts*, en *Revista Direito GV*, 2021, 1, califican de «puzzling» el caso peruano, país considerado ejemplar por el elevado número de intervenciones de cortes supranacionales en materia de aborto, cuyas sentencias, sin embargo, no han tenido efectos reales en el plano interno.

den a la mujer a interrumpir su embarazo. Si, como consecuencia de ello, sobreviene la muerte de la gestante, la pena se eleva a un máximo de cinco años. El artículo 116 regula el aborto provocado por un tercero en contra de la voluntad de la gestante, imponiendo una pena privativa de libertad de entre tres y cinco años.

Asimismo, se contemplan agravantes en caso de que los hechos sean cometidos por determinados sujetos, como médicos, obstetras o cualquier otro profesional de la salud que lleve a cabo el procedimiento de interrupción del embarazo: en tales casos, además de la pena privativa de libertad, se impone la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por un período determinado. El Código penal ha tendido, así, un cerco normativo en torno a la gestante para impedirle abortar: tanto ella como cualquier persona a la que eventualmente pudiera recurrir incurren en un delito, con todas las consecuencias que una condena penal puede acarrear en la vida privada y profesional. La criminalización de la interrupción del embarazo constituye un poderoso disuasivo, no solo para las mujeres, sino también para cualquier persona que pretenda o desee apoyarlas en este difícil proceso.

El Código prevé excepciones a la punibilidad penal que, en abstracto, permitirían ciertos márgenes de acceso a la interrupción del embarazo. En efecto, el artículo 119 regula el aborto terapéutico – cuya atención se estandariza en las Directrices de 2014 para embarazos de menos de 22 semanas – y establece la no punibilidad del médico que practique un aborto cuando este sea «el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente»[43]. Sin embargo, la interpretación formalista, reduccionista y conservadora desarrollada por los tribunales nacionales ha neutralizado, en la práctica, las potencialidades de esta excepción.

Junto al aborto terapéutico, el Código penal contempla supuestos – nada desdeñables – en los que se reduce considerablemente la pena impuesta al médico. Así, el artículo 120 prevé una pena privativa de libertad no mayor de tres meses para la interrupción de un embarazo producto de una violación sexual perpetrada fuera del matrimonio, o derivado de una inseminación artificial no consentida. Para poder beneficiarse de la reducción de la pena, se exige que los hechos hayan sido denunciados o investigados, al menos por la policía, lo que impone a la víctima de violencia el estrés psicológico inherente a una investigación penal. El artículo 120 contempla asimismo una pena reducida para el médico que practique la interrupción del embarazo cuando el feto presente graves malformaciones.

El elemento clave para comprender el funcionamiento y el alcance político de la normativa penal reside, pues, en la aplicación, por parte de los médicos y los centros hospitalarios, de la excepción relativa al aborto terapéutico como único recurso para preservar la salud o la vida de la gestante. El aborto terapéutico es legal en el Perú desde 1924, aunque en aquel entonces no se habían especifica-

[43] La Guía peruana de 2014 fue modificada mediante la Resolución Ministerial n. 427-2025/MINSA (S21).

do las condiciones de acceso al procedimiento. Este vacío normativo ha favorecido el desarrollo de reglas informales orientadas a denegar la práctica del aborto: en efecto, los médicos, obligados a tomar decisiones sobre la vida de las gestantes bajo el temor de incurrir en responsabilidad penal, han optado sistemáticamente por abstenerse de realizar intervenciones abortivas[44]. El temor a una condena penal ha limitado el acceso al recurso de interrupción del embarazo, incluso en casos de riesgo para la salud de la gestante, dejando la decisión final a la discreción – frecuentemente individual – de un médico u otro profesional de la salud.

Para subsanar el vacío normativo en torno a la aplicación del artículo 119, en el año 2014, el Ministerio de Salud del Perú adoptó las Directrices para el acceso al aborto terapéutico[45], cuyo objetivo es precisamente clarificar y transparentar las condiciones de acceso a dicho procedimiento. Las Directrices señalan una serie de patologías cuya presencia permite al personal médico proceder con un aborto terapéutico (subnumeral 6.1), así como los procedimientos a seguir dentro de los establecimientos de salud (subnumeral 6.4).

La adopción de las Directrices fue el resultado de una intervención de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, promovida, a su vez, por el activismo de organizaciones no gubernamentales. Los dos casos emblemáticos que más influyeron en el gobierno peruano fueron *L.C. v. Perú* (resuelto por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer)[46] y *K.L. v. Perú* (resuelto por el Comité de Derechos Humanos)[47].

[44] C. Valega Chipoco – X. Benavides Reverditto, *The Ambivalent and Hetero-Cis-Normative Peruvian Constitutional Jurisprudence of the Twenty-First Century* cit., 203, presentan datos sobre procesos penales iniciados contra mujeres que solicitaron ayuda para interrumpir su embarazo y contra quienes las asistieron. Aunque las condenas son considerablemente inferiores al número de procesos iniciados, el temor a ser objeto de una causa penal disuade tanto a las gestantes como a los terceros – incluidos los profesionales de la salud – de llevar a cabo intervenciones abortivas. Véase también, desde una perspectiva empírica, L. Távara Orozco, P. Macharé, S. García Angulo, E. Guevara, S. Cabrera, J. Aguilar, Y. Ramírez, L. Orderique, C. Silva, S. Sánchez, W. Leveau, J. Burela, *Barriers to Access to Safe Abortion in the Full Extent of the Law in Peru*, en *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 2016, 153.

[45] Ministerio de Salud, *Resolución Ministerial N.° 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, junio de 2014.

[46] CEDAW/C/50/D/22/2009. Caso L.C. El caso se refería a una niña de 13 años, víctima de abusos reiterados desde los once años por parte de un adulto, que quedó embarazada, cayó en una profunda depresión y, en un intento de suicidio, se arrojó al vacío. La caída le causó una lesión en la médula espinal con riesgo de discapacidad permanente. Se requería, por tanto, una intervención quirúrgica urgente, que fue postergada debido a la continuidad del embarazo. La cirugía fue retrasada a la espera de una decisión del hospital sobre la viabilidad del aborto terapéutico. Entretanto, L.C. sufrió un aborto espontáneo a raíz de la gravedad de su estado de salud, pero el retraso de cuatro meses en la intervención quirúrgica derivó en una parálisis irreversible de la niña.

