

**LA JUSTIFICACIÓN DE LA EUTANASIA INFANTIL:  
APORÍAS DESDE EL *INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO*.  
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA T-544 DE 2017**  
*The justification of child euthanasia:  
Contributions from the superior interest of the child  
Regarding Decision T-544 of 2017*

Ilva Myriam Hoyos Castañeda<sup>1</sup>

Recibido: 28 de febrero de 2019

Aprobado: 15 de mayo de 2019

**Resumen:** El propósito del presente trabajo consiste en analizar, desde una perspectiva crítica y en el marco de la decisión que reconoció la llamada eutanasia infantil (Sentencia T-544 de 2017), la manera como la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional interpretó y aplicó en esta decisión judicial el interés superior del niño y cuál fue el peso que se le otorgó en la argumentación y en la decisión.

**Palabras claves:** Eutanasia; Corte Constitucional; Derechos del niño; Interés superior del menor.

**Abstract:** The purpose of this paper is to analyze, from a critical perspective and within the framework of the decision that recognized the so-called infantile euthanasia (Decision T-544 of 2017), the manner in which the Fifth Chamber of Review of the Constitutional Court interpreted and it applied in this judicial decision the best interest of the child and what was the weight that was granted to him in the argumentation and in the decision.

1 Ex Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Correo electrónico: ihoyos.proc@gmail.com.

**Keywords:** Euthanasia; Constitutional court; Children's rights; Higher interest of the minor.

**Sommario:** Lo scopo di questo lavoro è quello di analizzare, da una prospettiva critica e nell'ambito della decisione che ha riconosciuto la cosiddetta eutanasia infantile (Sentenza T-544 del 2017), il modo in cui la Quinta Sezione di revisione della Corte costituzionale ha interpretato e ha applicato in questa decisione giudiziaria il miglior interesse del bambino e qual è stato il peso che gli è stato concesso nell'argomentazione e nella decisione.

**Parole chiave:** Eutanasia; Corte costituzionale; Diritti dei bambini; Maggiore interesse del minore.

Para citar este texto:

Hoyos Castañeda, I. M. (2019). "La justificación de la eutanasia infantil: Aporías desde el *interés superior del niño*. A propósito de la Sentencia T-544 de 2017", *Prudentia Iuris*, N° 87, pp.

## A manera de introducción

En 2017, Colombia pasó, a través de una decisión de amparo (acción de tutela) de la Corte Constitucional, a ser el tercer Estado en el mundo en aceptar la eutanasia infantil, a través de la figura del "derecho a la muerte digna", que ya tenía precedente en las legislaciones de Holanda (2001) y Bélgica (2014).

Con esta decisión se continuó un proceso, especialmente de carácter judicial, iniciado por ese Alto Tribunal veinte años atrás (1997) y que ha tenido su desarrollo en una sentencia de constitucionalidad y en seis sentencias de tutela, las que, si bien son todas relativas a la eutanasia, no son coincidentes entre sí; proceso también de carácter administrativo por la reglamentación expedida.

La Sentencia de constitucionalidad (C-239 de 1997) reconoció "el derecho a morir dignamente"<sup>2</sup>, declaró exequible de manera condicionada la

2 La Corte consideró: "El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP, art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto". Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1997 (M. P. Carlos Gaviria Díaz; S. V. José Gregorio Hernández; S. V. Vladimiro Naranjo Mesa; S. V. Hernando Herrera Vergara; A. V. Eduardo Cifuentes Muñoz; A. V. Jorge Arango Mejía y Carlos Gaviria Díaz).

norma del Código Penal relativa al homicidio por piedad (artículo 326<sup>3</sup>), por considerar que, a pesar de la omisión normativa absoluta, (i) “en el caso de los enfermos terminales” y (ii) si concurre “la voluntad libre del sujeto pasivo del acto”, (iii) “no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor” porque “la conducta está justificada” (primer resuelve). Con base en este precedente judicial, proferido por la Sala Plena, en ejercicio del control abstracto de las normas legales, las sentencias de tutela, en las que la Corte ha actuado como tribunal de cierre a través de las respectivas Salas de Revisión, han desarrollado, ampliado y, en algunos casos, modificado la sentencia-hito de 1997 sobre “el derecho a la muerte digna”.

La finalidad de este escrito no radica, sin embargo, en presentar las etapas más relevantes del camino o tránsito jurídico entre la despenalización condicionada del homicidio pietístico, el carácter fundamental del derecho a morir dignamente y del derecho de los niños a la muerte digna, que sería tanto como desarrollar el *iter* de la “pendiente resbaladiza”<sup>4</sup> de la eutanasia en Colombia.

Su propósito es otro: consiste en analizar, desde una perspectiva crítica, y en el marco de la decisión que reconoció la llamada eutanasia infantil (Sentencia T-544 de 2017<sup>5</sup>), la manera como la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional interpretó y aplicó en esta decisión judicial *el interés superior del niño* y cuál fue el peso que se le otorgó en la argumentación y en la decisión. Principio dinámico, abierto, mandato de optimización, que, si bien otorga al juez constitucional un amplio “margen de apreciación”, le compromete aún más en el deber de *fallar justificadamente*, porque toda decisión judicial exige estar correctamente justificada tanto por su forma (estructura lógica) como por su fondo (fuerza o peso de las premisas o de las razones judiciales).

El razonable “margen de apreciación” impone al juez una exigencia de razonar suficientemente, de soportar en premisas las razones y, de ser posible, las buenas razones –consistentes, plausibles, convincentes– de sus deci-

3 El texto de la norma acusada fue el siguiente: Decreto N° 100 de 1980. “Artículo 326. *Homicidio por piedad*. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”.

4 Este proceso podría explicarse a través del argumento de la “pendiente resbaladiza” o del “plano inclinado”, que puede sintetizarse en la siguiente fórmula: Si se da un paso por una pendiente resbaladiza será muy difícil volver atrás o quedarse en ese punto y evitar caer en fondo. Por lo tanto, si no se quiere ese resultado, no se debe dar el primer paso en esa dirección. O, para decirlo en forma más gráfica: si se da el paso A, que es el límite de la pendiente, se darán los pasos B, C, D...Z, que llevan hasta el fondo de la pendiente.

5 Corte Constitucional, Sentencia T-544 de 2017 [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. La Sala Quinta la integraron Iván Humberto Escrucería Mayolo (M. E.) y Cristina Pardo Schlesinger, con aclaración y salvamento parciales de voto]. Se citará Sentencia T-544 de 2017.

siones, porque a través de ellas se resuelven problemas jurídicos concretos y se actualizan bienes (derechos) para la persona o las personas.

Estimo necesario insistir en esta tesis que sirve de premisa para el desarrollo de este artículo: la actividad judicial no está exenta, porque es de carácter libre (actividad de índole racional y volitiva), de ese “margen de apreciación” tanto respecto de los hechos como de las fuentes jurídicas. Pero en tanto actividad reglada, el juez tiene que fallar con base en el ordenamiento jurídico y teniendo en cuenta la misma estructura de la interpretación y determinación del Derecho, como medios para la realización de la justicia. Los jueces, por tanto, deben dar cuenta de las razones a través de las cuales adoptan una decisión judicial; razones que han de estar enmarcadas en las particularidades del caso, examinando de la mejor manera posible la situación fáctica, pero también dando cuenta de las razones jurídicas que les sirven para valorar la realidad desde la perspectiva de la justicia y *dar a cada uno lo suyo*, así como actuar con prudencia jurídica, entendida como la *recta razón en el obrar jurídico*<sup>6</sup>. Ese razonable “margen de apreciación” no puede, en consecuencia, confundirse con una arbitraria “discrecionalidad judicial”, así sea presentada a través de una habilidosa argumentación que le sirve de mero ropaje al fallo proferido.

Por eso resulta significativo determinar y evaluar el proceder de los jueces y, en orden a esa finalidad, un medio puede ser conocer cómo justifican las decisiones en el plano eminentemente racional o si van más allá y se adentran en los supuestos mismos de las razones justificativas a través de la fundamentación de sus decisiones.

En el caso del llamado “derecho a la muerte digna”, o “derecho a morir dignamente”, o “derecho a morir con dignidad”, se torna mucho más compleja “la justificación” o “la fundamentación” cuando el sujeto pasivo de la acción eutanásica es una persona menor de edad, situación que exige una mayor carga argumentativa que justifique frente a un “caso difícil” una decisión justa. Si los jueces para sustentar sus decisiones deben ejercer una razonable motivación, ésta ha de tener una mayor intensidad en el caso de las personas menores de edad no sólo para generar legitimidad en la decisión, sino para garantizar que a los niños se les otorgue un tratamiento prevalente, por ser sujetos de especial protección *iusconstitucional*, *iusconvencional*, así como *iusfundamental*.

En este sentido, recurrir a los principios como criterio de evaluación del proceder judicial, en este caso, el *interés superior del niño* no debe resul-

6 Sobre este tema confrontar: Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires. Marcial Pons Argentina.

tar extraño, porque si los principios son exigencias de justicia, este principio ha de expresar en un caso concreto la mejor y mayor realización humana. Intentar, por tanto, valorar la determinación y el proceder de la Corte Constitucional en su decisión de extender el derecho de la muerte digna a los menores de edad es una manera de adentrarse en “la justificación” o en “la fundamentación” de esta decisión judicial; pero también un medio para dar a conocer esas razones, porque las reglas de conducta que se adoptan en los fallos judiciales no sólo deben ser susceptibles de ser *razonadas*, sino que esas *razones* deben ser susceptibles de ser *comunicadas* y esas mismas razones deben ser susceptibles de ser *controvertidas*.

