

## State of exception and the decriminalization of abortion in Colombia: a biopolitical or thanatopolitical perspective

# Estado de excepción la despenalización del aborto en Colombia una perspectiva biopolítica o tanatopolítica\*

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2014

Fecha de revisión: 3 de marzo de 2014

Fecha de aceptación: 21 de marzo de 2014

*Jhon Jairo Peña Ocampo \*\**

### ABSTRACT

The state of exception has several forms of manifestation. One is the subrogation or suspension of the full enjoyment of fundamental rights, claiming or using regulatory gaps, the priority of rights or the clash of rights with equal relevance. But in any case, to solve a particular case it should be chosen or determined what right has a larger argumentative load. Having said this, it is going to be analyzed the study of judicial review performed by the Constitutional Court in decision C-355 of 2006, where the crime of abortion was decriminalized in certain situations, subrogating the right to life in some events, this being a situation of many that fit in what it was conceived by Giorgio Agamben as a state of exception. The decriminalization of abortion as a subrogation of the right to life, must be understood as an exercise of biopolitics or thanatopolitics.

### RESUMEN

El estado de excepción tiene varias formas de manifestarse. Una de ellas es la subrogación o suspensión del goce pleno de derechos fundamentales, alegando o utilizando los vacíos normativos; la prelación de derechos o, el caso del enfrentamiento de derechos con igual relevancia. Pero, en todo caso, al solucionar un caso en particular se debe escoger o determinar cuál de los derechos presenta mayor carga argumentativa. Aclarado lo anterior, a continuación se analizará el estudio del control de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, donde se despenaliza el tipo penal del aborto en ciertas situaciones, subrogando el derecho a la vida en algunos eventos, siendo ello una situación de las tantas que encaja en lo concebido por Giorgio Agamben como estado de excepción. La despenalización del aborto como una subrogación del derecho a la vida, se debe entender como ejercicio de biopolítica o tanatopolítica.

#### Citar este artículo

Peña, J. J. (2014). Estado de excepción la despenalización del aborto en Colombia una perspectiva de biopolítica o de tanatopolítica. *Revista Via Juris*, 2014 (Nº17), pp. 83-96.

\* Artículo producto de la investigación: Fundamentos del derecho a la vida de los no nacidos. Universidad Cooperativa de Colombia - seccional Ibagué, financiado CONADI (2013). Ibagué-Tolima (Colombia).

\*\* Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia-Seccional Ibagué. Docente investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia - Seccional Ibagué, y catedrático de la Universidad del Tolima; integrante del grupo de investigaciones Jus Juris, con aval Universidad Cooperativa de Colombia - Ibagué, especialista en derecho administrativo - Universidad del Rosario; Especialista en derecho probatorio - Universidad Católica de Colombia, especialista en derecho del trabajo - Universidad Nacional de Colombia; Maestría en derecho con énfasis en responsabilidad-Universidad Externado de Colombia; estudiante Doctorado en Derecho-Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico de contacto: jhonja19abo@gmail.com

#### Palabras daves

Aborto, Biopolítica, tanatopolítica, nuda vida, estado de excepción, peso.

#### Keywords

Abortion, Biopolitics, thanatopolitics, bare life, state of emergency, weighting.

Estado de exceção a  
descriminalização do aborto  
na Colômbia uma perspectiva  
biopolítica ou thanatopolítica

# Estado de excepción la despenalización del aborto en Colombia una perspectiva biopolítica o tanatopolítica

*Jhon Jairo Peña Ocampo*

## RESUMO

O estado de emergência tem várias formas de se manifestar. Uma delas é a sub-rogação ou suspensão do pleno gozo dos direitos fundamentais, afastando ou usando lacunas regulatórias; a prioridade dos direitos ou, se gera choque de direitos, com igual relevância. Mas em qualquer caso, para resolver um caso particular deve escolher ou determinar o que direitos tem carga mais argumentativa.

Dito isto, então analisaremos a seguir o estudo de revisão de constitucionalidade realizada pelo Tribunal Constitucional, na sentença C-355 de 2006, onde o crime do aborto foi descriminalizado em determinadas situações, subrogando o direito à vida em alguns eventos, sendo esta uma situação de muitas que se encaixam estado de emergência segundo o autor Giorgio Agamben.

A descriminalização do aborto como uma sub-rogação do direito à vida, deve ser entendida como um exercício de biopolítica ou thanatopolítica.

## RESUMEN

El estado de excepción tiene varias formas de manifestarse. Una de ellas es la subrogación o suspensión del goce pleno de derechos fundamentales, alegando o utilizando los vacíos normativos; la prelación de derechos o, el caso del enfrentamiento de derechos con igual relevancia. Pero, en todo caso, al solucionar un caso en particular se debe escoger o determinar cuál de los derechos presenta mayor carga argumentativa.

Aclarado lo anterior, a continuación se analizará el estudio del control de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, en donde se despenaliza el tipo penal del aborto en ciertas situaciones, subrogando el derecho a la vida en algunos eventos, siendo ello una situación de las tantas que encaja en lo concebido por Giorgio Agamben como estado de excepción.

La despenalización del aborto como una subrogación del derecho a la vida, se debe entender como ejercicio de biopolítica o tanatopolítica.

## Palavras-chave

Aborto, Biopolítica, thanatopolítica, nuda vida, estado de emergência, ponderação.

## Palabras clave

Aborto, Biopolítica, tanatopolítica, nuda vida, estado de emergencia, peso.

## INTRODUCCIÓN

El derecho a la vida tiene un valor muy importante en el ordenamiento jurídico Colombiano, y se plasma en varias disposiciones y en especial en la norma penal, la cual contempla como bien jurídico tutelado, constituyéndose en una demostración de la relevancia de este derecho.