[47] CCPR/C/85/D/1153/2003. Caso K.L. En esta causa, K.L. quedó embarazada a los 17 años. Los exámenes médicos revelaron una grave anomalía fetal: anencefalia, condición incompatible con la

Las decisiones fueron motivadas por dos situaciones en las que se denegó el aborto terapéutico en centros de salud sin que dicha negativa estuviera respaldada por directrices claras y sin que las gestantes tuvieran posibilidad alguna de impugnar la decisión médica ante los tribunales u otra instancia, dentro del plazo de veintidós semanas previsto para el aborto terapéutico. En ambas resoluciones, se reconoció que el Perú había incumplido sus obligaciones en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, y se estableció la necesidad de adoptar directrices nacionales que permitieran el acceso efectivo a la interrupción del embarazo. El recurso a las instancias internacionales fue el resultado de una estrategia deliberada de los movimientos feministas, que se movilizaron para lograr el reconocimiento del derecho al aborto en múltiples frentes: además de recurrir a los dos comités distintos de la ONU, estos movimientos promovieron litigios ante los tribunales nacionales y elaboraron directrices de uso interno para los centros hospitalarios, si bien dichas directrices carecían de fuerza jurídica obligatoria[48].

Si bien las Directrices de 2014 fueron celebradas como el inicio de una nueva etapa[49], su implementación ha estado en el centro de un intenso debate. Las críticas se han formulado en diversos planos. Así, al Ministerio de Salud se le ha reprochado la falta de monitoreo sobre su ejecución[50], así como la ausencia de capacitación del personal sanitario encargado de aplicarlas[51].

Los médicos, por su parte, no recibieron favorablemente las Directrices; por el contrario, se opusieron a su aplicación al considerar que eran imprecisas y poco claras, y, por tanto, incapaces de protegerlos frente al riesgo de una condena penal. El resultado ha sido una suerte de retorno a las reglas informales que, en la

vida extrauterina. No obstante, se le negó el acceso a las prácticas de interrupción del embarazo y fue obligada a continuar con la gestación. El recién nacido vivió solo cuatro días tras el parto.

[48] C. Gianella – B. Álvarez, *Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts* cit., 4.

[49] A. Klasing, *Dispatches: New Abortion Rules in Peru*, recuperado de ‹*https://www.hrw.org/news/2014/07/01/dispatches-new-abortion-rules-peru*›.

[50] Por tanto, no se cuenta con datos relativos al número de solicitudes de aborto terapéutico ni sobre los plazos empleados en los establecimientos de salud para garantizar la práctica de dicho procedimiento. Asimismo, los datos recabados por diversos estudios independientes revelan una disparidad en el acceso al aborto entre la capital, Lima – donde se realiza la mayoría de los procedimientos – y el resto del país, en el que el número de abortos es considerablemente inferior. Algunos datos sobre el número de interrupciones, el nivel económico y el grado de instrucción de las gestantes han sido recopilados por una encuesta de la asociación PROMSEX (véase ‹*https://promsex.org/wp-content/uploads/2019/02/EncuestaAbortoDiptico.pdf*›). PROMSEX ha publicado, además, un estudio detallado sobre el aborto terapéutico a diez años de la entrada en vigor de las directrices: E. Juárez – J. Villalobos, *Abortos terapéuticos realizados en el Perú entre el 2014 y 2023*, disponible en: ‹*https://promsex.org/wp-content/uploads/2024/07/AbortosTerapeuticosRealizadosEnElPeruEntreEl2014y2023.pdf*›.

[51] C. Gianella – B. Álvarez, *Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts* cit., 5 s.; L. Távara Orozco, P. Macharé, S. García Angulo, E. Guevara, S. Cabrera, J. Aguilar, Y. Ramírez, L. Orderique, C. Silva, S. Sánchez, W. Leveau, J. Burela, *Barriers to access to safe abortion in the full extent of the law in Peru* cit., 154.

práctica, restringen el acceso de las mujeres al aborto siempre que exista siquiera la posibilidad remota de una acción penal contra el personal sanitario.

Las Directrices de 2014, además, no identificaron expresamente patologías de salud mental entre las entidades clínicas enumeradas en su subnumeral 6.1. El artículo 119 del Código penal se refiere genéricamente a la salud, sin mencionar expresamente su dimensión psíquica[52], la cual, sin embargo, reviste una importancia decisiva en los casos de embarazos no deseados, especialmente cuando la gestante es menor de edad o víctima de violencia sexual.

En conclusión, la normativa penal vigente y su aplicación sitúan a la gestante en un espacio cerrado, en el que, muchas veces, la única vía de escape es el mercado clandestino[53].

5. *La tutela absoluta del concebido como argumento en los litigios sobre el aborto en el Perú*

Tras la adopción de las Directrices, las organizaciones contrarias al aborto recurrieron repetidamente a los tribunales con el fin de restringir aún más el ya limitado acceso a la interrupción del embarazo. Los casos fueron sometidos a la atención de las jurisdicciones constitucional, civil y penal. Las acciones interpuestas movilizaron, a su vez, a organizaciones proaborto, que con frecuencia intervinieron en los procesos. El análisis de tres casos estratégicos permite identificar y comprender los argumentos esgrimidos por los distintos actores sociales en torno a un tema tan divisivo – en los planos moral y normativo – como lo es el aborto.