Para conocer cuál es la vía recorrida por la Sala de Revisión hay que adentrarse en la Sentencia T-544 de 2017. Para tal efecto, presentaré, de manera inicial, unas consideraciones sobre el principio del interés superior del niño para determinar los criterios de evaluación y así procurar entender cómo se argumentó y justificó la decisión respecto de la eutanasia infantil. Posteriormente, analizaré la situación fáctica y el *iter* argumentativo en relación con el *interés superior del niño* para evaluar la “justificación interna” y “la justificación externa” de la decisión. Concluiré presentando algunas de las aporías de ese cuestionado y controvertido fallo.

## 1. De vuelta sobre el interés superior del niño

Reconociendo que el *interés superior del niño* puede abordarse desde perspectivas diversas, y que es necesario precisar, a través de las cuales se evaluará la Sentencia T-544 de 2017, presentaré, de manera muy sucinta, algunas consideraciones respecto a la manera cómo este principio ha sido interpretado en la Convención sobre los Derechos del Niño, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la legislación colombiana, con la finalidad de determinar cuáles son las notas o características esenciales en la decisiones que con base en él se adopten.

### ***a) De nuevo sobre los alcances del interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño***

El enunciado normativo “interés superior del niño” fue introducido, primero, en las legislaciones domésticas (Francia, Italia y Reino Unido)<sup>7</sup> y,

7 Ravetllat Ballesté, I.; Pinochet Olave, R. (2015). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3, 903 y sigs.

posteriormente, se inició el proceso de su recepción a nivel internacional, de manera muy incipiente, en la Declaración de Ginebra (1924), mencionado formalmente en la Declaración de los Derechos del Niño (1959), y finalmente reconocido y desarrollado como uno de los principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)<sup>8</sup>, eje axial de esta Convención, interpretado y desarrollado ampliamente en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013)<sup>9</sup>, que desarrolló el artículo 3.1 de la citada Convención.

*Interés superior* entendido como “concepto dinámico”<sup>10</sup> y que debe evaluarse adecuadamente en cada caso concreto. Su objetivo “es el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Constitución y el desarrollo holístico del niño”<sup>11</sup>. Y como la Convención no establece una jerarquía de derechos, ningún derecho debe ser perjudicado por una interpretación negativa de este concepto.

El *interés superior del niño* es, a su vez, (i) un *principio interpretativo fundamental*, en el sentido de que “si una disposición jurídica admite más de una interpretación se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”<sup>12</sup>; (ii) un *derecho sustantivo* del niño para que sea no sólo “una consideración primordial” sino, más bien, “la consideración primordial”<sup>13</sup> al evaluar, analizar, juzgar y adoptar las decisiones a través de las cuales se decida en sede jurisdiccional o administrativa la cuestión debatida; (iii) un *procedimiento* porque en el proceso de de-

8 El artículo 3.1. de la Convención establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

9 En esta Observación se precisó que el artículo 3º, párrafo 1, de la Convención, implica para los Estados Parte una triple obligación: (i) la de garantizar que este principio se “integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y [en] los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños”; (ii) la de velar porque “todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño y la importancia que se ha atribuido en la decisión”, y (iii) la de garantizar que este principio “se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño”. Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3º, párrafo 1). Se citará CRC C/GC/14.

10 CRC C/GC/14, párrafo 1.

11 CRC C/GC/14, párrafo 4.

12 CRC C/GC/14, párrafo 6 b).

13 CRC C/GC/14, párrafo 6 a).

terminación de las órdenes que la autoridad del caso deba impartir siempre “deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño”<sup>14</sup>.

De otra parte, en la citada Observación General N° 14, el Comité de los Derechos del Niño introdujo los conceptos de “evaluación” y de “determinación” como elementos determinantes del *interés superior del niño*, que ya eran usados en el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

La *evaluación o estimación del interés superior del niño* la entiende el Comité como la “actividad singular que debe realizarse en cada caso”<sup>15</sup>, que consiste en la contextualización de la situación concreta en la que está involucrado un menor de edad, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada niño que lo hacen único e irrepetible, como son su edad, sexo, grado de madurez, experiencia, contexto social y cultural en el que vive y se desenvuelve, o la calidad de la relación entre el niño y su familia, así como el entorno en relación con su seguridad. Esa singularidad y especificidad de cada caso, por lo demás, implica hacer énfasis en unos elementos sobre otros y, en todo caso, la autoridad competente deberá ponderar esos elementos con la finalidad de determinar en la situación específica cuál es la decisión acorde con ese interés.

La *determinación del interés superior del niño* es la “evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único. Ello conlleva a la utilización de algunos elementos y no de otros, e influye también en la manera en que se ponderarán entre sí”<sup>16</sup>. Lo que quiere decir que, en esta etapa, y en orden a la decisión que deba ser adoptada, deben ponderarse, analizarse y armonizarse las diversas situaciones con el fin de determinar cuál es en el caso concreto el *interés superior del niño*, siempre teniendo en cuenta su desarrollo físico, emocional, cognitivo y social para evaluar su nivel de madurez.

Ahora bien, en todo caso, en una y otra etapa, *la de la valoración y la de la determinación*, se deben ponderar los diversos elementos, dependiendo de la naturaleza del caso, ya que no todos tienen la misma pertinencia en una decisión concreta. Lo anterior, en tanto el Comité reconoce que “[e]l contenido de cada elemento variará necesariamente de un niño a otro y de un caso a otro, dependiendo del tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general”<sup>17</sup> y que la ponderación de los diversos elementos implica tener siempre presente que la valoración y la determinación del *interés superior del niño* está ordenada a garantizar el pleno y total disfrute de sus derechos fundamentales.

14 CRC C/GC/14, párrafo 6 c).

15 CRC C/GC/14, párrafo 48.

16 CRC C/GC/14, párrafo 49.

17 CRC C/GC/14, párrafo 80.

## ***b) De nuevo sobre el enunciado normativo “interés superior del niño” en Colombia***

Por su parte, en Colombia el *interés superior del niño* es de raigambre constitucional, en tanto se encuentra reconocido en el artículo 44, norma que define el alcance de los derechos de los niños<sup>18</sup>, que ha sido desarrollada ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir del reconocimiento de que los niños son personas titulares de derechos fundamentales y sujetos de protección constitucional reforzada, lo cual implica que la garantía, la protección y la efectividad de sus derechos debe constituir la finalidad esencial de toda aquella actividad pública o privada que les concierna.

Además, Colombia es signataria de la Convención sobre los Derechos del Niño y de otros Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que este principio también es reconocido, como, por ejemplo, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)<sup>19</sup>; Convenciones incorporadas al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley N° 12 de 1991 y la Ley N° 1.346 de 2009, respectivamente.

El *interés superior del niño* ha estado presente aún antes de que se expidiera la Ley N° 1.098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) y de que se regulara en esta normatividad. En efecto, la Corte Constitucional

18 Esta norma establece: (i) la *fundamentalidad expresa* de los derechos de los niños, no sólo los que se enuncian en el articulado, sino de los demás derechos de los que son titulares todas las personas y han sido reconocidos en la Constitución, en las leyes y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; (ii) la *titularidad* no sólo de los derechos enunciados en la norma, sino también de los que se encuentran reconocidos en la Constitución, las leyes y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia; (iii) la *protección* especial de los niños frente a riesgos prohibidos; (iv) la *obligatoriedad* de la familia, la sociedad y el Estado “de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”; (v) la *exigibilidad, el cumplimiento y el restablecimiento* de los derechos de los niños por parte de cualquier persona y la solicitud de sanción para quienes hayan amenazado o vulnerado sus derechos; y (vi) la *prevalencia de sus derechos*.

19 Esta Convención reconoce el principio del *interés superior del niño* en la siguiente forma: “Artículo 7°. *Niños y niñas con discapacidad*. 1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño. 3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.

ya lo había considerado como “un concepto de suma importancia”<sup>20</sup>, y que, a pesar de su carácter eminentemente abstracto y su alto grado de indeterminación, es esencial para asegurar la protección integral de los derechos del niño y en diversos pronunciamientos fue precisando su contenido.

Tal es el caso de la Sentencia T-408 de 1995, en donde determinó, acogiendo la doctrina de esa época, aunque esa interpretación ha permanecido invariable en su jurisprudencia, sus notas esenciales, las que sintetizó así: (i) *real*, es decir, debe hacer relación a las particulares necesidades y las especiales aptitudes físicas y psicológicas del niño; (ii) *independiente* del criterio arbitrario de los demás; (iii) *relacional*, “pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio”; y (iv) *bien* porque “tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor [de edad]”<sup>21</sup>.

En esa misma línea, más recientemente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-683 de 2015, ha insistido en la tesis de que *interés superior del niño*, como criterio hermenéutico de naturaleza real y relacional, debe tener en cuenta las circunstancias de cada caso y de cada niño particular, así como aquéllas en las que se configure una colisión de derechos, que debe ser resuelta considerando el contenido y la ponderación de ese interés. En un esfuerzo por sistematizar la jurisprudencia constitucional, la Corporación fijó dos criterios para identificar cuándo puede estar involucrado ese principio y cómo debe orientarse el análisis y la resolución de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales del niño, a saber: (i) *las condiciones jurídicas* o “pautas fijadas en el ordenamiento encaminadas a promover el bienestar infantil (principio *pro infans*)”<sup>22</sup> y (ii) *las condiciones fácticas* o “las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso individualmente considerado”<sup>23</sup>.

Ese también es el alcance que se le da en el artículo 8° la Ley N° 1.098 de 2006, que define el *interés superior del niño* como el “imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Asimismo, en esa normativa se reconoce el carácter de criterio de interpretación y aplicación para la protección integral del niño (artículo 7°); se positiviza, en caso de conflicto entre las normas aplicables, el principio de favorabilidad en la determinación de la prevalencia de sus derechos (artículo 9°).

20 Corte Constitucional, Sentencia T-408 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

21 *Ibidem*.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2015 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

23 *Ibidem*.