Esta situación se mantuvo hasta la Sentencia C-355 de 2006, creando un estado de protección a la vida desde el momento de unión de los cigotos y reconociendo otros medios de protección, por ejemplo, alimentos provisionales al que está por nacer y el amparo de la mujer embarazada.

De esta manera se cambia el papel o propósito que justifica el fin del Estado, ya no será el valor de la soberanía, sino la fuerza y poder de disponer de la vida, pero bajo la concepción de la *nuda vida*.

En efecto, como lo describe Agamben (2010), conforme al descubrimiento del verdadero interés de los gobernantes, surge la disposición de la *nuda vida*, pero en la perspectiva de la facultad de hacer vivir o el dejar morir, volviéndose lo determinante en una sociedad.

Esta perspectiva se sustituyó por la biopolítica, es decir involucrar el manejo de la *nuda vida* como una política de Estado, pero en beneficio colectivo. Sin embargo, aparece la antítesis a la biopolítica, la tanatopolítica, es decir, una política de la muerte o de la delimitación de la nuda vida o la vida biológica.

La Corte Constitucional, en su ejercicio de control constitucional con el propósito de proteger la Carta Magna de 1991, revisó una demanda interpuesta contra la norma penal que tipifica el aborto, decidiendo su despenalización en tres circunstancias especiales; relativizando el derecho a la vida y dando supremacía a los derechos a libre desarrollo de la personalidad, derechos reproductivos de la mujer y condiciones de afectación del derecho a la vida o la viabilidad de vida del no nacido.

Por lo que a continuación se analizará, si lo realizado por la Corte Constitucional encaja en algunas de las diferentes forma de estado de excepción planteadas por Agamben, y adicionalmente, comprender si dicho fallo responde a la aplicación de la biopolítica o la tanatopolítica.

Para ello se debe hará una breve análisis al argumento de la decisión y el mecanismo por medio del cual se

configuró dicha despenalización, resolver si ello se hizo en ejercicio de la biopolítica o la tanatopolítica y así determinar que el interés o bien que se buscó proteger o disponer, en realidad, es la *nuda vida* y la soberanía.

## METODOLOGÍA

Se hace uso de la investigación descriptiva y hermenéutica, ya que como eje central buscamos mostrar como la decisión tomada de despenalizar el aborto mediante la sentencia C-355 de 2006, es una forma de estado de excepción descrita en por Agamben en la obra que tiene el mismo título, y determinar si esa decisión es propia de la biopolítica o de la tanatopolítica.

## DISCUSIÓN Y RESULTADOS

### Penalización del aborto en Colombia

La doctrina especializada de Bernal (2005), considera que en los ordenamientos jurídicos existen reglas como descripciones de un comportamiento general (supuesto de hecho) que consecuencialmente tiene una repercusión (sanción). Tal como fue descrito por Kelsen en su Teoría pura del derecho, se han planteado otras teorías frente a los derechos como producto de investigaciones del sistema jurídico anglosajón (Dworkin), y germánico (Alexy), los cuales suman a la teoría de los derechos, concepciones como principios y la ponderación.

Se comienza a establecer las diferencias entre reglas y principio, pues como se ha dicho, la regla se convierte es la descripción silogística, es decir premisa mayor (norma), premisa menor (comportamiento), y su conclusión (sanción), pero se ha pasado al principio como algo de mayor relevancia e importancia en los modelos actuales de Estado, pues la estructura estatal debe buscar siempre, la mejor manera de efectividad y el goce pleno de los derechos a través del cual se superan las barreras y contrariedades que se puedan dar. Esta situación de buscar la mejor manera de satisfacer el alcance de los derechos, tarea que reposa en el *principio*.

Con la descripción anterior, si se presentará una colisión entre reglas y principios, es claro que conforme a lo contemplado actualmente en nuestro ordenamiento constitucional en su preámbulo y principios fundamentales, se prefiere esta última.

Un escenario distinto, es cuando en una situación particular o caso concreto se presenta colisiones o tensiones entre dos o más principios, en estos even-

tos, se debe establecer el peso de cada principio, luego de ello examinar los argumentos contrarios, y con el fin de optimizar el ordenamiento jurídico, es decir responder a la forma como se permite la mejor manera de realizar y efectivizar dicho principio en relación al otro, se estaría en presencia de la *ponderación*, es decir que la ponderación se convierte en determinar el peso de cada uno de los principios en tensión, posteriormente sobrepasar, y buscar el de mayor carga o peso, y dar el triunfo a dicho principio. Hasta aquí el ejercicio tiene cierto grado de complejidad, pero no ocurre lo mismo cuando los principios en tensión tienen el mismo peso, situación que se analizará más adelante.

La aplicación de esta ponderación lleva a replantear la concepción dada por el estado de derecho, sobre lo absoluto de los derechos y la prelación del interés general sobre el particular, cuando entre ellas se presente una colisión, pero desde otro punto de vista se debe entender en un escenario de un estado social de derecho, donde bajo la premisa de la dignidad humana, sus principios o derechos fundamentales de carácter particular se protegerán así sea en contra de los intereses generales, pues esos intereses generales son límites a los derechos fundamentales, y se debe examinar hasta que tanto es admisible esa limitación, para el goce los derechos. Con el fin de dirimir si hay exceso en la regla de limitación al goce del derecho y si esta es válida, se acude al principio de proporcionalidad, convirtiéndose en el punto de inflexión, tal como se describe:

El principio de proporcionalidad es la más significativa de estas restricciones. Según este principio, en el Estado constitucional no puede valer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino sólo aquellas restricciones que sean: idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesario, es decir, las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos sentido estricto, es decir, aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce. De esta manera, el principio de proporcionalidad es la restricción de la restricción, el límite de los límites a los derechos fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los derechos fundamentales.

El reconocimiento de esta idea ya aparece, en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el pasaje antes citado, que procede

de la sentencia T-015 de 1994: “una restricción del derecho al libre desarrollo de la personalidad solo es constitucionalmente admisible si ella, además de ser adecuada y necesaria para alcanzar un fin legítimo, es proporcional” (Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 1994).