Las asociaciones contrarias al aborto intentaron, de inmediato, impedir la adopción de las Directrices, temiendo que su implementación multiplicara los casos de aborto dentro de los establecimientos de salud. En 2014, en efecto, una ONG peruana – 'Acción de Lucha Anticorrupción «Sin Componenda»' – interpuso una acción de amparo ante la jurisdicción constitucional con el propósito de impedir su adopción, denunciando que las Directrices constituían una vulneración de los derechos del concebido[54]. En 2019, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima rechazó la demanda presentada por la ONG, basándose en los siguientes argumentos: el derecho a la vida no es absoluto; las Direc-

[52] Tal como se ha puesto de manifiesto con claridad en los casos *L.C. v. Perú*, CEDAW/C/50/D/22/2009, y *K.L. v. Perú*, CCPR/C/85/D/1153/2003, la afectación a la salud mental derivada de la imposibilidad de acceder al aborto ha sido configurada como una violación de los derechos humanos de la gestante.

[53] D.N. Duffy – C. Freeman – S. Rodríguez Castañeda, *Beyond the State: Abortion Care Activism in Peru*, en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 48.3, 2023, 609.

[54] EXPEDIENTE JUDICIAL N.º 31583-2014. Para acceder a las principales resoluciones y sus comentarios, véase el siguiente enlace de la asociación PROMSEX: ‹*https://promsex.org/wp-content/uploads/2020/04/PROCESO-DE-AMPARO-CONTRA-ELPROTOCOLO-DE-ABORTO-TERAP%C3%89UTICO.pdf*.

trices constituyen una expresión de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, indispensables para proteger la salud, la vida y la dignidad de la mujer; y, por último, las Directrices son conformes con las recomendaciones internacionales dirigidas al Perú en los casos *K.L. v. Perú* y *L.C. v. Perú*. Posteriormente, 'Acción de Lucha' impugnó la decisión de primera instancia, la cual fue confirmada, aunque sobre la base de argumentos meramente procesales y no sustantivos. Al término de un procedimiento judicial que se prolongó por cinco años, las Directrices fueron declaradas legítimas.

Una segunda movilización de las asociaciones antiaborto contra las Directrices tuvo lugar en 2018. La Asociación Tomás Moro, respaldada por grupos católicos, promovió una acción popular ante la jurisdicción civil con el objetivo de obtener su derogación. La asociación sostenía que la despenalización del aborto terapéutico no requería necesariamente su reglamentación. A su juicio, la mera existencia de las Directrices vulneraba el derecho a la vida del feto, el derecho a la igualdad, a la no discriminación y a la salud; infringía, además, todos los demás derechos del concebido e impedía a los progenitores ejercer una paternidad y maternidad responsables con respeto hacia la vida del *nasciturus*. El objetivo último de la acción popular era reinstaurar el escenario de vacío normativo que, al amparo del temor a una acción (y condena) penal, favorecía de hecho la negativa del personal sanitario a practicar abortos terapéuticos. Frente a dicha acción, se produjo una fuerte reacción de las organizaciones defensoras de los derechos de las mujeres; en particular, la asociación PROMSEX intervino en el proceso para defender la aplicación de las Directrices. El caso fue examinado por el Juzgado Civil de Lima, el cual no acogió la acción popular; sin embargo, también en este caso la fundamentación de la decisión se basó en aspectos meramente procesales: el instrumento elegido para acudir a los tribunales – la acción popular – no fue considerado idóneo para obtener un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del artículo 119 del Código penal. En consecuencia, la reglamentación del aborto terapéutico a través de las Directrices fue considerada legítima y conforme con las recomendaciones de los organismos internacionales. No obstante, no se emitió una decisión sobre el fondo del asunto[55]. La Asociación Tomás Moro prosiguió sin éxito su batalla judicial. En 2023, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema rechazó definitivamente las pretensiones de la Asociación[56], confirmando la legitimidad de las Directrices.

[55] Resolución n. 25 del 10 de diciembre de 2019.

[56] Corte Suprema de Justicia de la República, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, Proceso de Acción Popular, Expediente N.° 8933-2020, Lima. Para un análisis exhaustivo del iter procesal de la acción popular y de las ulteriores argumentaciones empleadas para desestimarla, véase, asimismo, en el sitio web de PROMSEX: ‹*https://incidenciainternacional.promsex.org/casos/aborto-terapeutico/*›.

Un tercer ejemplo emblemático se refiere a la aplicación de las normas penales sobre el delito de aborto. El caso de E.M.D., una estudiante de 17 años, se enmarca en este contexto de intensa criminalización. La menor había ingerido misoprostol con el fin de interrumpir un embarazo de seis semanas y posteriormente acudió a un centro de salud para recibir atención médica postaborto. Dada su condición de menor de edad, la administración de dicha atención requería la autorización del Juzgado de Familia y del Ministerio Público. Si bien ambas autoridades otorgaron la autorización, al mismo tiempo se abrió un proceso penal en su contra por aborto inducido. La joven fue condenada en primera instancia y absuelta en segunda. Durante el proceso judicial salieron a la luz diversos aspectos de su vida: era una estudiante ejemplar, con calificaciones sobresalientes que le permitían acceder a una beca prestigiosa y necesaria. Sin embargo, estas características positivas no fueron consideradas favorablemente por el Ministerio Público, que, por el contrario, enfatizó el 'egoísmo' de la joven, señalando que estaba dispuesta a abortar con tal de continuar sus estudios[57].

Los tres casos evidencian el activismo de las asociaciones contrarias al aborto, que, ante la falta de una intervención del Congreso encaminada a restringir aún más el acceso a la interrupción del embarazo, recurren a los tribunales como vehículo para canalizar sus demandas represivas. Al mismo tiempo, los tribunales peruanos se muestran formalistas y poco innovadores, al considerar que corresponde al Poder Ejecutivo o al Legislativo pronunciarse sobre la materia[58]. En este contexto, las asociaciones antiaborto han encontrado facilidades para plantear argumentos basados en una interpretación literal de la normativa vigente, ya de por sí marcadamente adversa al aborto.

Los argumentos que los grupos cristianos y conservadores presentan ante los tribunales se articulan en cuatro niveles, todos ellos presentes en los tres casos emblemáticos analizados hasta ahora.