De esta forma, el *interés superior del niño*, al que también la Corte Constitucional le ha reconocido su dimensión de principio, derecho y procedimiento<sup>24</sup>, tiene “una caracterización jurídica específica”<sup>25</sup>, que consiste, por una parte, en el reconocimiento al niño de la titularidad de derechos fundamentales, su condición de ciudadano, en un contexto especial de protección integral y en el marco de un Estado Social y de Derecho, que vincula a la familia y a la sociedad en el desarrollo equilibrado de su personalidad que le permita, en un ambiente de respeto, cuidado y ayuda, el disfrute pleno y efectivo de los derechos de los que es titular, así como la armónica convivencia en la sociedad; pero también es una exigencia o un imperativo, que internacionalmente obliga al Estado, para que las autoridades judiciales o administrativas integren, interpreten, apliquen, ponderen y armonicen este interés de manera sistemática en todas las medidas o decisiones que conciernan o afecten a los niños.

Ahora bien, si para precisar ese *interés superior* en un caso concreto deben tenerse en cuenta las *etapas de evaluación* y de *determinación*, así como sus *condiciones fácticas y jurídicas*, que forman parte de lo que el Comité de los Derechos del Niño y la Corte Constitucional han reconocido como la dimensión procedimental de este principio, esas etapas y condiciones corresponden a la exigencia de que los jueces deben fallar justificadamente, con lo cual si no se da una justificación correcta, adecuada o suficiente, se desconoce el *interés superior del niño* y, por ende, se afecta su dimensión de principio y de derecho.

De ahí que la justificación de una decisión judicial o administrativa respecto de un niño, que tiene una protección reforzada, resulta ser especialmente exigente, porque el *deber de fallar justificadamente* es una exigencia del *interés superior del niño*, que implica ser especialmente riguroso en lo que la doctrina ha llamado “la justificación interna”, ordenada a buscar que el razonamiento judicial se muestre “como producto de un ejercicio coherente o lógico”<sup>26</sup> y también en “la justificación externa” en la que, además, ese razonamiento dé “cuenta debidamente de las fuentes jurídicas y de sus respectivos puntos de apoyo por medio de los cuales se conceden derechos o atribuyen obligaciones”<sup>27</sup>. Para ello, es necesario conocer cuál es la estructura del razonamiento judicial, la coherencia entre las premisas y sus conclusiones; pero también analizar las razones sustantivas en apoyo de cada una de esas premisas, porque la justificación en materia judicial, mucho más si compromete a un niño, “apunta a que las decisiones judiciales

24 Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 2017 (M. P. María Victoria Calle Correa).

25 *Ibidem*.

26 Mora Restrepo, G. *Justicia constitucional...* Ob. cit., 365.

27 *Ibidem*.

tomadas por los jueces sean el resultado de argumentos identificables y ordenados por la vía de la lógica, y además, que sean relevantes y apropiados justificadamente, por vía de fondo o materia, para la resolución de los casos concretos”<sup>28</sup>.

Ésta será la vía para dar cuenta de “la justificación interna” y “la justificación externa” de la Sentencia T-544 de 2017. Para tal efecto, es necesario precisar la situación fáctica, así como el *iter argumentativo* de la citada decisión judicial, respecto al *interés superior del niño*.

## 2. En torno a los hechos de la Sentencia T-544 de 2017

Los padres de un adolescente, de trece años de edad, que padecía una parálisis cerebral severa desde su nacimiento y otras graves patologías derivadas de aquélla (epilepsia, escoliosis, displasia de cadera bilateral y reflujo gastroesofágico severos), elevaron un derecho de petición, el 6 de octubre de 2016, a una entidad prestadora de salud (EPS) con el propósito de que se llevara a cabo a su hijo la valoración prevista en la Resolución N° 1.216 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social<sup>29</sup> para que pudiera hacerse efectivo el derecho del niño a morir con dignidad. Esta solicitud no fue contestada por la EPS.

Ante este silencio, los padres del adolescente presentaron, el 18 de noviembre de 2016, acción de tutela para que se les diera respuesta al derecho de petición y para que el juez constitucional amparara los demás derechos que habían sido vulnerados. En el desarrollo del trámite judicial, la EPS, el 22 de noviembre del mismo año, dio respuesta a los progenitores del menor de edad, en el sentido de que no se evidenciaba que se hubiera dado inicio al procedimiento establecido para determinar si el adolescente-paciente era candidato o no al procedimiento de la eutanasia y solicitó al juzgado denegar el amparo solicitado por carencia actual del objeto.

El juez constitucional en decisión de única instancia, el 28 de noviembre del mismo año, concedió el amparo al derecho fundamental de petición y ordenó a la correspondiente EPS para que en un término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la sentencia, diera respuesta de fondo y de manera clara y suficiente a la petición presentada por los accionantes. Del mismo modo, ordenó que se les informara de mane-

<sup>28</sup> Mora Restrepo, G. *Justicia constitucional...* Ob. cit., 366.

<sup>29</sup> Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución N° 1.216 de 2015, “[p]or medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la Sentencia T-970 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad”.

ra minuciosa sobre la situación médica del menor de edad y se les indicara el procedimiento a seguir, según los criterios establecidos por la ya citada Resolución N° 1.216 de 2015, que reguló el “procedimiento a morir con dignidad” para las personas mayores de edad.

Luego de haber estado hospitalizado durante casi una semana, el 15 de marzo de 2017, el adolescente-paciente murió, a la edad de catorce años, como consecuencia de una insuficiencia respiratoria aguda.

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, previas algunas actuaciones de la Magistrada sustanciadora<sup>30</sup>, profirió la Sentencia T-544 de 2017 en la que, por una parte, (i) confirmó el fallo de tutela proferido por el juez de instancia y amparó el derecho de petición de los accionantes, “a pesar de haberse configurado la carencia actual de objeto por daño consumado, como consecuencia de las reiteradas y prolongadas omisiones” de la EPS (primer resuelve); pero también (ii) adoptó otras órdenes dirigidas a la entidad prestadora de salud, a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de Salud y Protección Social, así como a la Defensoría del Pueblo con la finalidad de garantizar de manera más efectiva el derecho de los niños a la muerte digna<sup>31</sup> (segundo a séptimo resuelve).

30 Esas actuaciones fueron la vinculación al trámite de la acción de tutela al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud. La Magistrada Sustanciadora decretó diversas pruebas.

31 Las otras órdenes impartidas fueron las siguientes: (i) a la EPS para que no vuelva a incurrir en conductas vulneradoras de los derechos fundamentales como las que se dieron en este caso y que “preste en forma adecuada y oportuna los servicios de salud y trámite, de forma oportuna, seria y celeres, las solicitudes relacionadas con el ejercicio del derecho fundamental a la muerte digna” (segundo resuelve); (ii) a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en el ámbito de sus competencias, valore si debe iniciar investigación contra la EPS, en esa valoración de los hechos “debe considerar que se trataba de un sujeto de especial protección constitucional por dos vías, era un menor de edad y se encontraba en situación de discapacidad” (tercer resuelve); (iii) al Ministerio de Salud y Protección Social para que, (a) en un término de cuatro (4) meses, las entidades prestadoras de salud, “cuenten con comités interdisciplinarios, tales como los reglamentados en la Resolución N° 1.216 de 2015, en aras de garantizar el derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes” (cuarto resuelve); (b) sugerir que se adopte “un protocolo médico para que sea discutido por expertos de distintas disciplinas y que servirá como referente para la realización de los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente de los Niños, Niñas y Adolescentes” (ibídem) y (c) presentar, en ejercicio de su iniciativa legislativa y dentro del año siguiente a la expedición de esta Sentencia, “un proyecto de ley en el que proponga la regulación del derecho fundamental a morir dignamente para mayores de edad y para Niños, Niñas y Adolescentes, en la que considere los presupuestos y criterios establecidos por toda la jurisprudencia de esta Corporación” (quinto resuelve); (iv) al Congreso de la República le reiteró el exhorto para que, en el término de dos años, regule el derecho fundamental a morir dignamente para los mayores de edad y para los niños y adolescentes, teniendo en cuenta los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional (sexto resuelve); (v) a la Defensoría del Pueblo le invitó, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, a dar a conocer la sentencia y al “cumplimiento de las órdenes impartidas

La decisión de la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional que profirió la T-544 de 2017, integrada por tres Magistrados, no estuvo exenta de discrepancias a su interior porque sólo obtuvo el voto favorable de dos Magistrados, uno de ellos actuando a título de encargo, la otra Magistrada presentó aclaración y salvamento parciales de voto. Acompañó la decisión contenida en los tres primeros resuelve de la Sentencia, por las reiteradas y prolongadas omisiones de la EPS, y expresó que actuó “con fundamento en la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, cual es la sentencia de constitucionalidad C-239 de 1997”<sup>32</sup>; sin embargo, respecto de ella presentó su “posición frente a la línea jurisprudencial”<sup>33</sup> instaurada. Y se apartó de los resuelve cuarto a séptimo por considerar que desconocían el citado precedente judicial y por estimar que ese tipo de regulaciones debían ser adoptadas por el Congreso de la República.

Con base en la situación fáctica, la Corte estimó que no sólo debía pronunciarse sobre la posible afectación del derecho de petición, sino también respecto de la indebida prestación de los servicios de salud, así como sobre la vulneración del derecho a la muerte digna. Y planteó la existencia de tres problemas jurídicos concretos, relativos al derecho a la salud, al derecho de petición y a las implicaciones en los derechos del adolescente de la falta de regulación sobre los derechos de los niños a la muerte digna.

La Sala desarrolló una amplia temática para resolver los problemas planteados y presentar las consideraciones previas a las decisiones adoptadas, entre las que incluyó el carácter prevalente de los derechos de los niños, que desarrolló con base en el principio del interés superior del niño, y el derecho fundamental a la muerte digna, así como las barreras para materializar ese derecho<sup>34</sup>.

Teniendo en cuenta esta situación fáctica y la finalidad de este escrito, no analizaré de manera particular cada una de las temáticas que fueron abordadas en la citada Sentencia, sino que me detendré a presentar la manera como la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional justificó

---

al público en general con el fin de generar conciencia de derechos, agencia ciudadana y debate público” (séptimo resuelve).