(...)

Esta doctrina, que en principio parecería sólo aplicable al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y que se aplicó de modo análogo en otras sentencias, como la C-309 de 1997, se amplía sin embargo posteriormente a otros derechos y otras áreas, para enunciar, en definitiva, el carácter general del principio de proporcionalidad como límite de los límites a los derechos fundamentales en el marco jurídico del Estado social de derecho, establecido por la Constitución de 1991. Así aparece ya en la sentencia T-741 de 1999, en la cual, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

El juicio de proporcionalidad al que se refiere el actor es pertinente efectuarlo cuando la norma acusada en efecto restringe derechos o principios fundamentales, pues su objetivo es establecer si la finalidad perseguida con la respectiva norma justifica tal restricción, y si su contenido, en cuanto limita el ejercicio de aquellas, es proporcional a la restricción impuesta (Corte Constitucional, Sentencia T-741 de 1999).

En este mismo sentido, debe tomarse en consideración lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia T-417 de 2000. De acuerdo con ésta sentencia, el principio de proporcionalidad establece que “toda medida del Estado social de derecho debe ser en última instancia adecuada y asimilable por el afectado, pues de ese modo reconoce a todo individuo su dignidad individual, y se diferencia el Estado basado en su respecto del Estado transpersonalista anterior a la Carta Política del 1991”. (Corte Constitucional, Sentencia T-417 de 2000). También en esta sentencia explica la Corte que la justificación de esta enunciación del principio de proporcionalidad como límite general a las actuaciones del Estado implica que la tesis según la cual el interés general prima sobre el interés particular ya no puede aplicarse sin matices no consideraciones particulares.

Este principio de proporcionalidad-sostuvo la Corte- de la tesis de que en un Estado social de derecho no se exige al individuo someterse de

ante mano y sin más al ente colectivo del que forma parte; frente a los legítimos intereses de la sociedad en conjunto, también son legítimos los intereses individuales, y el principio de proporcionalidad plantea el respecto por todos ellos, pues en caso de conflicto la solución no puede ser la automática preferencia por el interés social; en cambio, unos y otros intereses deberán ser ponderados y, en la medida de lo posible, preservados. (Bernal, 2005, pp. 82-84).

Como podemos ver la aplicación del principio de proporcionalidad, se convierte en una flexibilización de lo absoluto de los derechos fundamentales, es decir que todos los derechos fundamentales son relativos. Bajo esta perspectiva es muy posible y frecuente sacrificar derechos fundamentales o principios en pro de unos principios subjetivos, lo cual en cierta medida deteriora las estructuras fundamentales del Estado, como el derecho a la vida, y en especial la negación de vida a quién está en gestión, como lo veremos más adelante.

La aplicación del principio de proporcionalidad ofrece dificultad cuando, se colocan dos o más principios fundamentales en colisión o tensión, pero puede ocurrir un escenario en el cual existe una diferencia de peso entre dichos principios, pues se escoge el de mayor valor, pero otra cosa ocurre cuando esos principios en tensión son iguales, es decir se presente un empate. Aunque en las dos situaciones se debe emplear la ponderación, en el último evento, se presenta más dificultad.

Dentro del principio de proporcionalidad, se hace uso de la ponderación como instrumento adecuado para resolver estas tensiones, el cual a su vez está compuesta por los siguientes elementos que la estructuran (i) ley de la ponderación, (ii) la fórmula del peso y las (iii) las cargas de argumentación (Bernal, 2005, p. 99).

En relación con la ley de ponderación, se busca el valor de no satisfacción o de afectación del principio versus la satisfacción del otro principio, para lo cual se debe seguir las reglas indicadas por Alexy, como lo reseña Bernal:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la

afectación o la no satisfacción del otro (Bernal, 2005, p. 99).

Para lo cual se debe establecer unos valores de afectación, dando la siguiente escalas de valores: leve, medio e intenso, la cual depende de la construcción ideológica de la sociedad donde se aplique. A esos valores debe asignarse un peso abstracto, un valor y después establecer la seguridad de las premisas empíricas de cada caso, lo cual también se presenta en escala de valores, tales como: seguro, plausible y no evidentemente falso, lo que se denomina fórmula del peso al dar aplicación a la fórmula. En caso que al momento de convertir dichos valores en expresiones numéricas, se arroja un resultado distinto al empate, se debe inclinar la decisión al de mayor resultado, pero si al contrario, se presente un empate, se pasa al tercer elemento, denominado la carga de la argumentación, en la cual se hará un confrontación de los principios en empate con unos principios reinantes en ese modelo de estado, se inclinará una decisión y tendrá su correspondiente justificación.

Los principios reinantes o de mayor jerarquía, son planteados por Robert Alexy, pero con la curiosidad de presentar dos estadios diferentes de principios, pues en sus inicios, la carga de la argumentación, tenía como principios: la *libertad jurídica* y la *igualdad jurídica*, bajo la máxima *in dubio pro libertate*, y en un segundo estadio se resuelve el empate a favor del legislador y del principio democrático, dando aplicación al *in dubio pro legislatore*, es decir que ante una situación de empate, se respetara lo descrito en la ley sin dar más extensión, siendo esta la carga de la argumentación a dar aplicación en estos eventos de empate.

La sentencia C-355 de 2006, se construye bajo la carga de la argumentación del primer estadio, es decir, la *libertad jurídica* y la *igualdad jurídica*, como lo examinaremos más adelante.

Ahora en la Constitución Política de 1991 se contempla el derecho a la vida como absoluto y no relativo, tal como venía de la tradición de la Constitución Política de 1886, y en concordancia a ello, el derecho penal dentro de sus características de lo fragmentario y ultima ratio, ha venido respondiendo a esta determinación del bien jurídico tutelando el derecho a la vida, la integridad personal, y determinando la tipificación del aborto respondiendo a lo preceptuado en el Artículo 11 de la Constitución Política de 1991, razón por la cual sin contemplar excepción alguna, se estableció en los artículos 122 a 124 del Código Penal lo relacionado con este tema.