Los movimientos contrarios al aborto, en las distintas acciones judiciales, se apoyan de manera constante en la normativa civil que tutela la vida humana desde la concepción. Este argumento se presenta como un rasgo distintivo de la realidad latinoamericana, en virtud del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya expresión local se encuentra también en el artículo 1 del Cód. civ. per.[59]. Resulta bastante evidente que este tipo de razonamientos tiene un peso importante en las luchas contra el aborto. En este contex-

[57] El caso se encuentra documentado en C. Gianella – B. Álvarez, *Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts* cit., 11.

[58] Numerosas iniciativas legislativas han sido presentadas para su discusión en el Congreso peruano, tanto orientadas a despenalizar el aborto como a reforzar su criminalización. Ninguna de ellas ha sido aprobada: C. Gianella – B. Álvarez, *Judicial Lawfare* cit., 6 ss.

[59] AA.VV., *El aborto en América Latina: estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*, compilado por P. Bergallo – I.C. Jaramillo Sierra – J.M. Vaggione, Buenos Aires, 2018, *passim*.

to, incluso han sido invocadas posturas de corte soberanista, en las que el favor hacia el aborto se describe como un 'negocio' impulsado por actores globales, ajeno a las particularidades del pensamiento local[60].

Un segundo grupo de argumentos, utilizado con frecuencia por las organizaciones antiaborto, se basa en la primacía de los derechos del concebido frente a la posición jurídica de la mujer. El *nasciturus* es considerado como un ser humano[61]; de ello se derivaría su carácter absoluto y prioritario. La superioridad de la vida del concebido respecto de otras 'necesidades' de la mujer impide, en consecuencia, cualquier operación de ponderación entre los derechos del feto y los de la gestante.

A favor de las posturas antiabortistas juega, además, un papel fundamental la criminalización del aborto. Resulta evidente que una norma penal debe ser aplicada y constituye una base sólida para perseguir penalmente a la mujer que decide abortar, incluso si lo hace por iniciativa propia, así como a las personas – médicos o personal sanitario – que le presten asistencia.

Un último grupo de argumentos esgrimidos se refiere a la configuración del aborto terapéutico. Para las asociaciones contrarias al aborto, el recurso al aborto terapéutico debe mantenerse restringido y no debe convertirse en una vía de escape ni en un subterfugio para eludir la claridad de la norma penal. Por otro lado, sostienen estas organizaciones, la ciencia ha avanzado enormemente desde 1924, año en que se introdujo la figura del aborto terapéutico, y hoy en día la medicina está en condiciones de salvar tanto la vida de la madre como la del feto, haciendo innecesaria, en la mayoría de los casos, la interrupción del embarazo por razones de salud materna. Frente a estos argumentos – presentes en distinta medida en los tres casos analizados – los jueces rechazaron las pretensiones de los movimientos antiabortistas. Sin embargo, los jueces fundamentaron dichas decisiones en defectos procesales, sin emitir pronunciamientos claros sobre el fondo, dejando así abierta la puerta a futuras iniciativas de carácter represivo.

El formalismo adoptado por los tribunales peruanos es, en realidad, políticamente orientado y funcional a una determinada visión restrictiva de la interrupción del embarazo. La invocación de la tutela de la vida contenida en el Código civil, en simbiosis con la criminalización de la interrupción del embarazo dispuesta por el Código penal, permite a los jueces ignorar los derechos de la gestante, excluyendo toda posibilidad de ponderación. El resultado social de esta limitada posibilidad de acceso a la interrupción del embarazo se traduce en un amplio recurso al aborto clandestino, así como en la creación de *infrastructures of abor-*

[60] Cfr. Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 268/2023, Exp. N.° 00098-2022-PA/TC, Lima, ONG Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos [PROMSEX], relativo a un caso de publicaciones en las que grupos católicos denunciaron los vínculos de asociaciones locales proaborto con *Planned Parenthood*, de quienes habrían recibido un importante financiamiento.

[61] C. Gianella – B. Álvarez, *Judicial Lawfare: Analysis of Legal Arguments against Abortion Rights in Peruvian Courts* cit., 17, emplean la palabra «niño», expresión que, en este contexto, resulta particularmente evocadora.

tion care, es decir, redes alternativas al Estado, surgidas con el objetivo de brindar atención y apoyo a las mujeres que deseen o necesiten abortar[62].

6. *El paradigma terapéutico y los límites de la autodeterminación reproductiva en Italia*

El aborto es un tema simbólico, un *locus criticus* que encarna visiones del mundo distintas y contrapuestas, y que conduce a una profunda reflexión sobre la naturaleza humana, la ciudadanía de las mujeres, el control biopolítico de la sexualidad y del cuerpo femenino y, en términos más generales, sobre las complejas dinámicas sociales entre individuos y entre estos y el Estado. Es innegable que cuanto más se extiende la absolutización de los derechos del concebido y cuanto más un sistema normativo prohíbe y criminaliza el aborto, mayor es la restricción de la libertad de autodeterminación de las mujeres en materia reproductiva, así como el riesgo que ello entraña para su salud. La exclusión del acceso a la interrupción del embarazo, resultado de una criminalización persistente, genera y justifica una imposición heterónoma de la maternidad, así como una gestión externa del cuerpo y de la sexualidad femenina.

También resulta innegable que la sacralidad inviolable de la vida humana desde la concepción es un dogma de la Iglesia católica romana y una norma intocable del derecho canónico[63]. El aborto ha sido considerado siempre un crimen, un acto abominable[64]. Tanto en el Perú como en Italia, el influjo de la cultura católica sobre el tejido social es marcado; en ambos países, la construcción social del aborto se apoya en una arraigada cultura de la vida y de la familia, sedimentada en el imaginario colectivo, que produce y alimenta procesos de estigmatización, tanto social como institucional. Los movimientos católicos, con el apoyo de grupos políticos conservadores locales, han obstaculizado de forma constante la legalización de la interrupción del embarazo, aunque con intensidad y efectos distintos en ambos países según los contextos históricos examinados. En efecto, cualquier factor de similitud entre los dos sistemas requiere un análisis profundo, y sobre todo contextualizado e históricamente situado. Las barreras socioculturales que se oponen al reconocimiento de la libertad de autodeterminación de las mujeres en sus decisiones reproductivas – aquí apenas esbozadas – fueron la base de las luchas impulsadas en Italia por los movimientos feministas durante la déca-

[62] D.N. Duffy – C. Freeman – S. Rodríguez Castañeda, *Beyond the State: Abortion Care Activism in Peru* cit., 609, donde se describe el acompañamiento como «una praxis política feminista que construye *infrastructures of abortion care* orientadas a la transformación» (p. 611).