32 Pardo Schlesinger, Cristina. Aclaración y salvamento parciales de voto, considerando 1°. Se citará ASVP-PSC-ST-544-2017.

33 *Ibidem*.

34 Las temáticas abordadas por la Sala Revisión fueron las siguientes: (i) la carencia actual de objeto por daño consumado y la competencia del juez de tutela para pronunciarse de fondo en el asunto puesto a su conocimiento; (ii) el carácter prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con énfasis en el derecho a la salud; (iii) el derecho fundamental de petición y su relación con la prestación de servicios de salud y el ejercicio de otros derechos fundamentales; (iv) el derecho fundamental a la muerte digna, desarrollo jurisprudencial y normativo; y finalmente, (v) el caso concreto.

el derecho de los niños a una muerte digna, las problemáticas, los vacíos y desafíos que surgen de ese reconocimiento, a partir del interés superior del niño, lo que exige reconstruir el *iter* argumentativo de la Sentencia T-544 de 2017 en relación con esta temática.

### 3. Iter argumentativo sobre el interés superior del niño en la Sentencia T-544 de 2017

La T-544 de 2017 abordó en un epígrafe, con el título “El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su prevalencia. Reiteración de jurisprudencia” (considerandos 17-20), el enunciado normativo “interés superior del niño”, aunque en otros apartados del fallo también hizo mención de él.

La Sala Quinta de Revisión partió de la premisa de que “el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, es relativamente reciente”<sup>35</sup> y, en su apoyo, citó las Sentencias T-044 de 2017 y T-955 de 2013<sup>36</sup>. El inicio de ese reconocimiento lo situó en la Convención sobre los Derechos del Niño que, además del *interés superior del niño*, se estructuró en el principio de igualdad y no discriminación (artículo 2.1), en la efectividad y prioridad absoluta de sus derechos (artículo 3.1) y en la participación solidaria (artículo 5°).

Posteriormente, citó el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionó el artículo 44 constitucional y transcribió el artículo 8° de la Ley N° 1.098 de 2006. Con base en estos documentos jurídicos, confirmó la tesis, reiterada en la jurisprudencia, de que los niños “no sólo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en nuestro ordenamiento jurídico”<sup>37</sup>.

Y, en orden a determinar cómo opera ese interés superior en una decisión judicial, citó la Sentencia T-510 de 2003<sup>38</sup> para recordar los estándares de satisfacción que deben tener las decisiones que afecten los derechos de los niños, tanto los de carácter fáctico (exigen se analicen íntegramente las circunstancias específicas del caso), como los de carácter jurídico (suponen tener presente los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico) para promover el bienestar del niño.

Prosiguió con la transcripción de un párrafo de esta última sentencia para poner de presente el “margen de discrecionalidad” que tienen los jueces

35 Sentencia T-544 de 2017, considerando 17.

36 En ambas sentencias, el Magistrado Ponente fue Luis Ernesto Vargas Silva.

37 Sentencia T-544 de 2017, considerando 17.

38 Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

al evaluar y aplicar las disposiciones relevantes de un caso en los que estén implicadas personas menores de edad.

A continuación, recordó las reglas establecidas por la jurisprudencia para determinar ese interés superior, las que sintetizó en la siguiente forma: (i) garantizar el derecho integral de los niños, las niñas y los adolescentes; (ii) asegurar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de sus derechos; (iii) protegerlos de riesgos prohibidos; (iv) equilibrar los derechos de los niños con los derechos de sus familiares, en todo caso si ese equilibrio se altera debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los menores de edad; (v) garantizar un ambiente familiar para su desarrollo; (vi) justificar la intervención en las relaciones familiares y (vii) evitar cambios desfavorables en las condiciones de los niños involucrados. Sin detenerse, sin embargo, a desarrollar cada una de esas reglas en relación con el caso objeto de debate constitucional.

Reconoció el “carácter transversal”<sup>39</sup> del *interés superior del niño* y, afirmó que, si al resolver un caso concreto pueden resultar afectados los derechos de los niños, “al emitir la decisión se debe apelar al principio del interés superior del niño”<sup>40</sup>. Tesis que repitió más adelante, en los siguientes términos: “[...] en suma, al adoptar la decisión se debe apelar al principio de primacía de su interés superior”<sup>41</sup>.

Concluyó este epígrafe reiterando que, cuando no sea claro “cómo se satisface dicho interés, se deben presentar las consideraciones fácticas y jurídicas necesarias con base en los criterios jurisprudenciales establecidos, bajo la comprensión del margen de discrecionalidad de los funcionarios administrativos y judiciales que adelantan la labor de protección de niños, niñas y adolescentes”<sup>42</sup>.

A todas luces, las consideraciones precedentes resultan insuficientes para tratar de valorar, con base en los criterios anteriormente precisados, la justificación de la decisión de la Corte Constitucional en relación con la eutanasia infantil, porque, si bien es cierto que en el epígrafe específico sobre el tema pudo haberse contextualizado de manera insuficiente las exigencias y el contenido del *interés superior del niño*, en otros apartados procuró dar un paso más allá.

En efecto, la Sala en otras tres ocasiones hizo referencia al *interés superior del niño*, en considerandos que están ubicados en el epígrafe “El derecho fundamental a la muerte digna de los NNA: un derecho reconocido pero negado de *facto* por la ausencia de reglamentación” (considerandos 37-38).

39 Sentencia T-544 de 2017, considerando 19.

40 Sentencia T-544 de 2017, considerando 20.

41 Sentencia T-544 de 2017, considerando 42.

42 Sentencia T-544 de 2017, considerando 20.

Con independencia del título de este epígrafe, cuestión que abordaré más adelante, he de llamar la atención respecto de la explícita mención al *interés superior del niño* en este apartado de la sentencia.

La primera, al considerar que, si sólo son “titulares del derecho” a la muerte digna los mayores de edad, ello “implicaría la violación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes previsto en el artículo 44 Superior”<sup>43</sup>. La Sala, sin embargo, omitió dar las razones para sustentar esta afirmación.

Las otras dos menciones están ubicadas en la parte de la Sentencia en las que enunció las subreglas en relación con el derecho de los niños a la muerte digna, de manera especial la (vii) porque el *interés superior del niño*, así como el principio de igualdad y no discriminación, imponen un “tratamiento análogo”<sup>44</sup> al que se da a las personas mayores de edad y, por tanto, en razón de ese “tratamiento” los niños son “titulares de este derecho fundamental”<sup>45</sup> y la (viii) porque “un razonamiento en contrario avalaría el desconocimiento del interés superior de los NNA”<sup>46</sup>.

Estas tres cuestiones desarrollan temáticas diversas, pero en dos de ellas la argumentación para justificar la existencia del derecho del niño a la muerte digna se recondujo a la dignidad humana. Y este nuevo soporte argumentativo resulta comprensible, por lo menos, por tres razones. La primera, porque el derecho a la muerte digna tiene íntima relación con la dignidad humana. La segunda, porque si la dignidad es el presupuesto de todo principio y de todo derecho, el *interés superior del niño* no puede configurarse o precisarse sin tener en cuenta la dignidad humana ni la dignidad del niño. La tercera, porque es exigencia, derivada de ese *interés superior*, la armonización de las fuentes del Derecho a través de las cuales puedan darse razones para resolver un caso concreto en favor de los derechos del niño.

En efecto, la propia Sala reconoció que “la previsión de la eutanasia”<sup>47</sup>, en particular la de los niños, “genera diversas reflexiones, polémicas y cues-

43 Sentencia T-544 de 2017, considerando 37.

44 El texto de la subregla (vii) es el siguiente: “[...] en virtud de los principios de igualdad y no discriminación, defensa del interés superior de los NNA, la efectividad y prioridad absoluta de los derechos de los NNA, y de la ausencia de argumentos razonables para hacer una diferencia, se impone un tratamiento análogo, es decir, los NNA son titulares de este derecho fundamental”. Sentencia T-544 de 2017, considerando 50.

45 *Ibidem*.

46 El texto de la subregla (viii) es el siguiente: “[...] un razonamiento en contrario avalaría el desconocimiento del interés superior de los NNA y llevaría a admitir que el Estado impide que los adultos sufran intensamente como consecuencia de una enfermedad en fase terminal, pero no lo hace con los NNA, pues con ellos si es permisible el padecimiento de sufrimientos que comportarían tratos crueles e inhumanos, con la consecuente afectación de su dignidad”.

47 Sentencia T-544 de 2017, considerando 38.

tionamientos”, por “las tensiones [...] entre el bien jurídico de la vida, la concepción y el alcance de este bien, la dignidad humana y el sometimiento a intensos sufrimientos y dolores”<sup>48</sup>. Y se limitó a reconocer que estas tensiones “son susceptibles de ser abordadas desde diferentes áreas y perspectivas”<sup>49</sup> y recurrió a la legislación de Bélgica y Holanda porque en estas legislaciones las tensiones entre esos bienes “han sido definidas en favor del derecho a la dignidad de los niños”<sup>50</sup>. Omitió, sin embargo, hacer referencia a otras legislaciones que no aprueben la eutanasia en los menores de edad.

Por otra parte, la estrategia de recurrir al Derecho Comparado condujo a la Sala de Revisión a abordar el problema de determinar la edad para que el niño pueda expresar libremente su consentimiento y pueda aplicársele el procedimiento eutanásico. Y, en relación con este tema afirmó que, “con independencia de esas discusiones”<sup>51</sup>, respecto de las cuales prefirió guardar silencio, en el ordenamiento jurídico colombiano la dignidad es principio fundante y derecho autónomo y que “el reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la muerte digna obedece a la dignidad humana”<sup>52</sup>, la cual “obliga a reconocer la titularidad”<sup>53</sup> de ese derecho a “los niños, niñas y adolescentes”<sup>54</sup> e impide al Estado y a terceros que se les imponga “la prolongación de la vida por un limitado espacio de tiempo, en la medida que se trata de enfermos en fase terminal, y a obligarlos a soportar graves sufrimientos e intensos dolores”<sup>55</sup>.