En varias ocasiones las normas que tipifican el aborto han sido objeto de demanda de Control Constitucional, en consideración de ser estas normas contrarias a la Constitución Política. No sería sino hasta la sentencia C-355 de 2006, en la cual se declara exequibilidad o constitucionalidad condicionada, es decir la norma es concordante con la Constitución Política, pero tiene una modulación, un condicionamiento en su alcance punitivo, ya que contempló unas excepciones a la penalización del aborto mediando la voluntad de la mujer embarazada sin tener en cuenta el derecho a la vida y en especial el derecho a la vida del no nacido. Estos casos de despenalización son: (i) constituir el embarazo peligro a la vida e integridad de la gestante debidamente certificado por los expertos, (ii) por malformación del feto dando lugar afirmación de que es inviable su vida, y (iii) el embarazo sea producto de un acceso carnal violento o acto sexual abusivo o sin consentimiento o inseminación y conductas similares no consentidas.

La decisión de la Corte Constitucional, de despenalizar el aborto en las excepciones descritas, fue un ejercicio por medio del cual se deja de proteger el derecho a la vida, en especial el del no nacido, a tal punto que la Corporación judicial, renuncia a no determinar desde que momento hay vida, siendo este un tema complejo y relevante de abordar, por no existir una norma o un principio que determine el punto en cual se puede decir que hay vida, pues se ve que la omisión de este tema, tiene el propósito de negar su importancia e inclusión, y aprovechando este vacío normativo se constituye y predica una colisión entre varios derechos fundamentales de manera subjetiva, sin tener en cuenta el derecho a la vida, pues también este está en discusión, como se aborda por Peña (2012), es en este punto que se hace uso de la ponderación para responder este problema de tensión de derechos, siendo utilizada al momento de declarar las excepciones a la penalización del aborto dando supremacía de los derechos a la mujer y a la vida, a la libre determinación y derechos reproductivos y sexuales de ella, suprimiendo en absoluto este derecho y creando una excepción a dicho derecho, es decir con fuerza diferente a la ley se delimita el derecho a la *nuda vida*.

El no determinar cuando hay vida por parte de la Corte, hace que dicho derecho de los no nacidos no haga parte de la tensión o colisión de derechos, y consecuentemente que la ponderación arrojará un resultado diferente a la constitucionalidad condicionada dada en la sentencia C-355 de 2006. Esta práctica materializada por la Corte Constitucional, es una

especie del estado de excepción contemplado por Agamben (2010), en su obra estado de excepción, la cual se configura cuando se le resta a la norma general su fuerza de ley, para dar aplicación de una condición particular que suspende la prohibición del aborto, es decir establece con fuerza, tal como ocurre desde el momento del fallo, pues se ha construido por parte de la Corte en sede de revisión eventual de tutela, el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo.

Se demuestra el alcance del estado de excepción de que no se puede predicar normas absolutas, ni estables e intangibles, porque a veces esas excepciones se pueden convertir en reglas generales y válidas en el ejercicio de este tipo de estado de excepción, predicando un vacío o situación especial como ocurrido en la sentencia objeto de estudio.

### Biopolítica y tanatopolítica

La concepción de la Biopolítica y sus primeras aproximaciones al papel que juega en el Estado son acuñadas por Michael Foucault, como lo indica Agamben (2010), en su obra *Homo Sacer I*, es decir que al Estado le interesa el ejercicio que se hace de la nuda vida, y no la soberanía, pues se considera que la perspectiva que debe tener actualmente el poder, debe ser "*hacer vivir o dejar morir*", ya que lo que interesa es la formación de cuerpos dóciles como lo promulga Benente (2009), de la siguiente manera:

Así, Foucault dirá que: ese poder sobre la vida se desarrolló desde el siglo XVII en dos formas principales; no son antitéticas; más bien constituyen dos polos de desarrollo enlazados por todo una haz intermedio de relaciones. Uno de los polos, al parecer el primero en formarse, fue centrado en el cuerpo como máquina: su educación, el aumento de sus aptitudes, el arrancamiento de sus fuerzas, el crecimiento paralelo de su utilidad y su docilidad, su integración en el sistema de control eficaces y económicos, todo ello quedó asegurado por procedimientos característicos del poder de las disciplinas: anatomopolítica del cuerpo humano. El segundo, formado algo más tarde, hacia mediados del siglo XVIII, fue centrado en el cuerpo-especie, en el cuerpo transido por la mecánica de lo viviente y que sirve de soporte a los procesos biológicos: la proliferación, los nacimientos y la mortalidad, el nivel de salud, la duración de la vida y la longevidad, con todas las condiciones que puedan hacerlos variar; to-

dos esos problemas los toma a su cargo una serie de intervenciones y controles reguladores: una biopolítica de las poblaciones (Foucault, 2003, p. 168), (Benente, 2009, p. 3).

La acción y decisión de la biopolítica, es fomentar unas mejores condiciones a la sociedad civil, es decir procurar la vida, y para ello es admisible la superioridad de esta *nuda vida* sobre la razonabilidad de la norma, surgiendo ella en cada época con sus propias características, concepto y contexto de la vida. Se puede tomar como ejemplo el tema en estudio pues nuestro ordenamiento jurídico contemplo tipos penales que prohíben sacrificar esté derecho, pero en ciertos momentos se admite la excepción de este derecho, es decir se admite dar muerte con respaldo legal, lo cual no parece admisible dentro de la política de la biopolítica.