[63] Can. 1397-8, *Código de derecho canónico*, recuperado de ‹*www.vatican.va*›.

[64] C. Crea, *Conscientious Objection* cit., 770 ss.

da de 1970, las cuales, con grandes dificultades, condujeron a la aprobación de la ley nacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo[65].

La normativa italiana ha liberalizado los procedimientos de aborto dentro del marco de un sistema sanitario nacional, público y gratuito.

El texto legal es el resultado de un compromiso con el mundo católico, compromiso que ya se manifiesta en el título de la ley ('Normas para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo') y en sus primeros artículos. El aborto se configura como un servicio sanitario reservado a los hospitales públicos, y se inscribe dentro de un conjunto de valores prioritarios, tales como la procreación consciente y responsable, el valor social de la maternidad y la «tutela de la vida humana desde su inicio»[66]. En ningún caso, además, la interrupción del embarazo puede convertirse en un instrumento de control o limitación de la natalidad. El Estado y las regiones, así como los sistemas de salud y los centros de asesoramiento familiar, están obligados a promover una elección informada por parte de las mujeres y, en esencia, a desalentar la interrupción del embarazo.

No existe, por tanto, un derecho subjetivo al aborto libre a petición de la mujer en el marco legal[67], si por derecho subjetivo se entiende una situación jurídica que exprese un pleno poder de decisión de la mujer. Resulta más adecuado – y correcto – hablar de una 'concesión' legislativa condicionada (es decir, la interrupción del embarazo deviene legal en presencia de ciertos límites temporales y de requisitos procedimentales o sustantivos), o bien de un modelo de aborto 'por justa causa'[68], que exige necesariamente una ponderación entre el interés de la gestante y el del concebido. La inobservancia de los requisitos legales implica una regresión al estado de criminalización[69], en tanto están previstas sanciones tanto administrativas como penales. En todo caso, los servicios de aborto se insertan, al menos en teoría, dentro de un sistema nacional de salud público, universal[70] y gratuito, que debería estar garantizado para todas las mujeres.

La expresión 'derecho al aborto' – según el significado que le atribuye el pensamiento liberal, como paradigma de la autonomía y autodeterminación de la mujer en sus decisiones procreativas – se ha consolidado en el debate feminis-

[65] Ley n. 194, 22 de mayo de 1978.

[66] Artículo 1, Ley n. 194/1978.

[67] E. Navarretta, *Il danno ingiusto*, en AA.VV., *Diritto civile*, dirigido por N. Lipari – P. Rescigno, IV, Milano, 2009, 175 ss.; P.G. Monateri, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, en *Corriere giuridico*, 2013, 59, 64 (comentario a Cass., Sez. III, 2 de octubre de 2012, n. 16754). Sobre el esquema jurídico del derecho subjetivo y su evolución en el sistema jurídico interno, véase, en particular, M. Graziadei, *Diritto soggettivo; potere; interesse*, en AA.VV., *Il diritto soggettivo*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por R. Sacco, Torino, 2001, 3 ss.

[68] L.V. Moscarini, *Aborto. Profili costituzionali e disciplina legislativa*, en *Enciclopedia giuridica*, I, Roma, 1988, 2 ss. y A. D'Atena, *Sub art. 9*, en AA.VV., *Commentario alla l. 22 maggio 1978, n. 194* cit., 1650 ss.

[69] Artículo 19, Ley n. 194/1978.

[70] M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 115.

ta nacional, pero posee un sentido esencialmente político, no jurídico. No existe un derecho al aborto, entendido como un derecho de libre elección por parte de la mujer, ni en la ley ni en la Constitución[71]. Lo que se reconoce es una cobertura constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo, aunque, en general, dicha cobertura permanece restringida a los estrechos márgenes del derecho a la salud psicofísica de la mujer.

En consonancia con un enfoque de legalización parcial, es posible solicitar y obtener un aborto voluntario dentro de los primeros 90 días, pero a condición de que exista un serio peligro para la salud física o psíquica de la mujer derivado de la continuación del embarazo.

En efecto, el legislador de 1978 contempló diversos tipos de situaciones que pueden justificar la solicitud de interrupción: cuestiones de índole estrictamente médica, anomalías o malformaciones del concebido, pero también condiciones económicas, sociales o familiares de la mujer, así como las circunstancias concretas en las que se produjo la concepción (es decir, una suerte de aborto social). Sin embargo, cada una de estas circunstancias o eventos debe poder reconducirse causalmente al metarrequisito de un 'serio peligro' para la salud psicofísica de la mujer[72]. En definitiva, el único aborto voluntario que parece jurídicamente viable es el terapéutico, ya que solo en caso de amenaza para la salud o la vida de la mujer el sistema jurídico italiano permite el sacrificio del feto[73].

Además, tanto el embarazo como la voluntad de la mujer de proceder a su interrupción requieren la certificación por parte de un médico, de un centro de asesoramiento (consultorio) o de un establecimiento sanitario, en cuyo marco se invita a la mujer a observar un período de reflexión de siete días[74] (*mandatory waiting time*). Resulta central, en este proceso, el rol de asistencia, información y apoyo atribuido a los consultorios familiares públicos. Las gestantes menores de edad, para acceder al servicio de aborto, deben contar con el consentimiento previo de quien ejerce la patria potestad o, en su defecto, del juez tutelar[75].

Siguiendo un enfoque de gradualidad en la 'gravedad' del aborto, transcurridos los 90 días desde el inicio del embarazo, la interrupción solo está permitida cuando exista un 'grave' peligro para la vida de la mujer o para su salud, en particular cuando se hayan diagnosticado patologías, incluidas anomalías o malformaciones del feto[76].