Es razonable, por tanto, afirmar que la Sala de Revisión “apeló” al *interés superior del niño*, pero ésta no fue “la consideración primordial”, ni de su argumentación ni de su decisión, porque recondujo este interés a la *dignidad humana*, en el intento de procurar dar razones en favor de las dos premisas centrales del fallo: el reconocimiento, aun antes de proferir la Sentencia T-544 de 2017, del derecho de los niños a la muerte digna, en especial al procedimiento de la eutanasia; y el desconocimiento de *facto* de ese derecho por la ausencia de legislación.

Si está desarrollado el *iter* argumentativo de la T-544 de 2017 en relación con el *interés superior del niño*, resta por abordar si este interés cumplió los estándares de satisfacción requeridos para una decisión debidamente justificada en favor de los niños. Para tal efecto, haré uso de la vía de “la justificación interna”, así como la vía de “la justificación externa”.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*.

#### 4. El desconocimiento del interés superior del niño por una indebida “justificación interna” de la Sentencia T-544 de 2017

La situación fáctica y el *iter argumentativo* de la Sentencia T-544 de 2017, por lo menos en lo que hace referencia al *interés superior del niño*, han puesto de relieve la complejidad del caso, así como la diversidad de temáticas que fueron abordadas por la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en una decisión que fue unánime, en relación con sus tres primeros resuelve, aunque con una aclaración de voto de la Magistrada disidente respecto de las consideraciones del fallo; pero mayoritaria en relación con los resuelve restantes ante el salvamento parcial de voto por ella misma presentado.

Para los efectos de este escrito, entiendo por “la justificación interna” aquella que hace referencia al ejercicio de la *sindéresis* lógica, en tanto revisa si el juez ha seguido las reglas de la lógica, si entra o no en contradicciones, si las premisas fácticas se adecuan y tipifican dentro del ordenamiento jurídico, si hay una secuencia de congruencia entre las premisas mayores y las premisas fácticas, si se dan por ciertos hechos falsos o no acreditados en el expediente, si se omite la valoración de las pruebas. Esta vía bien puede asimilarse a la dimensión del *interés superior del niño* como procedimiento y en ella, como ya ha sido desarrollado, deben tenerse en cuenta las *condiciones fácticas* y las *condiciones jurídicas* con base en las cuales la Sala de Revisión procedió a *determinar, evaluar y adoptar* la decisión.

En la *etapa de evaluación* y en lo relativo a las *condiciones fácticas*, es decir, a los supuestos de hecho, debe reconocerse el esfuerzo realizado para poner de presente las circunstancias específicas en las que se encontró un niño, una persona menor de edad (cuando se presentó la acción de tutela tenía 13 años y cuando falleció tenía 14 años) que, además, prácticamente desde su nacimiento estuvo en situación de discapacidad y con una compleja patología. Sin embargo, por la forma como está redactada la sentencia y por la manera como fueron presentados los hechos, se hizo más visible su condición de “niño”, que la de persona en situación de discapacidad, que lo hacía sujeto de reforzada y especial protección *iusconstitucional, iusconvencional*, así como *iusfundamental*.

No puede, sin embargo, afirmarse lo mismo respecto de las *condiciones jurídicas*, por las omisiones en que incurrió la Sala de Revisión al determinar las fuentes jurídicas aplicables al caso, al valorar la situación fáctica, al formular los problemas para ser resueltos, para sólo hacer mención de algunas aporías que suscitan dudas acerca de si la misma Sala hizo uso de los criterios de interpretación del *interés superior del niño* que ella misma consideró como indispensables en una decisión respecto a los derechos de los niños; o si, por el contrario, dio un alcance muy amplio a la expresión

“margen de discrecionalidad”<sup>56</sup> utilizada en la misma T-544, con lo cual su uso no sería algo fortuito, sino que esa “discrecionalidad”, ejercida de modo consciente, le podría haber abierto las puertas a una indebida justificación e incluso le permitiría hacer uso de razones contra-evidentes. Los siguientes apartados estarán dedicados a resolver estas cuestiones.

### ***a) Omisión en la determinación de las fuentes jurídicas***

A pesar de que el caso implicaba, en palabras de la propia Sala, a “un sujeto de especial protección constitucional por dos vías, era un menor de edad y se encontraba en situación de discapacidad”<sup>57</sup>, la Corte omitió hacer uso de cualquier fuente jurídica aplicable al tema de la discapacidad. Ni la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2009) ni la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad (1999), que forman parte del bloque de constitucionalidad y del ordenamiento jurídico interno (Ley N° 1.346 de 2009 y Ley N° 762 de 2002), y que obligan al Estado Colombiano a adoptar todas las medidas que permitan hacer efectivos los derechos reconocidos en esos tratados internacionales, merecieron la atención de la Sala de Revisión. Tampoco hizo uso de la Ley Estatutaria N° 1.618 de 2018, “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad” ni de la amplísima jurisprudencia que la propia Corte Constitucional ha proferido sobre el tema. La protección reforzada de la persona menor de edad en situación de discapacidad exigía mucho más de esa Corporación, porque era su deber –sigue siéndolo– adoptar como criterio de interpretación y aplicación del caso objeto de debate las fuentes jurídicas más relevantes sobre el tema, también relativas a las personas en situación de discapacidad, como lo puso de presente la Asociación de Discapacitados del Valle (Asodisvalle) en la acción de tutela que presentó ante el Consejo de Estado contra la Sentencia T-544 de 2017<sup>58</sup>.

56 Sentencia T-544 de 2017, considerando 19.

57 Sentencia T-544 de 2017, considerando 45.

58 La acción de tutela se presentó ante la imposibilidad de impetrar la solicitud de nulidad de la Sentencia T-544 de 2011, por no haberse conocido el momento de la notificación de citada sentencia, debido a las restricciones establecidas por la Corte Constitucional para conocer las partes intervinientes y proteger la identidad del adolescente-paciente. El Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo, en sentencia de primera instancia, del 6 de julio de 2018, declaró improcedente la acción de tutela por falta de legitimación en la causa por activa y por estimar que no es viable instaurar acción de tutela contra sentencia de tutela.

Pero no fue esa la única omisión sobre la determinación de las fuentes jurídicas en las que incurrió la Sala de Revisión, porque al reconstruir la línea jurisprudencial sobre “el reconocimiento del derecho a la muerte digna”, sólo mencionó las Sentencias T-493 de 1993<sup>59</sup>, la C-239 de 1997<sup>60</sup>, la T-970 de 2014<sup>61</sup> y la T-423 de 2017<sup>62</sup>. Pero omitió hacer mención de las Sentencias T-132 de 2016<sup>63</sup> y T-322 de 2017<sup>64</sup>, en las que se puso de presente, en la primera de ellas, que no se había evidenciado una enfermedad terminal que comprometiera las funciones vitales del actor y que, por tanto, no se cumplía con las exigencias establecidas por la Sentencia C-239 de 1997 para practicar la muerte asistida; en la segunda, porque, cumpliendo un “deber estricto de constatación”, la Corte sí verificó que la pretensión del accionante de la tutela no era “morir de forma digna”, sino “vivir de forma digna”<sup>65</sup>.

Con estas omisiones, la Sala de Revisión puso de presente que con la elección de las fuentes jurídicas no sólo privilegió aquéllas que respaldaban sus tesis, sino que desechó otras decisiones que también forman parte de la línea jurisprudencial del derecho a la muerte digna, que son precedentes vinculantes, pero que no coinciden con algunas de las consideraciones de esa Sala.

Esta reiterada manera de proceder pone en duda, una vez más, el razonable “margen de discrecionalidad” del que hicieron uso los Magistrados de la Sala Quinta de Revisión y la manera de explicitar el *interés superior del niño*.

### ***b) Omisión en el deber de constatar los requisitos para la aplicación del procedimiento de la eutanasia***

La Sala de Revisión, por un parte, aceptó que la respuesta dada por la entidad prestadora de salud, en el trámite de la acción de tutela, a la petición formulada por los progenitores del adolescente-paciente para hacer efectivo el procedimiento de la eutanasia, “no consideró las circunstancias de los actores, el desarrollo jurisprudencial, la normativa vigente ni la re-

59 Corte Constitucional, Sentencia T-493 de 1993 (M. P. Antonio Barrera Carbonell).

60 Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1997 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

61 Corte Constitucional, Sentencia T- 970 de 2014 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

62 Corte Constitucional, Sentencia T-423 de 2017 (M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo).

63 Corte Constitucional, Sentencia T-132 de 2016 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

64 Corte Constitucional, Sentencia T-322 de 2017. (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).

65 Sentencia T-322 de 2017, considerando 6.1. Más recientemente donde se hace una síntesis de la línea jurisprudencial sobre eutanasia puede consultarse: Corte Constitucional, Sentencia T-721 de 2017 (M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

gulación del derecho a la muerte digna prevista en la Resolución N° 1.216 de 2015<sup>66</sup>, todas relativas a las personas mayores de edad; pero a pesar de ello, expresó que “en el caso de que la entidad hubiera considerado la legislación existente, habría indicado a los actores que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe regulación sobre el derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes<sup>67</sup>”.

Más adelante también expresó que, ante la propia situación de salud del adolescente-paciente y frente a la solicitud de sus padres para que se le practicara el procedimiento de la eutanasia, “la respuesta de la entidad fue ambigua y les trasladó la carga de establecer, junto con el médico tratante, la normativa aplicable, a pesar de que la reglamentación de ese derecho no existe<sup>68</sup>”. Insistió en que “es indiscutible que los profesionales médicos de la entidad no tenían un marco jurídico para actuar y, por lo tanto, enfrentaban el vacío normativo en torno a la solicitud<sup>69</sup> y que, de acuerdo “con las pruebas obrantes en el expediente [...] ningún funcionario ni entidad precisó la inexistencia de la normativa, a pesar de ser una cuestión de alta relevancia<sup>70</sup>”.