Entonces se hace necesario abordar otro concepto antagónico a la biopolítica, como es la tanatopolítica, vista como una opción de aplicar la muerte dentro de un Estado, siendo esta figura utilizada en pro de defensa de unos valores específicos, discriminatorios o vínculos comunitarios o de grupos reducidos que determinan que se debe proteger, para hacer admisible la muerte o las discriminaciones como válidas para mantener esas condiciones especiales y prevalente sobre los derechos de los demás, tal como lo concibe Benente (2009):

Es importante insistir en lo siguiente: si la comunidad lleva consigo el don de la muerte, si tal como sostenía Hobbes lo único que los hombres comparten en común es la posibilidad de darse muerte, lo que queda por hacer es inmunizarse por anticipado (Esposito, 2003, p. 41). Es, pues, dentro de esta lógica de la inmunización -necesariamente anticipada-que, permeada por el discurso racista, se entiende el pasaje (o correspondencia) entre la biopolítica y la tanatopolítica. Cuando el discurso inmunitario se cruza con el discurso racial resulta que la protección de una de las razas implica, para su conservación, el exterminio de las razas que la obstaculizan. Como sugiere Esposito en una poderosa frase, (e)l totalitarismo del siglo XX -sobre todo el nazi- señala el ápice de esta deriva tanatopolítica. La vida del pueblo alemán se convierte en el ídolo biopolítico al cual sacrificar la existencia de cualquier otro pueblo y en particular del pueblo judío que parece contaminarla y debilitarla desde adentro. Nunca como en este caso, el dispositivo inmunitario señala una abso-

luta coincidencia entre protección y negación de la vida. El potenciamiento supremo de la vida de una raza, que se pretendepura, es pagado con la producción de la muerte a gran escala. (Esposito, 2006, p. 12), (Benente, 2009, p. 8).

Es admisible en este punto afirmar que la tanatopolítica es un mecanismo eficaz, pero oscuro de la biopolítica, ya que es volver al poder sobre la nuda vida, como en esencia es y se materializa en la expresión "*hacer vivir o dejar morir*".

### Despenalización del Aborto

Es el momento de examinar que argumentos contemplo la Corte Constitucional, para la despenalización del aborto, en esta decisión judicial es el ejercicio de un estado de excepción, y concreción de la expresión "*hacer vivir o dejar morir*", resaltamos los siguientes apartes de la sentencia C-355 de 2006:

8.2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal. (...) No obstante, esto no quiere decir que se trate de un derecho que carezca de sustancia o cuyo contenido sólo sería posible delimitarlo a partir de sus restricciones; por el contrario, el contenido del derecho está vinculado al ámbito de decisiones propias del individuo, las cuales constituyen su plan de vida o su modelo de realización personal. A lo largo del tiempo, la jurisprudencia constitucional ha identificado un ámbito de conductas protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre las que cabe mencionar por su importancia para el caso objeto de examen, los que se enuncian a continuación. (...) El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una "opción de vida" que corresponde al fuero interno de cada mujer<sup>77</sup>. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre,<sup>78</sup> así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. En ese orden de ideas, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un



contrato de trabajo etc.) resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional.

(...)

8.3. La salud, así como la vida y la integridad de las personas, como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal. (...) El derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas supone por una parte contar con la información necesaria para adoptar decisiones de esta naturaleza y en esa medida está estrechamente relacionado con el derecho a una educación sexual adecuada y oportuna, adicionalmente "protege a las personas de la invasión o intrusión no deseada en sus cuerpos y otras restricciones no consensuales a su autonomía física. (...) En conclusión las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter penal. Por otra parte la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional. Así mismo, el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Estas premisas llevaron al establecimiento de la tres hipótesis en las cuales no es admisible la punibilidad por la práctica del aborto, tal como se explicó anteriormente.

Para lograr establecer la excepción de un derecho absoluto como es la vida, en dicho fallo se afirma que no se puede entrar a definir el instante o en qué momento existe o se predica la vida:

[D]eterminar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuesta, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica,

la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Como consecuencia de esta falta de determinación, se pasa de lo normal de la prohibición del aborto a lo anormal del aborto en las excepciones planteadas y se alega garantizar con esta decisión, la legalidad de causar muerte, siendo este un ejercicio del estado de excepción tal como lo advierte Agamben (2010).

Para lograr tal propósito la Corte Constitucional, desconoce en la sentencia objeto de estudio, la existencia del derecho a la vida, pues se dice que es una construcción reciente, es decir considera que antes de la Constitución política de Filadelfia de 1776, y de la segunda guerra mundial, este derecho no estaba contemplado de manera escrita, y ello da lugar a creer que solamente tiene relevancia en estos tiempos y es una construcción nueva, lo cual no es cierto, pues nuestros antecedentes jurídicos, como es el derecho romano, tenían concepciones de la vida predicada de la persona y no del concepto abstracto de ser humano, pues ello se ve en los hechos de reconocer amparo especial al pater familia sobre la vida en gestación, por ello se considera equivocado lo dicho frente a la vida:

La consagración de la vida como derecho fundamental y como un bien que goza de protección constitucional es relativamente reciente en la historia del constitucionalismo occidental. En efecto, las primeras constituciones escritas y declaraciones de derechos de los siglos XVIII y XIX omitieron hacer referencia a la vida; su inclusión en los catálogos de derechos es por lo tanto un fenómeno relativamente reciente que data de finales de la Segunda Guerra Mundial y que a su vez está ligado a su progresivo reconocimiento en el marco del derecho internacional de los derechos humanos (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

El estado de excepción aplicado por la Corte, se construye a través de varias premisas de índole histórico y normativo nacional e internacional. Se comienza por separar el concepto de cuándo hay vida, y la categoría de persona, pues la intención de separar (i) cuándo hay vida, y el derecho a la vida de la persona,

tiene un propósito y una finalidad distinta, se debe considerar que el alcance y gozo del derecho a la vida y la vida debe reposar en la persona conjuntamente. Seguidamente se dice en la sentencia que se debe reconocer la protección de los nasciturus, pero no de manera plena, ya que considera que la penalización del aborto, sin excepciones algunas, es una extralimitación del legislador dentro de su libertad de configuración en materia penal, y plantea en el fallo que el aborto es un tema de política pública, y no debe ser un tema exclusivo del derecho penal.