[71] S. Niccolai, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, recuperado de ‹*www.costituzionalismo.it*›, 2, 2005.

[72] Artículo 4, Ley n. 194/1978.

[73] P. Hanafin, *Conceiving Life: Reproductive Politics and the Law in Contemporary Italy*, Farnham, 2007, 6.

[74] Artículos 5 y 6, Ley n. 194/1978.

[75] Artículo 12, Ley n. 194/1978.

[76] Artículo 6, Ley n. 194/1978.

Dentro de este marco normativo se inscribe la disposición sobre la objeción de conciencia, que constituye la expresión más paradigmática de la influencia de la Iglesia católica y de sus dogmas sobre las políticas reproductivas en Italia. El artículo 9 de la ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo reconoce al personal sanitario[77] el derecho a abstenerse de realizar los procedimientos y actividades «específica y necesariamente dirigidos a provocar la interrupción del embarazo». Esta exoneración no se extiende a las actividades de asistencia anteriores o posteriores a la intervención abortiva. En cualquier caso, la objeción se refiere exclusivamente al profesional individual, no a la institución hospitalaria pública, la cual está obligada a garantizar este servicio sanitario universal, pues se prohíbe la denominada objeción institucional o *institutional conscientious objection*. Asimismo, la objeción de conciencia no puede ser invocada si, debido a la particularidad de las circunstancias, la intervención del personal médico o auxiliar resulta «indispensable para salvar la vida de la mujer en peligro inminente».

7. *La legalización ante el reto de la efectividad: el acceso al aborto en Italia*

La regulación del aborto en el contexto italiano sufre un marcado desfase entre la *law in the books*[78] y la *law in action*, es decir, entre las reglas formales y las reglas operacionales. El ordenamiento jurídico ha legalizado, desde 1978, la interrupción del embarazo, estableciendo una serie de condiciones y procedimientos para acceder a este servicio sanitario. No obstante, desde la aprobación misma de la ley se ha observado un proceso de sabotaje sustancial, motivado por una multiplicidad de factores relacionados con la interpretación e implementación concreta de la norma. Por ello, el impacto de la legislación no puede ser evaluado mediante un mero enfoque *black-letter*.

Los períodos de espera obligatorios para la mujer figuran entre los más largos de Europa; los centros sanitarios públicos que ofrecen el servicio de interrupción del embarazo están mal distribuidos a nivel regional; los consultorios familiares, creados para brindar apoyo a la maternidad, están fuertemente influenciados por los movimientos provida y profamilia. La barrera más significativa[79], en

[77] Como es sabido, dentro del sistema sanitario nacional solo el personal especializado en ginecología u obstetricia que presta servicios en establecimientos públicos puede practicar abortos. Se trata, por tanto, de una categoría profesional bastante restringida: F. Minerva, *Conscientious Objection in Italy*, en *Journal of Medical Ethics*, 41, 2015, 170 ss.

[78] R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, en *American Law Review*, 44, 1910, 12 ss.

[79] Sobre estos aspectos, véase E. Caruso, *Abortion in Italy: Forty Years On*, en *Feminist Legal Studies*, 28, 2020, 92; L. Busatta, *Abortion Law in Italy: A Pluralist Legislation Lacking Effectiveness?*, en AA.VV., *Debates Around Abortion in the Global North*, editado por F. Portier-Le Cocq, New York, 2022, 97, 102; G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, en AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 815 ss.

particular, es la práctica extendida de la objeción de conciencia por parte del personal sanitario. La exoneración del deber de prestar el servicio de aborto se justifica mediante un imperativo ético o religioso reconocido por el legislador. La normativa prevé, en consecuencia, una interferencia explícita de sistemas discursivos ajenos al derecho: la moral y la religión, pese a la secularización cultural del país, inciden en la efectividad del acceso al aborto, que, en los hechos, queda denegado en múltiples regiones del país debido a la elevada presencia de objetores.

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ha denunciado en múltiples ocasiones las deficiencias del sistema italiano: en 2014, a raíz de una reclamación colectiva presentada por la ONG *International Planned Parenthood Federation-European Network* (IPPF EN)[80], afirmó que la objeción de conciencia en los procedimientos de aborto vulnera el derecho a la protección de la salud y a la no discriminación consagrados en la Carta Social Europea (art. 11, párr. 1, en relación con el art. E), debido a la falta de profesionales no objetores en los hospitales públicos, lo cual restringe ilegítimamente el acceso a la interrupción del embarazo. En efecto, las mujeres se ven obligadas a trasladarse a otras regiones o incluso al extranjero, lo que incrementa tanto los riesgos para su salud física y mental como los niveles de desigualdad, producto también de la interacción entre factores socioeconómicos y geográficos (es decir, una discriminación interseccional y múltiple)[81]. La legislación nacional sobre el aborto, según el CEDS, resulta, por tanto, ineficaz, pese a que el artículo 9, cuarto párrafo, de dicha norma obliga a todos los centros sanitarios públicos a prestar servicios de aborto «en todos los casos», incluso cuando el número de objetores de conciencia sea elevado.

Más aún, en 2016[82], tras una reclamación colectiva presentada esta vez por la *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* (CGIL), el Comité volvió a subrayar que el acceso al aborto es prácticamente imposible en algunas regiones del país. En esta segunda decisión, se observó, además, una violación del artículo 1, párr. 2 de la Carta Social – que protege las condiciones laborales – debido al tratamiento diferenciado entre profesionales sanitarios objetores y no objetores, así como una infracción del artículo 26, párr. 2 (dignidad en el trabajo), al conside-

[80] *Collective Complaint, International Planned Parenthood Federation-European Network (IPPF-EN) v. Italy*, N.° 87/2012, (ECSR, 3 de septiembre de 2012) y *Resolution CM/ResChS(2014)6,* ECSR, *International Planned Parenthood Federation-European Network (IPPF-EN) v. Italy*, N.° 87/2012 (30 de abril de 2014). Véase al respecto M. D'Amico, *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)*, en AA.VV., *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century*, editado por M. D'Amico – G. Guiglia, Napoli, 2014, 219 ss.