Las suposiciones, sin más, reemplazan los hechos. El razonamiento de la Sala de Revisión fue el siguiente: la respuesta “no consideró”, pero “en el caso de que hubiera considerado”, “habría indicado”, “por ser una cuestión de alta relevancia” (para la Corte), que la inexistencia de la normativa sobre el derecho de los niños a la muerte digna se convirtió en una barrera para su efectivo ejercicio. O, para decirlo de manera alterna: la Sala advirtió que no se hicieron consideraciones fácticas ni jurídicas en las respuestas a la solicitud para la aplicación de la eutanasia al menor de edad, pero precisamente porque no se hicieron, la Sala interpretó, a manera de suposición o de simple conjetura, la posible razón para que no se hubieran hecho y la razón que dio es la inexistencia de la legislación para el procedimiento de la eutanasia, que es una de las tesis que la Sala de Revisión pretendió defender.

Pero eso no es todo, también la Sala aceptó que el trámite de la petición de la eutanasia “no necesariamente conlleva la práctica del procedimiento<sup>71</sup>, porque “si se determina que no concurren los requisitos<sup>72</sup>, esa conducta no estaría protegida jurídicamente. Sin embargo, a pesar de esta premisa y teniendo en cuenta que “no obra en el expediente un concepto médico que pre-

66 Sentencia T-544 de 2017, considerando 9°.

67 *Ibidem*.

68 Sentencia T-544 de 2017, considerando 51.

69 *Ibidem*.

70 *Ibidem*.

71 Sentencia T-544 de 2017, considerando 52.

72 *Ibidem*.

cise que por las circunstancias<sup>73</sup> del adolescente-paciente “podía ser considerado ‘enfermo en fase terminal’ ni si concurrían los demás presupuestos para acceder al procedimiento de eutanasia”<sup>74</sup>, la Sala afirmó, contra toda evidencia, que, en todo caso, “la Corte advierte que se vulneró su derecho a la muerte digna”<sup>75</sup>. Y esa vulneración se dio por “la desidia” de la EPS, “aunada a la falta de reglamentación del derecho”<sup>76</sup>, las cuales “impidieron que se determinara en el caso concreto si el joven estaba en la fase terminal de su vida”<sup>77</sup>.

Todas esas ausencias, tanto de pruebas, de consideraciones en torno a una normativa inexistente, así como del certificado que acredite que el adolescente-paciente era un enfermo terminal, fueron el *pretexto* para que la Sala de Revisión afirmara que “el derecho a la muerte digna no solo comprende el acto médico de eutanasia sino que para su efectividad abarca también el trámite oportuno y expedito de las solicitudes elevadas por los pacientes dirigidas a obtener la garantía del derecho en mención”<sup>78</sup>.

A juicio de la posición mayoritaria de la Corte, la omisión de la EPS y la falta de regulación del derecho a la muerte digna fueron las que impidieron “que se determinara si concurrían los requisitos para la realización de la eutanasia en el adolescente y la consecuente prolongación de su aflicción”, lo cual “no tiene justificación alguna y corresponde a un trato cruel e inhumano que no respetó su dignidad ni consideró su situación como sujeto de especial protección constitucional”<sup>79</sup>. Pero es oportuno preguntar: ¿puede hacerse responsable a la entidad prestadora de salud y a los médicos tratantes de la ausencia de esa reglamentación? Es posible que la “desidia” de la una y de los otros se haya dado, pero tampoco esta situación pretermite el deber de los Magistrados de constatar los requisitos exigidos y si están incorporados al expediente.

Los requisitos exigidos por la Corte Constitucional para la práctica del procedimiento eutanásico (Sentencia C-239 de 1997), con la argumentación usada en la T-544, han dejado de ser determinantes en su práctica. La Sala de Revisión habilidosamente desechó los criterios de la precitada sentencia que no le convenían, con lo que desconoció el precedente judicial. Y lo hizo a partir de una indebida valoración de los hechos y a partir de esa valoración ajustó la situación fáctica.

73 *Ibidem.*

74 *Ibidem.*

75 *Ibidem.*

76 *Ibidem.*

77 *Ibidem.*

78 *Ibidem.*

79 *Ibidem.*

Pero las omisiones en la valoración del material probatorio van más allá. En la T-544 de 2017 se dio cuenta de que los padres del niño-paciente consideraron que la muerte de su hijo se había dado por la “negligencia” de la entidad prestadora de salud y por haber sido “negligente” en el suministro de los insumos y de los servicios requeridos para el tratamiento de las enfermedades que padeció. Sin embargo, para la Sala, esas afirmaciones son, “lógicamente”, “apreciaciones subjetivas”, que pueden “ser el resultado del sufrimiento por la enfermedad y [el] fallecimiento del joven”<sup>80</sup>. Afirmaciones a las que les restó importancia porque con ellas habría podido poner en entredicho la existencia de un consentimiento libre y auténtico, sin el cual tampoco se habría configurado el procedimiento eutanásico. Y, como lo puso de relieve la Magistrada que parcialmente aclaró y salvó su voto, “la realización de la eutanasia se sustentó en una situación de desespero por parte de los padres”, quienes, “ante la negligencia de la EPS, y ver el sufrimiento de su hijo, decidieron que el mejor destino era su muerte”<sup>81</sup>.

Estimo necesario afirmar que el “margen de apreciación” que tiene el juez para interpretar y aplicar el *interés superior del niño* no le faculta para desconocer los precedentes judiciales ni los requisitos exigidos para la práctica de la eutanasia, simplemente porque se trata de un caso en el que está involucrado una persona menor de edad. Todo lo contrario, este interés, como principio y como derecho, abarca todos los derechos fundamentales del niño y ha de estar en consonancia con el ordenamiento jurídico, que es un bien protegido también en beneficio del niño. Y debe amparar, de manera prevalente, todas aquellas circunstancias o situaciones que le impidan el efectivo ejercicio de sus derechos, también los derechos a la vida y a la salud.

Esta omisión pone en entredicho la manera como la Sala de Revisión interpretó el *interés superior del niño*, que ha de estar encaminado a asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos, es decir, a la mejor y mayor realización humana.

### ***c) Indebida formulación de los problemas jurídicos para ser debatidos y solucionados***

Con base en la situación fáctica, la Corte estimó que no sólo debía pronunciarse sobre la posible afectación del derecho de petición, sino también respecto de la indebida prestación de los servicios de salud, así como sobre

80 Sentencia T-544 de 2017, considerando 45.

81 ASPV-PSC-ST-544 de 2017, considerando 2°.

la vulneración del derecho a la muerte digna. Y, como ya se expresó, planteó la existencia de tres problemas jurídicos concretos. El primero: si la entidad prestadora de salud vulneró el derecho a la salud “por incurrir en diversas prácticas que hacían más gravosa su situación, por ejemplo, omitir, de forma prolongada, el suministro de los medicamentos e insumos prescritos por el médico tratante”<sup>82</sup>. El segundo: si el silencio de la entidad prestadora de salud y las actuaciones adelantadas en sede de tutela vulneraron el derecho fundamental de petición de los accionantes. Y el tercero: “¿Cuáles son las implicaciones que se generaron sobre los derechos fundamentales (del adolescente...) debido a la falta de regulación precisa del derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento jurídico colombiano?”<sup>83</sup>.

La misma Sala Quinta de Revisión en la formulación del tercer problema, pero también en la manera de abordarlo y resolverlo, partió de la siguiente premisa: la existencia del derecho de los niños a la muerte digna. Esta tesis, sin embargo, la fue construyendo durante todo el *iter argumentativo* de su decisión, con lo cual, en verdad no fue una premisa, sino, más bien, un *pretexto* para no cuestionar de entrada la existencia de ese derecho, porque, a partir de un análisis objetivo de las *condiciones fácticas* y de las *condiciones jurídicas*, según lo que consta en la sentencia, el problema para ser debatido era otro: si la situación del niño-paciente cumplía o no las condiciones exigidas por la sentencia de constitucionalidad de 1997 e incluso por la jurisprudencia derivada de ella (certificado médico y consentimiento libre e informado). Éste era el problema esencial. La Sala, sin embargo, optó por otro cuestionamiento para que, a partir de su resolución, pudiera defender la tesis de que la falta de regulación sí afectaba el derecho a la muerte digna de los niños y así se autohabilitó para ordenar la respectiva regulación. Lo diré de manera más gráfica: el derecho existía, faltaba la ley, de ahí que fuera necesaria, ante la omisión del legislador, su regulación por vía administrativa. Para llegar a esta afirmación debió justificar esa ausencia normativa, lo cual le exigió decir que la ausencia de los requisitos se debió a la “desidia” y a la ausencia de la reglamentación respecto de un derecho preexistente al fallo de tutela, pero no exigible.

Ya no sólo se pone en entredicho el *interés superior del niño*, sino la misma noción de derecho y de derechos fundamentales, que para tener tal carácter deben ser regulados a través de lineamientos y de los criterios dados por la Corte Constitucional. De vuelta al positivismo. En este caso, al positivismo judicial.

82 Sentencia T-544 de 2017, considerando 41.

83 Sentencia T-544 de 2017, considerando 41.

Sin embargo, la cuestión central, no planteada de manera expresa, sí estuvo implícita en la argumentación de la Sala de Revisión y propició, entre otras, la siguiente afirmación: “[...] la dignidad humana como principio fundante del ordenamiento jurídico colombiano”<sup>84</sup>, pero también como “derecho fundamental autónomo obliga a reconocer la titularidad del derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes”<sup>85</sup>. Pero es oportuno preguntar: ¿por qué se reconoce si el derecho está ya reconocido? Además, ¿cuál es la razón para que obligue? ¿Ese reconocimiento tiene efecto retroactivo? ¿Desde cuándo se ha dado el reconocimiento de ese derecho? No son cuestiones meramente accidentales, sino que apuntan a precisar las premisas de la decisión judicial.