Con lo dicho por la Corte, se podría decir que estamos en presencia de una modalidad de tanatopolítica frente a los nasciturus o mejor de biopolítica ante los derechos de las mujeres, tal como se desprende de la sentencia, en el siguiente aparte:

Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.

De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres. (Corte constitucional, 2006).

En su proceso de desconocer el derecho de la vida de que es titular el nasciturus, por parte de la Corte, se predica que las penas establecidas en los delitos de genocidio y apología del genocidio, son mucho más graves y elevadas que el propio homicidio, lo cual demuestra que el derecho a la vida, es menos importante. Pero ello no es cierto, pues lo que ocurre es la connotación social de estos delitos contra toda la humanidad y la sociedad civil, pues estas conductas buscan exterminios con propósitos de grandeza carente de sentido. No se puede entender que la penalización de esas son demostraciones de la inferioridad

y relatividad del derecho a la vida, como lo pretende hacer ver la Corte, para justificar la ponderación en la sentencia C-355 de 2006.

Siguiendo con su tarea de negar la importancia del derecho a la vida, en el escenario de la despenalización del aborto, se ve como el fallo describe los diferentes instrumentos internacionales, y afirma categóricamente la falta de precisión desde que momento en que existe vida, sin que ello sea tan cierto pues se considera el derecho a la vida desde la concepción, como lo indica la misma sentencia:

Por su parte, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a pesar de que carece de un instrumento específico de protección a la niñez, consagra el derecho a la vida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición que tiene el siguiente tenor:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Alegando lo relativo y no absoluto del derecho a la vida, se justifica la ponderación, pero sin que el núcleo esencial del derecho a la vida, es decir la determinación del inicio de la vida, es ignorado, lo cual trae como consecuencia no tenerlo en cuenta esta categoría en el ejercicio de ponderación realizado por la Corte, y también se da una negación del peso abstracto, la carga de la argumentación y la modificación de la fórmula de peso, lo que seguramente fue dado no lugar al fallo objeto de estudio, dada la importancia que tiene este en cualquier ordenamiento y siendo una regla que permite dar seguridad lo más seguro sería que la excepciones planteadas en el fallo no tendrían nacimiento como ocurre actualmente.

Se observa que en el presente fallo, la carga de la argumentación a utilizar en la ponderación efectuada, será bajo la máxima del primer estadio planteado por Robert Alexy, es decir, la libertad jurídica y la igualdad jurídica, ya que lo abordado en la sentencia arroja un empate, como se ve en el siguiente aparte de la decisión:

Desde esta perspectiva, es claro que ninguno de los derechos consagrados en la Convención

pueden tener un carácter absoluto, por ser todos esenciales a la persona humana, de ahí que sea necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos. La Convención tampoco puede ser interpretada en un sentido que lleve a la prelación automática e incondicional de un derecho o de un deber de protección sobre los restantes derechos por ella consagrados, o protegidos por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ni de una manera tal que se exijan sacrificios irrazonables o desproporcionados de los derechos de otros, porque de esta manera precisamente se desconocería su finalidad de promover un régimen de libertad individual y de justicia social. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Implica que la Corte, se quedo con el primer momento de Robert Alexy en relación con la carga de la argumentación planteada en su obra "Teoría de los derechos fundamentales", pues como lo explica Bernal "...defiende la existencia de una carga argumentación a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, que coincidiría con la máxima *in dubio pro libertate*" (Bernal, 2005, p. 103).

Siguiendo con el objetivo de restar importancia al derecho a la vida de los no nacidos, la Corte busca y construye lo relativo al derecho, y consecuencialmente por qué el derecho penal contempla unas descripciones en contra el aborto, afirmando que es una limitación extrema a los derechos de la mujer, como ignorando la categoría de persona, y convirtiendo la persona en gestación en una cosa, un apéndice de la mujer, y limitando plenamente el goce de sus derechos tal y como se describe en este aparte:

En conclusión, de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado.

Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia consti-

tucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Con el fin de seguir reafirmando la importancia de los derechos de las mujeres, se trae una reseña historia de todas las victorias a favor de la mujer, por los diferentes actos que las pusieron en una situación de indefensión, pero no se aborda en nada el estado de indefensión del no nacido. Se comienza a hacer una afirmación de creación de duda, siendo ello una práctica propia del estado de excepción, afirmando que lo descrito en las normas constitucionales e internacionales demuestran que no se ordena la despenalización del aborto, pero tampoco su prohibición, dejando la tarea en manos del legislador, es decir es una facultad del Congreso la libertad de penalizar o no el aborto, lo cual se infiere en el siguiente aparte:

No obstante, de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Se advierte por parte de la Corte, que el legislador tiene limitación en la libertad de legislar en materia del aborto, dando lugar a la creación de una política de muerte, es decir un reflejo de la tanatopolítica, utilizando como bandera los derechos de la mujer a la sexualidad, libre desarrollo de la personalidad, salud, y otros derechos, para determinar si se afecta o no los derechos del nasciturus, como lo concluye la Corte:

En conclusión, el legislador penal cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales

límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexión con la vida y la integridad de las personas. Como sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución de los problemas jurídicos planteados en este proceso, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del nasciturus, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

La Corte, se preocupa en desconocer los derechos de los nasciturus, a tal punto de afirma que es inconstitucional de manera absoluta la contemplación del tipo penal del aborto, pues esta norma se extralimita en la limitación de los derechos de la mujer embarazada:

Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

La Corte describe que el resultado de la aplicación de la ponderación, ha dado lugar a la decisión de constitucionalidad condicionando el aborto, sin cerrar la oportunidad de que el Estado a través de una política pública considere contemplar otras situaciones como no abortivas, como se desprende de la parte final de la decisión:

Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada esta Corporación concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y que por lo tanto el artículo 122 del Código Penal es exequible a condición de que se excluyan de su ámbito las tres hipótesis anteriormente mencionadas, las cuales tienen carácter autónomo e independiente.