[81] K. Lukas – C. Ó Cinnéide, *Gender Equality Within the Framework of the European Social Charter*, en AA.VV., *Frontiers of Gender Equality: Transnational Legal Perspectives*, editado por R.J. Cook, Philadelphia, 2023, 219, 232.

[82] Resolution CM/ResChS(2016)3, ECSR, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*, Reclamación n. 91/2013.

rar que el gobierno italiano no había adoptado medidas preventivas adecuadas de formación o sensibilización para proteger al personal no objetor frente al acoso moral y la discriminación en el entorno laboral.

Desde entonces, nada ha cambiado sustancialmente, a pesar de que se ha registrado una disminución formal del número de abortos en el país durante las últimas décadas.

Los datos recogidos en los informes anuales del Ministerio de Salud – incluidos los más recientes – ponen de manifiesto las mismas deficiencias[83]. Lo más alarmante es que muchos ginecólogos y anestesistas declaran que la elección de acogerse a la objeción de conciencia obedece al deseo de evitar un trabajo considerado sucio, monótono y repetitivo, o a la voluntad de eludir una carga laboral excesiva, dado que el número de profesionales no objetores es muy reducido; o bien, a la intención de poder dedicarse a prestaciones sanitarias distintas y más gratificantes desde el punto de vista profesional. En todos estos casos resulta evidente que no existe una conciencia ni una convicción ético-religiosa digna de protección.

La conducta oportunista de los objetores está impulsada, con frecuencia, por intereses puramente personales. Pero la paradoja reside en que el sistema normativo legitima incluso a los falsos objetores, a quienes se les permite ejercer el derecho a negarse sin estar obligados a justificar su decisión y sin afrontar consecuencia jurídica o social alguna.

La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo permanece cristalizada en el esquema de ponderación fijado, en 1975[84], por la Corte Constitucional, que afirmó que la protección del feto no puede prevalecer de forma absoluta sobre la vida y la salud de la madre (art. 32 Const.), cuando estas se vean amenazadas por la continuación del embarazo. Además, sostuvo que «no existe equivalencia entre el derecho no solo a la vida, sino también a la salud, propio de quien ya es persona, como la madre, y la salvaguarda del embrión que todavía debe llegar a serlo». Y tal ponderación, por más que repose en una lógica antagónica imperfecta entre el concebido y la mujer gestante, se ha mantenido inalterada[85]. La Corte Constitucional no ha vuelto a intervenir en la materia, confiando al legislador la competencia para modificar la regulación del aborto.

El legislador, por su parte, nunca ha intervenido sobre la ley relativa a la interrupción del embarazo, ni *in melius*, ni *in peius*.

Al mismo tiempo, las propuestas y proyectos de ley promovidos por grupos católicos y conservadores que, en los últimos años[86], han intentado refor-

[83] Tratado ampliamente por C. Crea, *Conscientious Objection* cit., 790.

[84] Corte cost., 18 de febrero de 1975, n. 27.

[85] Corte cost., 10 de febrero de 1981, n. 26, recuperado de ‹*https://giurcost.org*›.

[86] Proyectos de ley de iniciativa de parlamentarios y senadores de orientación conservadora, en apoyo de movimientos nacionales provida: 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 de octubre de 2022; Menia, «Modifica dell'articolo 1 del codice civile in ma-

zar la posición del concebido – para reconocerle una plena subjetividad jurídica, mediante una enmienda al artículo 1 del *Codice civile* italiano – no han tenido continuidad.

Aquel equilibrio imperfecto, delineado primero por la Corte Constitucional y luego por el legislador, permanece como un compromiso insuficiente y, sin embargo, capaz – no obstante las múltiples barreras al acceso al aborto[87] en Italia – de ofrecer una vía normativamente justificada para la protección de la libertad de autodeterminación de la mujer y de los derechos reproductivos.

8. *Conclusiones*

La comparación realizada permite, ante todo, precisar el significado de la influencia italiana en la elaboración peruana de la subjetividad del concebido. La recepción ha abarcado algunas posiciones de la doctrina italiana, seleccionadas y reelaboradas por los juristas peruanos a la luz de su propia visión del derecho y de la vida humana. De ello ha resultado una solución normativa que se aparta de la italiana. Este proceso confirma la necesidad de superar la representación del derecho latinoamericano como mero producto de la imitación de modelos europeos. La propia experiencia italiana, en realidad, se ha formado a través de procesos de recepción e hibridación. La relación entre ambos ordenamientos revela, por tanto, una circulación en la que el contexto receptor contribuye a determinar el contenido y la función de las elaboraciones recibidas.

El análisis del estatus del concebido en el ordenamiento peruano, en comparación con la experiencia italiana, ha puesto de relieve el persistente poder «selectivo» y excluyente de la categoría de sujeto jurídico.

La aspiración inclusiva que sustenta el reconocimiento de la subjetividad al concebido puede, en efecto, traducirse en la exclusión del interés de la gestante cuando la protección de la vida prenatal se asume como absoluta y se sustrae a la ponderación. Este resultado se comprende a la luz de la interacción entre la construcción del concebido en el derecho civil, la criminalización del aborto y las interpretaciones y prácticas que restringen el acceso a este.

teria di riconoscimento della capacità giuridica ad ogni essere umano», 13 de enero de 2023, XIX Legislatura, n. 464; Gasparri, Quagliariello, Mallegni y Gallone, «Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito», XVIII Legislatura, 20 de noviembre de 2018, n. 950; así como la propuesta de ley Carlucci, «Modifica dell'articolo 1 del codice civile, concernente il riconoscimento della personalità giuridica ad ogni essere umano», XVI Legislatura, 18 de febrero de 2011, n. 4099; propuesta de ley Volonté, «Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica ad ogni essere umano», XVI Legislatura, 29 de abril de 2008, n. 363, que retoma una propuesta de ley de iniciativa popular, promovida por primera vez en el curso de la XII Legislatura, el 20 de julio de 1995, con el respaldo del *Forum delle famiglie* y de representantes del ámbito académico.