La indebida formulación de los problemas jurídicos y la existencia de otros implícitos, presentes como fastidiosa sombra, ponen en duda el “margen de discrecionalidad” de la Sala de Revisión y ratifican su preferencia por “la técnica del olvido”, o “la técnica del silencio”, o “la técnica del cuando lo desee, lo decida o lo ordene la Corte”, con las que incurrió en la indebida “justificación interna” en la sentencia sobre la eutanasia infantil. A continuación, abordaré lo relativo a la “justificación externa”.

## **5. El desconocimiento del interés superior del niño por una indebida “justificación externa” de la Sentencia T-544 de 2017**

He de precisar que “la justificación externa” hace referencia a la manera como se articulan “las razones de fondo que sustentan las decisiones judiciales”<sup>86</sup>, en el entendido de que lo son cuando “se aducen (o pueden ser aducidas) *buenas razones* en su favor”<sup>87</sup>, es decir, aquéllas “que articulan o formulan las fuentes o los títulos de los derechos y las obligaciones concretas”<sup>88</sup>, articulación y formulación obviamente referida a los hechos, a los datos que configuran el caso y suscitan problemas jurídicos que deben ser resueltos. En este sentido, esas razones son el soporte o la *ratio de la decisión*, razones –factuales, interpretativas, sustantivas– que, en todo caso, deben ser *pertinentes*, tener en cuenta las *condiciones de refutación*, los *criterios de respaldo*, sus premisas deben ser *explícitas* y debe haber compatibilidad o consonancia entre el *decisum* del fallo y la causa o la fuente que lo determine (*ratio decidendi*).

84 Sentencia T-544 de 2017, considerando 38.

85 *Ibidem*.

86 Mora Restrepo, G. *Justicia constitucional y...* Ob. cit., 371.

87 *Ibidem*.

88 Mora Restrepo, G. *Justicia constitucional y...* Ob. cit., 372.

Entre “la justificación interna” y la “justificación externa” de esta decisión hay una íntima relación, porque la existencia de la una conlleva la de la otra.

### ***a) Falta de coherencia entre las razones aducidas y las decisiones adoptadas***

La Sala de Revisión, a pesar de haber considerado que “se vulneró el derecho a la muerte digna”<sup>89</sup>, en ninguno de los resueltos del fallo amparó este derecho, porque en el primero protegió el derecho de petición y en los restantes dio órdenes para que, de forma oportuna, seria y celeres se tramitaran las solicitudes relacionadas con el ejercicio de ese derecho y se expidiera la reglamentación respectiva.

Si bien es cierto, en este caso, se declaró la carencia de objeto por el hecho superado, ante el fallecimiento del adolescente-paciente, ¿por qué no se amparó un derecho que se consideró vulnerado? Acaso, ¿porque ya no existía un sujeto titular cuyos derechos debían ser amparados? Pero entonces, de ser así, ¿por qué se pronunció de fondo?

En todo caso, el peso de “reconocer” el derecho a la muerte digna como preexistente a la decisión de la T-544 de 2017 sigue estando presente, porque este derecho, al decir de la Sala de Revisión, fue vulnerado en un adolescente-paciente ya fallecido, pero no amparado formalmente, como sí lo fue el derecho de petición, a pesar de que toda la argumentación estuvo orientada a insistir, una y otra vez, que ese derecho era preexistente al fallo y que en el caso concreto había sido vulnerado, con lo cual lo más razonable hubiera sido que la Corte, a pesar de la carencia de objeto por el hecho consumado y al decidir fallar de fondo, también lo hubiera amparado.

### ***b) Indebida justificación de la ratio decidendi de la Sentencia T-544 de 2017***

Ya se puso de presente que la Sala Quinta de Revisión admitió que la aplicación del procedimiento de la eutanasia en los niños “genera diversas reflexiones, polémicas y cuestionamientos”<sup>90</sup>, cuestión no desarrollada en la sentencia, y aceptó, de manera expresa, que “no existe jurisprudencia en casos de control concreto”<sup>91</sup>, con lo cual admitió que la titularidad del “derecho

89 Sentencia T-544 de 2017, considerando 52.

90 Sentencia T-577 de 2017, considerando 37.

91 Sentencia T-577 de 2017, considerando 50.

a la muerte digna” de las personas menores de edad no sólo era un derecho sin reglamentación, sino un derecho sin respaldo jurisprudencial, es decir, un derecho sin fuente jurídica. A renglón seguido, la misma Sala expresó que “los lineamientos generales del derecho fijados en la Sentencia C-239 de 1997 permiten establecer”<sup>92</sup> siete nuevas subreglas constitucionales.

No es claro el párrafo, porque no se logra advertir si para la Sala “los lineamientos generales” corresponden a su *ratio decidendi* y si “establecer” es sinónimo de “declarar”, de “reconocer” o de “construir” un derecho, porque de ser así, el derecho de los niños a la muerte digna no tendría carácter preexistente, sino, por el contrario, habría sido establecido, declarado, reconocido o construido por la T-544 de 2017, como parece ser lo que en verdad ocurrió. Por eso se hace necesario escudriñar más la decisión con el fin de lograr claridad sobre la manera como la Corte infirió la existencia del derecho de los niños a la muerte digna.

El *iter argumentativo* de la Corte puede describirse gráficamente de la siguiente forma: el derecho a morir dignamente ha sido reconocido por una decisión judicial (Sentencia C-239 de 1997), que ha dado origen a una línea jurisprudencial “que no ha efectuado distinciones o condicionamientos relacionados con la edad de los destinatarios de este derecho fundamental” (regla vi); sin embargo, esos “lineamientos generales”, establecidos en la sentencia de constitucionalidad de 1997, a la Corte le “permiten establecer” subreglas específicas sobre el derecho de los niños a la muerte digna.

Y, como se ha advertido “una situación inconstitucional” (regla xii), no declarada por la Corte, por “la inexistencia de la reglamentación” sobre la eutanasia que “niega de *facto* la exigibilidad del derecho” (regla xi), “es necesario ordenar la expedición urgente de la regulación a la muerte digna de los NNA”<sup>93</sup>, porque “a pesar de tratarse del mismo derecho” de las personas mayores de edad, “es imperativo considerar las características especiales de los derechos de los NNA”<sup>94</sup>, con el fin de “diseñar un sistema normativo que atienda a su situación particular de manera adecuada”<sup>95</sup>.

Es decir que “los lineamientos generales” de la sentencia de constitucionalidad sobre el homicidio pietístico sirven para inferir que los niños son titulares del derecho a la muerte digna, pero esos mismos “lineamientos generales” son insuficientes para expedir su reglamentación, porque la materialización de ese derecho presenta “algunas diferencias y particularidades en relación con los niños”<sup>96</sup>, principalmente en los aspectos relacionados con

92 Sentencia T-544 de 2017, considerando 50.

93 Sentencia T-544 de 2017, considerando 53.

94 *Ibidem*.

95 *Ibidem*.

96 Sentencia T-544 de 2017, considerando 38.

el consentimiento y la manifestación de la voluntad, que fueron algunos de los requisitos que la misma Sala reinterpretó al analizar el caso y respecto de los cuales, a pesar de haber constatado su incumplimiento, estimó no aplicables.

Y, como si todo esto fuera poco, la Corte, a través de su Sala Quinta de Revisión, expresó que, como la línea jurisprudencial en relación con la eutanasia, “no ha efectuado distinciones o condicionamientos relacionados con la edad de los destinatarios de este derecho fundamental” (regla vi); en todo caso, esa distinción sí debe hacerse al expedir su reglamentación, que “no existe” (regla x), pero es necesaria para asegurar la “exigibilidad del derecho” (regla xi), porque la ausencia de esta regulación ha permitido “tratos crueles e inhumanos, vejatorios de la dignidad de los NNA (regla xi)”.

Tiene tanto peso en este derecho la regulación que su “ausencia” normativa es la que ha generado “una situación inconstitucional, que debe ser atendida inmediatamente” (regla xii) y respecto de la cual la Corte impartió una orden con el fin de que se expidieran y tuvieran presentes los “elementos específicos que orientan la interpretación de los derechos de los NNA” (regla xii), entre ellos, la manifestación del consentimiento de acuerdo con el nivel de desarrollo cognitivo y psicosocial de cada niño, las particularidades del consentimiento sustituto y las relaciones con sus padres y representantes legales.

Como si las precedentes consideraciones no fueran suficientes en esa cadena de ausencias, contradicciones, saltos conceptuales, indebidas inferencias, la Sala Quinta de Revisión afirmó que, ante “la ausencia de argumentos razonables para hacer una diferencia” (regla vii), que nunca confrontó ni refutó, entre los derechos de las personas mayores y de los niños, “se impone aplicar un tratamiento análogo”, y concluyó esta regla diciendo: “[...] es decir, los NNA son titulares de este derecho fundamental” (regla vii). La Sala no ahondó sobre la aplicación de la analogía. No explicó por qué razones se “impone” su uso.

Vaya paradoja, la analogía, por una parte, ya no supone la diferencia; pero por otra, es por ese “tratamiento análogo” que los niños son titulares del mismo derecho que las personas mayores. Pero bien vale la pena preguntar, si los niños son titulares del derecho a la muerte digna, ¿por qué se requiere de la analogía? ¿Para reconocer *a posteriori* la existencia de este derecho? Acaso ¿no era un derecho *a priori* a la decisión? Si el derecho pre-existe no se sabe cuál es su fuente jurídica, porque al parecer tampoco lo es en su totalidad la Sentencia C-239 de 1997, que la propia Sala no estimó en lo relativo a los requisitos del consentimiento libre e informado, ni tampoco le mereció comentario alguno la versión de la dignidad humana que subyace a esa decisión, centrada en la ecuación *dignidad humana-autonomía del enfermo terminal-calidad de vida*, ni la posición divergente en esta temática de la Magistrada que aclaró y salvó parcialmente su voto.