Sin embargo, acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública.

Para todos los efectos jurídicos, incluyendo la aplicación del principio de favorabilidad, las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos por esta protegidos no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno.

Lo anterior no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión.

Debe aclarar la Corte, que la decisión adoptada en esta sentencia, no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta oportunidad, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que puedan acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Aunque la Corte declara el triunfo de la ponderación, para resolver la tensión de los derechos fundamentales en dicha decisión, es claro que no hay forma alguna de decir que esta práctica sea la más segura y confiable, pues como se plantea por parte de Bernal (2005) se pueden presentar subjetivismos en la aplicación de la ley de ponderación, el peso abstracto de los principios, las premisas empíricas y mucho más en el uso de la carga de la argumentación, pues la formación



del juez, tiene una influencia directa en la escogencia entre *in dubio pro libertate* o *in dubio pro legislatore*.

Con esta posición se abre un espacio de creación de un límite entre la vida y la muerte, es decir se entrega a un estamento del Estado la posibilidad de sacrificar la vida del no nacido como lo ejemplariza Agamben (2010), cuando aborda el tema del espacio que disponen los médicos en los estados de coma, para considerar en que momento ya no hay vida, lo cual se simplifica con una norma médica, ratificando esa condición de muerte o vida, lo mismo ocurre con las tres hipótesis contemplada en la sentencia reseñada.

Tal como lo contempla Agamben (2010). Así:

Lo anterior lleva consigo la posibilidad de intervenir sobre el falso vivo. Solo el Estado puede y debe hacerlo... Los organismos pertenecen al poder público: se nacionaliza el cuerpo (les organismes appartiennent a la puissance publique: on nationalise le corps) (idíd). Ni Reiter ni Verschuer habían ido nunca tan lejos en el camino de la politización de la nuda vida; pero (signo evidente de que la biopolítica ha traspasado un nuevo umbral) en las democracias modernas es posible decir públicamente lo que los biopolíticos nazis no se atrevían a decir (Agamben, 2010, p. 205).

La determinación de la nuda vida transformada en muerte, es aplicable también en el caso del aborto en las condiciones exceptivas, es una forma de comprender el manejo que se hace por parte del Estado de la vida.

La opción de la protección de la vida y penalización del aborto, se puede tener como una influencia o regla de la biopolítica, y el admitir el aborto sin penalización sería una forma de tanatopolítica o será que la despenalización del aborto en las hipótesis fijados en la sentencia son expresiones de biopolítica, pero como ese lado oculto para seguir gobernado la nuda vida.

La contemplación de los derechos del libre desarrollo de la personalidad de la mujer, la libertad sexual y reproductiva de la mujer, y de la vida de ella y la viabilidad del feto, y sumado a esto la falta de determinación de la existencia de la vida y su ejercicio, crearon el escenario descrito por Agamben (2010):

Todo transcurre como si tanto el derecho como el *logos* tuvieran necesidad de una zona anómica (

o alógica) de suspensión para poder fundar su referencia al mundo de la vida. El derecho aparece para poder subsistir sólo a través de una captura de la anomia, así como el lenguaje puede subsistir sólo a través de un sostén no lingüístico. En ambos casos, el conflicto parece girar en torno a un espacio vacío: anomia, *vacuum* jurídico por un lado, ser puro, vacío de toda determinación y de todo predicado real, por el otro. Para el derecho, este espacio vacío es el estado de excepción como dimensión constitutiva. La relación entre norma y realidad implica la suspensión de la norma, así como, en la ontología, la relación entre lenguaje y mundo implica la suspensión de la denotación en la forma de una lengua (Agamben, 2010, pp. 114-115).

Y en con ese espacio, vacío o laguna, se hizo uso de la teoría de la ponderación de derechos contemplado por el doctrinante Robert Alexy, recogida en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, y en otros escritos del mismo autor, tal como lo reseña el tratadista nacional Bernal (2005). El uso del test se hace cuando se presenta un empate en las cargas argumentativas que tienen los diferentes derechos en cuestión, en los cuales se hace uso de tres etapas: (i) La ley de la ponderación, (ii) La fórmula del peso, y (iii) La carga de la argumentación. Pero lo curioso es que esta teoría tiene dos estadios, el *primero* en el cual se apoya el sacrificio de derechos absolutos partiendo de que siempre se debe resolver a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, y en el *segundo* este tipo de tensiones o colisiones de derechos se deben resolver en la primacía de lo que la democracia refleja en el contenido de la norma que el legislador ha creado por provenir de un triunfo de la democracia, situación ignorada por la Corte del segundo estadio planteado por Alexy, y dar aplicación al primer estadio, se una evidencia y refutable de la inadecuado aplicación y manejo de la ponderación, con el único propósito de dar cabida una regla en pro de la de negación de indicar con precisión cuándo hay vida, y consecuentemente la no atribución de derechos fundamentales de los no nacidos.

En lo asimétrico de los estadios de la teoría de la ponderación se da lugar a dos posibles soluciones del problema jurídico planteado en el fallo en estudio, pero el uso arbitrario del primer estadio desplazo todo el derecho a la vida e ignoró su importancia, siendo ello agravante y afirmación de lo indebido de la aplicación de la ponderación en este caso y perfeccionado

en el estado de excepción, reseñado por Agamben (2010), en su obra que tiene el mismo título.

El hecho de no hacer uso del segundo estadio de Robert Alexy en la ponderación, es a nuestro parecer una aplicación de la Biopolítica del hombre-especie, como lo estudia Michael Foucault.