[87] J.N. Erdman – R.J. Cook, *Decriminalization of Abortion – A Human Rights Imperative*, en *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology*, 62, 2020, 11 ss.

La criminalización del aborto en el Perú, en clara vulneración del derecho humano al aborto legal y seguro, encuentra uno de sus fundamentos justificativos en la absolutización de los derechos del concebido, y en particular de su derecho a la vida, sustentada en una construcción de la subjetividad jurídica estratificada y consolidada en la tradición cultural peruana, en el Código civil, en la Constitución y en las interpretaciones formalistas y reduccionistas adoptadas por los tribunales nacionales. El panorama jurisprudencial examinado muestra, sin embargo, también aperturas a la ponderación, mediante la invocación de la protección incremental de la vida y de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. La confirmación de la legitimidad de la Guía Técnica Nacional sobre el aborto terapéutico no ha logrado, en todo caso, superar las persistentes restricciones de acceso al procedimiento.

En Italia, ya a finales de los años setenta se ha liberalizado la interrupción del embarazo, estabilizando un equilibrio entre la tutela del feto y la protección de la salud psicofísica de la mujer. Este equilibrio axiológico imperfecto, a veces criticado por su planteamiento paternalista, se ha plasmado en la legislación nacional y en las decisiones de la Corte Constitucional.

Cierto es que no puede hablarse, en el contexto italiano, de un derecho subjetivo al aborto libre, pues la interrupción del embarazo sigue estando sometida a las condiciones legales y a la tutela de la salud psicofísica de la mujer. En el plano de la efectividad, además, quedan múltiples problemas de implementación e interpretación de la ley, barreras y desigualdades en el acceso al procedimiento sanitario. Sin embargo, también es cierto que una ponderación defectuosa sigue siendo una ponderación. La distinción entre la mujer, que ya es 'persona', y el concebido, que todavía debe llegar a serlo, acogida en el léxico de la Corte Constitucional, continúa preservando un espacio mínimo de compromiso en favor de la condición femenina y de la libertad de autodeterminación reproductiva. La experiencia italiana muestra, no obstante, que la falta de reconocimiento de una plena subjetividad jurídica al concebido no garantiza, por sí sola, la efectividad del acceso al aborto. La brecha entre las reglas formales y las reglas operacionales obliga a evaluar la capacidad del sistema italiano para proteger la libertad reproductiva. La diferencia entre ambos regímenes conserva su relevancia, pero no autoriza a tomar uno como parámetro del correcto funcionamiento del otro. La comparación permite así reconocer la especificidad de la construcción peruana y, al mismo tiempo, cuestionar la adecuación de la normativa italiana.

En el país sudamericano, la adopción de la Guía Técnica Nacional sobre el aborto terapéutico ha constituido una respuesta normativa a los impulsos supranacionales. Dicha reacción, aunque significativa desde el punto de vista formal, no ha logrado, sin embargo, socavar la estructura interna de criminalización generalizada. Italia, por su parte, ha opuesto a los llamamientos supranacionales una persistente resistencia a superar los problemas de aplicación, conservando aquel compromiso

político y jurídico arduamente alcanzado a finales de los años setenta. En el contexto peruano examinado, la represión de las libertades reproductivas se acompaña de formas de movilización internas y externas al ordenamiento estatal: por un lado, el desarrollo de redes alternativas de cuidado y apoyo, como las infraestructuras del llamado 'acompañamiento'[88]; por otro, el recurso a los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, a través del cual las organizaciones que defienden a las mujeres han solicitado la intervención de las instituciones nacionales. Estas experiencias muestran tanto la capacidad de cuestionar las restricciones existentes como los límites de las respuestas normativas obtenidas.

Desde una perspectiva comparada, se destaca, además, que en ambos ordenamientos está profundamente arraigada la influencia de ideologías religiosas y políticas[89] de corte conservador, las cuales han incidido – con diferente intensidad según las épocas – en las políticas reproductivas nacionales. Se trata, verosímilmente, de formantes implícitos, o de criptotipos (según la terminología de Rodolfo Sacco[90]), pero también de narrativas heredadas, consolidadas en los contextos sociales de ambos países, que perpetúan procesos de estigmatización del aborto, al considerarlo contrario al arquetipo de la mujer-madre, al modelo de familia tradicional y a la cultura de la vida.

Las narrativas, por otro lado, desempeñan un papel significativo en el análisis comparado de los regímenes jurídicos del aborto; son parte constitutiva de toda tradición jurídica, conforme a una concepción amplia de la normatividad. Estas construyen vínculos de sentido entre el universo material y el normativo y, sobre todo, permiten comprender ese conjunto de acciones normativas que pueden relacionarse con esquemas de significación extraídos, a su vez, de esquemas de significación del pasado[91].

En la comparación realizada, las narrativas ayudan a comprender cómo categorías elaboradas para proteger la vida humana pueden sostener prácticas de exclusión. Ayudan, asimismo, a explicar por qué la legalización del aborto puede coexistir con obstáculos persistentes a su ejercicio. En este marco se sitúa la influencia de la doctrina italiana, recibida de manera selectiva en el sistema jurídico peruano. Sus contenidos se reelaboran y se emplean en la interpretación y en la argumentación jurídica, adquiriendo un alcance normativo distinto. El análisis de estos procesos permite reconocer la especificidad de ambas experiencias y evaluar críticamente los efectos de sus respectivas construcciones jurídicas sobre la libertad reproductiva de las mujeres.

[88] D.N. Duffy – C. Freeman – S. Rodríguez Castañeda, *Beyond the State: Abortion Care Activism in Peru* cit., 611.

[89] D. Kennedy, *Political Ideology and Comparative Law*, en AA.VV., *The Cambridge Companion to Comparative Law*, editado por M. Bussani – U. Mattei, Cambridge, 2012, 35, 38.

[90] R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, en *American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, 343, 384 ss.

[91] R. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, en *Harvard Law Review*, 97, 1983, 4, 7, 9.