Además, la Sala de Revisión pretendió con su argumentación, expresada a través de subreglas, obviar todo “razonamiento en contrario”, porque ello avalaría “el desconocimiento del interés superior de los NNA y llevaría a admitir que el Estado impide que los adultos sufran intensamente como consecuencia de una enfermedad en fase terminal” (regla viii), pero no lo hace con los niños, “pues con ellos sí es permisible el padecimiento de sufrimientos que comportan tratos crueles e inhumanos con la consecuente afectación de su dignidad” (regla viii).

La Sala de Revisión no sólo descalificó los razonamientos contrarios, sin presentarlos ni refutarlos con anterioridad, simplemente los desvalorizó. Incluso guardó silencio sobre los de la propia Magistrada parcialmente disidente que formó parte de la Sala Quinta de Revisión, y con la argumentación usada por la posición mayoritaria llegó al absurdo de afirmar no sólo que la ausencia de la reglamentación sobre la práctica de la eutanasia para las personas menores de edad “permite tratos crueles e inhumanos” (regla xi), sino que quienes defienden “un razonamiento en contrario” (regla viii) estarían avalando “el desconocimiento del interés superior del niño” y estimarían “permisible el padecimiento de sufrimientos que comportan tratos crueles e inhumanos, con la afectación de su dignidad” (regla ix).

El salto conceptual es evidente porque sin saber cuál es y en qué se sustenta el razonamiento contrario, no podía incluirse ni inferirse la regla de que con ese razonamiento se desconocía el *interés superior del niño* y la *dignidad humana*.

Preocupa, en orden a la protección integral de los derechos del niño, el afán por establecer subreglas a las que parece conferírseles el carácter de axiomas, porque no requieren demostración. Ese afán, en este caso, se extendió a establecer términos perentorios y criterios regulatorios, que exceden a las atribuciones de la Corte Constitucional.

En esos argumentos está contenida la *ratio decidendi* de la Sentencia T-544 de 2017. A todas luces es razonable concluir que la Sala Quinta de Revisión no cumplió, siguiendo en este punto a Alexy, con las *reglas de razón* (plantean las condiciones de razonabilidad del discurso a través de las reglas de fundamentabilidad de las afirmaciones y sus problemas relevantes) ni con las *reglas de fundamentación* (referidas a las características de la argumentación mediante las cuales puede ser posible justificar y sustentar las formas de los argumentos)<sup>97</sup>, porque, como he reiterado, se quedó en una argumentación auto-referente, circular, en la que las razones, expresadas en reglas, se justi-

97 Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. al castellano de Atienza, Manuel. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 187-190; 197-200.

ficaron en las propias razones, es decir, en las mismas reglas. Lo justificado pasó a justificar y lo que se pensó justificar pasó a ser justificado.

Pero algo más, la propia Sala quedó inmersa en las trampas de su misma argumentación, porque adoptó como premisa, que en verdad fue un *pretexto*, aquello que debía ser demostrado: la preexistencia del derecho de los niños a la muerte digna y a la aplicación del procedimiento de la eutanasia. Para evitar que la creación de este derecho fuera *ex post facto* pudo haber pesado la tesis de que en “vez de inventar retroactivamente un derecho nuevo”<sup>98</sup>, porque ello implicaría tener que explicar por qué razón variaba la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional y justificar la existencia de “un nuevo derecho”, era mejor optar por la vía de aceptar su preexistencia, que tampoco parece haberla convencido porque “la existencia de ese derecho” tuvo que ser explicada y sustentada de manera reiterativa y esa opción la condujo a una indebida justificación de la sentencia, que comprometió el interés superior del niño, en sus dimensiones de principio, derecho y procedimiento.

Como ha podido advertirse, la Corte, a pesar de haber pretendido justificar su decisión en el principio del “interés superior del niño”, terminó justificándola en el principio de la dignidad humana. La manera de proceder en relación con este principio amerita un estudio posterior.

## A manera de conclusión

Recapitulando sobre la manera como la Corte Constitucional a través de la Sala Quinta de Revisión adoptó el principio del interés superior del niño, puede afirmarse que sí “apeló” a él, pero no fue la consideración primordial ni de la argumentación ni de la decisión. Hizo uso, como se puso de presente, del enunciado normativo “interés superior del niño”, pero más en un sentido formal o retórico, que en un sentido material, de principio y de derecho. El énfasis estuvo en el enfoque procedimental, no sólo por las órdenes que impartió, sino por la manera como evadió las cuestiones de fondo, por las ideas preconcebidas que adoptó como premisas auto-habilitadoras, de las que dependían las premisas subsiguientes, para “descubrir”, o “construir”, o “establecer”, o “reconocer” el derecho de los niños a la muerte digna, así como por el “sospechoso” silencio que guardó respecto del contenido esencial del *interés superior del niño* como el pleno y total disfrute de sus derechos fundamentales.

<sup>98</sup> Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Trad. al castellano de Guastavino, Marta. Barcelona. Ed. Ariel, 100-101.

Con estas “evasiones”, “omisiones” y actitudes “silenciosas”, adoptadas de manera reiterada por la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, desconoció el sentido razonable de juridicidad del *interés superior del niño*, tanto por las deficiencias en “la justificación interna” como en “la justificación externa”, al omitir la posibilidad de realizar un ejercicio de comprensión de aquello a lo que en realidad el *interés superior del niño* y la *dignidad humana* interpelan o cuestionan para el caso concreto. Y le dio énfasis a subreglas constitucionales que se convirtieron en las reglas formales de la argumentación racional, estructuradas en la “sesgada” interpretación que realizó de la línea jurisprudencial de la eutanasia, donde pasó de excepciones condicionadas a reglas permisivas, aunque indebidamente justificadas. De esta forma, la argumentación de la cuestionada Sentencia T-544 de 2017 siguió el procedimiento señalado por las reglas, que fueron no sólo premisas de la argumentación, sino las mismas reglas de la decisión, con lo cual las premisas dejaron de serlo para convertirse en pretextos de la “discrecionalidad judicial”.

Algunas de las aporías de la Sentencia T-544 de 2017 han quedado señaladas, pero hay algo más. Soy consciente de que la remisión que la Sala de Revisión hizo del interés superior del niño a la dignidad humana amerita una reflexión más pormenorizada, que va más allá de la finalidad de este escrito, centrado en el *interés superior del niño*. Sin embargo, esta delimitación temática no me exime para expresar que la Corte Constitucional en las sentencias sobre la eutanasia de 1997, 2014 y 2017, partió de la distinción entre la vida corporal y la vida digna de la persona humana. La primera sería condición o substrato de la vida personal, que es la vida digna. A partir de esta “distinción” las acciones que destruyen la vida corporal serían moral y jurídicamente justificables si pueden mejorar las condiciones de la persona como sujeto moral, consciente de sí mismo, capaz de dominar su propia vida. Desde esta postura dualista, parece dársele más relevancia a la dimensión moral de la persona que a su dimensión biológica, que podría afectar incluso el reconocimiento de esa dignidad a las personas menores de edad. Frente a esta restrictiva “concepción” de la persona y de su dignidad, debe afirmarse que la dimensión biológica de la persona participa de todo su ser personal y tiene por ello relevancia *iusfundamental*, pero también *iusconstitucional*. Por esta misma razón, toda persona, también los niños, no pierden su dignidad porque padezcan una enfermedad terminal ni por los sufrimientos ni dolores que tengan ni por la ausencia de una determinada normativa que regule procedimiento alguno. Ninguna de esas situaciones ni todas juntas hacen una vida indigna.

En la comprensión de la dignidad humana y, en especial de la dignidad del niño, está la clave, incluso también si se examina rigurosamente la Sentencia C-239 de 1997, para manifestar que sí se da una diferencia, que

debe ser tenida en cuenta para abordar la dignidad de la persona, la dignidad del niño y la titularidad de los derechos fundamentales<sup>99</sup>, que a ellos corresponden.

Esta temática exige, sin duda alguna, una pausada reflexión, que rebasa la pretensión de este escrito, pero que desde ya me comprometo a continuarla porque también es una forma de recuperar el sentido integral del *interés superior del niño* y de superar las vías de “la justificación interna” y “la justificación externa” de la decisión e ingresar por “la vía de la fundamentación”.

## Bibliografía

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. al castellano de Atienza, Manuel. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 187-190; 197-200.
- M. P. Carlos Gaviria Díaz; S. V. José Gregorio Hernández; S. V. Vladimiro Naranjo Mesa; S. V. Hernando Herrera Vergara; A. V. Eduardo Cifuentes Muñoz; A. V. Jorge Arango Mejía y Carlos Gaviria Díaz.
- Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires. Marcial Pons Argentina.
- Corte Constitucional, Sentencia T-493 de 1993 (M. P. Antonio Barrera Carbonell).
- Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1997 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional, Sentencia T- 970 de 2014 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).
- Corte Constitucional, Sentencia T-423 de 2017 (M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo).
- Corte Constitucional, Sentencia T-132 de 2016 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).
- Corte Constitucional, Sentencia T-322 de 2017. (M. P. Aquiles Arrieta Gómez).
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Trad. al castellano de Guastavino, Marta. Barcelona. Ed. Ariel, 100-101.
- Hoyos Castañeda, I. M. (2005). *De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico*. Bogotá. Editorial Temis, Universidad de La Sabana.
- Ravetllat Ballesté, I.; Pinochet Olave, R. (2015). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3, 903 y sigs.

<sup>99</sup> Hoyos Castañeda, I. M. (2005). *De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico*. Bogotá. Editorial Temis, Universidad de La Sabana. De la misma autora y sobre el mismo tema (2000). *La persona y sus derechos. Consideraciones bioético-jurídicas*. Bogotá. Editorial Temis, Universidad de La Sabana.