Pero como se hizo uso del primer estadio, el cual sirvió para limitar la nuda vida, es decir dar lugar la tanatopolítica o será un reflejo o actuar oculto de la biopolítica.

## CONCLUSIÓN

La aplicación del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, da lugar a relativizar los derechos fundamentales, y no seguir afirmando lo absoluto de los derechos, para lo cual se hace uso de la ponderación la cual trata de determinar cual de los derechos en conflicto o tensión prevalece con el único propósito de optimizar los principios que rigen en un estado social de derecho, cambiando la concepción dada por el estado de derecho de lo absoluto de los derechos fundamentales y la prelación del interés general frente al particular, situación que se convierte en el punto de inflexión en materia de derechos absolutos e interés general pasando a relatividad de los derechos y búsqueda de optimizar los intereses particulares, como una forma de garantizar la dignidad humana.

El control de constitucionalidad realizado por parte de la Corte que dio origen a la sentencia C-355 de 2006, la decisión de excluir de la tensión, el núcleo esencial del derecho a la vida, consistente en determinar desde que momento hay vida, ello implica una indebida aplicación de la ponderación, lo cual fue conveniente como se demostró, para lograr la despenalización del aborto en las situaciones indicadas en la sentencia.

Al establecer las tres excepciones de la punibilidad del aborto:

- (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo

fecundado no consentidas, o de incesto. (Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006).

Alegando la protección de otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad, los derechos reproductivos de la mujer y la igualdad, se puede entender como una forma de tanatopolítica, pues lo materializado por este estamento judicial frente a la renuncia de lo absoluto del derecho a la vida de los no nacidos, y dando sus reglas exceptivas, es un ejemplo de poder sobre la *nuda vida*, pero no es tanatopolítica, es algo propio de la biopolítica. Lo contraria sería, si la despenalización del aborto, es absoluta, pues ello es una práctica propia de la tanatopolítica.

El hecho de contemplar varias condiciones como: Un ausente plan de cobertura en salud a toda la población; admitir el homicidio por piedad; la eutanasia, o el derecho a morir dignamente, y el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo atribuyéndoles la cualificación de derechos fundamentales, provienen de la biopolítica y no de la tanatopolítica, pues esta última es la materialización de lo oscuro de la primera.

La forma de llevar acabo esta práctica de despenalización del aborto es una forma estado de excepción, ya que no siempre debemos entender por éste el que proviene o se manifiesta en las declaratorias de emergencia o urgencia de situaciones que afecten el orden público, situación exterior o en los aspectos económicos, ecológicos o ambientales, sino también cuando se hace uso de ciertas normas o decisiones judiciales para suspender, derogar o subrogar la vigencia de otra disposición, sin la existencia de esa emergencia, como sucedió en el presente caso; predicando una colisión de derechos fundamentales con iguales cargas argumentativas y desconociendo su peso e importancia arguyendo evasivamente que no es objeto de ese tipo de decisiones, para luego, fijar el momento en que se considera el inicio de la vida omitiendo la falta de regulación del mismo, crea un vacío, siendo ello la condición necesaria del estado de excepción.

Esa situación de exclusión del derecho a la vida, en la colisión planteada en el fallo es la configuración del estado de excepción alegando que es una forma de protección de la nuda vida; sin embargo, este proceder de la Corte Constitucional, es un claro ejercicio de la mano oculta de la biopolítica, para generar una zona de manipulación o manejo de la vida y la tanatopolítica.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agamben, G. (2010). *Estado de Excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Agamben, G. (2010). *Homo Sacer: El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-texto.
- Agamben, G. (2010). *Lo que queda de Auschwitz*. Valencia: Pre-texto.
- Alexy, R. (2010). *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Arendt, H. (2011). *La condición humana*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- Barreto, A. H. (2003). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, P. C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, P. C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Bernal, P. C. (2008). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benente, M. (2014). De la biopolítica al campo. *Nómaditas*. Revista Crítica de Ciencias Sociales. 1, 21. 08 de Marzo de 2014. Disponible en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/21/maurobenente.pdf>
- Carbonell, M. (2007). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, M. y García, J. (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Constitución Política de Colombia, [C. P.], julio 6 de 1991. (Colombia).
- Corte Constitucional colombiana. Exp: D. 6122, 6122 y 6124, C-355. (M. P. Araujo Rentería, Jaime y Vargas Hernández, Clara Inés: 10 de Mayo de 2006). Colombia.
- Ferrari, V. (2012). *Derecho y sociedad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Finnis, J. (1980). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-perrot.
- Foucault, M. (2012). *Un diálogo sobre el poder*. Madrid: Alianza Editorial.
- Foucault, M. (2008). *La verdad y las formas de justicia*. Barcelona: Gedisa editorial.
- García, J. A. (2010). *El derecho y sus circunstancias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López, D. (2008). *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Editorial Temis, Universidad de los Andes.
- López, D. (2007). *El Derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis S. A., Universidad de los Andes.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura Jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis S. A., Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia.
- Maritain, J., Duhamel, G. y Okinczyc, J. (1949). *La defensa de la persona humana, traducido por Antonio Sancho*. Madrid: Ediciones Stvddivm de Cultura, 1949.
- Maritain, J. (1938). *Breve tratado acerca de la existencia y lo existente*. Buenos Aires: Ediciones Desclée de Brouwer.
- Mejía, O. (2013). *Derecho alineación e ideología*. Bogotá: Ibañez.
- Montealegre, E. (2008). *La ponderación en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Peña, J., Triana, A. y Soto, C. (2012). El derecho a la vida de los no nacidos. *Revista Magistro*. V. 6(11). pp. 87-99.
- Rabinovich, R. D. (2013). *¿Cómo se hicieron los derechos humanos?* Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Rodríguez, C. (2005). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.